

DWORKIN, Ronald. "El post scríptum de Hart y el carácter de la filosofía política" (traducción de Ernesto Riffo Elgueta) En: M. E. Orellana Benado (compilador). Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Catalonia: Santiago. 2010. pp. 23-56.

EL POST SCRÍPTUM DE HART Y EL CARÁCTER DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA¹

*Ronald Dworkin*²

1. ARQUIMEDIANOS

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 más 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 post scríptum a una nueva edición del libro. En esta conferencia discuto la acusación central y más importante del post scríptum. 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 antes que de uno jurídico. Es asunto de los abogados el intentar descubrir cuál es el derecho en materias 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 que los abogados utilizan día a día.

Impugué 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 por qué la práctica es valiosa y cómo debería ser dirigida de manera de proteger y realzar ese valor.³ 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 complicado asunto debe interpretar el derecho pasado para ver qué 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

1. Publicado originalmente en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1 (2004), pp. 1-37. Con autorización de Oxford University Press. Traducción de Ernesto Rifo Elgueta.

2. Profesor de la cátedra Frank Henry Sommer de Derecho y Filosofía, Escuela de Derecho, Universidad Nueva York, y de la cátedra Quain de Filosofía del Derecho, University College, Londres. Este es un texto revisado de la Conferencia Hart, impartida bajo los auspicios de la Fundación Tanner en la Universidad de Oxford en febrero de 2001.

3. Véase mi libro, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986).

derecho de un filósofo no es distinto del de las pretensiones jurídicas ordinarias que los abogados hacen caso a caso, aunque desde luego es mucho más abstracto.

Hart insiste, en el *post scriptum*, en que yo estaba equivocado en ambas acusaciones: yo no tenía derecho, afirmó, a negarle a su proyecto el especial carácter filosófico y descriptivo que él le atribuía. 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 área particular de la práctica social. Los filósofos examinan, desde afuera y por sobre ellas, la moral, 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 primer orden son clasificadas y asignadas a categorías filosóficas. He llamado a este entendimiento de la filosofía “arquimediano”, y esta es la época dorada del arquimedianismo.

La más conocida de estas filosofías de especialistas es la así llamada “meta-ética”. Ella discute el estatus lógico de los juicios de valor que las personas comunes hacen cuando dicen, por ejemplo, que el aborto es moralmente incorrecto, o que la discriminación racial es perversa o que es mejor traicionar al 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 tipo. 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 una emoción– 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 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 un trabajo anterior: creo que las teorías filosóficas acerca de la objetividad o subjetividad de las opiniones morales solo son inteligibles entendiéndolas a ellas mismas como juicios de valor muy generales o abstractos.⁴ Las afirmaciones de Hart acerca de sus propios métodos ilustran una forma de arquimedianismo distinta, si bien relacionada, la cual es más prominente en la filosofía política (incluyendo la filosofía del derecho) que en la 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

4. 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 citado como “Objectivity and Truth”).

los análisis filosóficos, neutrales, de segundo orden, de estos conceptos de los filósofos políticos. La gente común –políticos y periodistas, ciudadanos y presidentes– discute acerca de la importancia relativa de estos ideales. Debaten acerca de si la legalidad debería en ocasiones ceder para asegurar 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 los otros, y cuál debería preferirse y cuál ser sacrificado en cuáles circunstancias.

Esta versión del arquimedianismo es errónea también. Sostendré aquí que las definiciones o análisis de los conceptos de igualdad, libertad, derecho y los demás son tan sustantivos, normativos y comprometidos como cualquiera de las opiniones en disputa en las batallas políticas que persisten en torno 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 las pretensiones comparables de muchos destacados filósofos políticos.

B. El caso de Sorenson

Debo describir la versión del arquimedianismo de Hart en más detalle, y será útil para ese propósito tener ante nosotros un ejemplo de un complejo problema jurídico.⁵ La Sra. Sorenson sufría de artritis reumatoide 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. 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 cuál píldora de cuál de los fabricantes había tomado efectivamente, o cuándo, y desde luego que fue incapaz de probar cuál píldora de cuál fabricante la había lesionado. Ella demandó conjuntamente a las compañías que habían fabricado el inventum, y sus abogados sostuvieron que cada una de ellas debía responderle en proporción a su cuota del mercado del 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 dado que la Sra. Sorenson no podía mostrar que alguna de las demandadas en particular la hubiese perjudicado o siquiera fabricado algo del inventum que tomó, ella no podía obtener compensación de ninguno de ellos.

¿Cómo deberían los abogados y jueces decidir cuál de las partes –la Sra. Sorenson o las farmacéuticas– está en lo correcto en sus pretensiones acerca de lo que el derecho en efecto exige? En mi opinión, como dije antes, deberían tratar de identificar los principios generales que subyacen y justifican el derecho establecido de la responsabilidad por productos, y luego aplicar esos principios a este caso. Podrían encontrar, como insistían las farmacéuticas, que el principio de

5. 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, pp. 935-38 (1980), y los casos ahí citados.

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 consolidado en los precedentes que la demanda de la Sra. Sorenson debe por lo tanto ser desestimada sin compensación. 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 compensación por cuota de mercado.⁶ 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 sobre 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 bastante distinta. Él resumió esa respuesta en el post scriptum 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 moral excepto donde el derecho así identificado ha él mismo incorporado criterios morales para la identificación del derecho.⁷

Llamaré a esta opinión –acerca de cómo el derecho ha de ser identificado 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 los 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 generalizado 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 las 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 moral pertinente en el caso de la Sra. Sorenson de manera que, en opinión de Hart, ningún juicio o deliberación moral tiene lugar en la cuestión si acaso ella tiene derecho a lo que pidió. En lo que al derecho concierne, habría 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 de que no estamos tratando de responder las mismas preguntas. Pero persiste el asunto sobre cómo debería caracterizarse el proyecto que compartimos. Su explicación, declaró en el post scriptum “es descriptiva en que no busca justificar o recomendar basado en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho”.⁸ 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 acerca de cómo el derecho ha de ser identificado, sino también acerca de 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

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

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

8. *Ibid.*, p. 240.

jurídica. Yo creo que tal teoría es una interpretación de la práctica jurídica que entabla y descansa sobre pretensiones morales y éticas.

En un respecto, sin embargo, estamos en el mismo barco. Ambos creemos que entenderemos de mejor manera la práctica y los fenómenos jurídicos si nos empeñamos en estudiar, no el derecho en alguna manifestación particular, como el derecho de la responsabilidad por productos en Escocia, sino el concepto mismo de derecho. Nuestras distintas afirmaciones acerca de la naturaleza y los métodos adecuados de ese estudio conceptual, sin embargo, pueden parecer misteriosas, 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” puede tener 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 claves: justicia, libertad, igualdad, democracia y los demás. John Stuart Mill e Isaiah Berlin, por ejemplo, definieron la libertad (toscamente) como la habilidad de hacer lo que quisieras hacer libre de los estreñimientos 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 de hecho rechazarlo. Pero, 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 calificación de la importancia relativa de la libertad, sino solo un enunciado políticamente neutro de lo 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 estas, 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 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 arquimediano respecto de la filosofía política: el proyecto de analizar lo que la libertad realmente significa, pensó, debe ser llevado a cabo por medio de alguna forma de análisis conceptual que no involucre un juicio, supuestos, o razonamientos normativos. Otros filósofos insisten en 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 están en principio justificados a pesar de su impacto sobre la libertad. Permite el juicio de valor que los impuestos son perversos, pero también el juicio de valor opuesto de que los impuestos, como hacer de la violencia un crimen, 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 la regla de la mayoría. Se dice que esa definición deja abiertas a la decisión y discusión sustantivas preguntas tales

como si acaso la democracia es buena o mala, y si acaso debería ser comprometida dando cabida a límites a la regla 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 últimas preguntas, de acuerdo a la opinión arquimediana, 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 arquimedias porque si bien son teorías acerca de una práctica social normativa –la práctica política cotidiana de discutir acerca de la libertad y la democracia– afirman no ser ellas mismas teorías normativas. Afirman, más bien, ser teorías filosóficas o conceptuales meramente 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 conexas. Primero, la discusión política cotidiana a menudo incluye, no solo como una entrada neutral a las controversias sustantivas sino como un elemento central en esas controversias, la discusión acerca de 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 arquimedianos 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 estar patentemente fuera de lugar. 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 una vigorosa discusión 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 discuten sobre esto no asumen simplemente que la democracia significa la regla 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 pese a ello está justificada. Por el contrario, los abogados y políticos discuten acerca de lo que la democracia realmente es: algunos de ellos insisten en que la revisión judicial no es inconsistente con la democracia porque la democracia no significa solo la regla de la mayoría, sino la regla de la mayoría sujeta a aquellas condiciones que hacen justa a la regla de la mayoría.⁹ La mayor parte de quienes se oponen a la revisión judicial rechazan esta definición más compleja de democracia e insisten en que democracia solo significa la regla de la mayoría, o, tal vez, la regla de la mayoría limitada solo por unos pocos y restringidos derechos procedimentales, incluyendo la libertad de expresión, antes que por el conjunto completo de derechos que son ahora típicamente protegidos en las constituciones nacionales e internacionales. Los políticos que defienden los impuestos no admiten que los impuestos invaden la libertad. Por el contrario, niegan esto e insisten que los impuestos, en sí mismos, no tienen 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 consecuencias para la discusión y decisión sustantivas, entonces, ¿por qué habrían los políticos y los ciudadanos de perder el tiempo discutiendo sobre ello?

9. Véase mi libro, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), particularmente la introducción.

¿Por qué no le ha enseñado el sentido común a la gente corriente a converger en una definición estándar de estos conceptos –que democracia significa regla 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 alguna definición particular como una ventaja argumentativa?

El relato arquimediano ignora la forma en que los conceptos políticos realmente funcionan en la discusión política. Sirven como abstractas mesetas de acuerdo. Casi todos están 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 sea 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. Ahí es, podríamos decir, donde está la acción. Sería, entonces, de lo más implausible tratar una teoría filosófica de *ese* concepto como arquimediana: esto es, sería implausible suponer que una teoría informativa acerca de la naturaleza de la justicia podría ser neutral respecto de asuntos de discusión política sustantiva. 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, 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 políticos más densos de libertad, igualdad y democracia cumplen el mismo rol en la discusión política, 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.¹⁰

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 “mixtos”. De acuerdo a esta familiar opinión los conceptos 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 se hace casi inevitablemente

10. 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.

con intención de, y es entendido como, 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 no obstante 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 arquimedianos, quienes 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 presenta de mejor manera ese valor. El significado descriptivo no puede ser desprendido de la fuerza evaluativa porque aquel depende de esta de esa manera. Desde luego es posible que un filósofo o un ciudadano insistan en que, después de todo, no hay valor alguno 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 en 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 de qué manera?

La segunda dificultad que mencioné se vuelve severa 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 usa, 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 lo 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 una ambiciosa que dependa del descubrimiento de alguna ley sobre la naturaleza o conducta humanas que guía 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 cuáles son estos criterios. En efecto, si el proyecto filosófico vale la pena, eso no será obvio. Pero la atención cuidadosa, ayudada por experimentos mentales acerca de lo que parecería correcto decir en situaciones particulares, traerá esos criterios escondidos a la superficie. Estas suposiciones semánticas son plausibles 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 la aplicación del concepto a una 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.¹¹ 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– en el caso de justicia. De seguro, podemos imaginar afirmaciones sobre la justicia o la injusticia que parecerían estar descartadas por razones semánticas. Cometería un error conceptual si insistiera, y quisiera decir literalmente, que siete es el más injusto de los números primos.¹² 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, respecto 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 ponen en riesgo la libertad. Tampoco nadie cree 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 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 llama tigres 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 oro en absoluto sino oro de tontos.

11. Véase mi discusión sobre el “aguijón semántico” en *Law’s Empire*.

12. No pretendo descartar una afirmación poética de este estilo: si Abril es el mes más cruel, entonces siete podría ser llamado, en el contexto apropiado, el número más injusto.

¿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 puede entenderse 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 químico o de ADN? No. Eso es un sinsentido. Podríamos hacer como que lo creemos. Podríamos compilar una lista de todos los ordenamientos 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 prescindibles. Pero esta reformulación pseudocientífica de nuestra pregunta no nos ayudaría, porque aún necesitaríamos una explicación de lo que hace a una característica de un ordenamiento social o político esencial a su carácter democrático, y a 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 instancias del matrimonio, a pesar de sus enormes diferencias institucionales y de otro tipo. Supóngase que encontraríamos que en cada caso en nuestra enormemente larga lista ha estado involucrada alguna determinada 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. Suponemos que la filosofía política arquimediana 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 dijo que entran en conflicto en su naturaleza, y no podría haber apoyado esa ambiciosa afirmación simplemente destacando (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 biología, la teoría cultural, económica o 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 el 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 de 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 estos ideales de un filósofo. 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 las siguientes importantes propiedades. Son reales: ni su existencia ni sus características 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 las 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 respectos 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.¹³ 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 de la cual 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 por sí solos, tal como son, en su opinión, apprehendidos como verdaderos. Pero una vez más asumiré que es verdadera.

La diferencia entre clases naturales y valores políticos que enfatice, desde luego, persiste 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 apuntar, como un tipo particular de proyecto, a 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 la ponen en riesgo– es finalmente solo una cuestión de grados. Pero la amplitud y el carácter fundamental del estudio más ambicioso –su aspiración autoconsciente de descubrir algo que sea explicativamente fundamental– justifica reservarle el nombre de conceptual. No podemos afirmar sensatamente que un análisis filosófico de un valor

13. Véase “Objectivity and Truth”.

sea conceptual, neutral y desvinculado. Pero podemos afirmar sensatamente que es normativo, comprometido, y conceptual.

D. ¿Qué tiene de bueno? I

Una afirmación conceptual acerca de un valor político aspira a mostrar, como dije, el valor que hay *en él*: aspira a proveer alguna explicación de su valor que sea fundamentalmente explicativa de manera comparable con la estructura molecular de un metal. De manera que una teoría general sobre la justicia intentará capturar, a un nivel adecuadamente fundamental, el valor de la justicia: intentará mostrar la justicia, podríamos decir, en su mejor luz. ¿Pero cómo podemos hacer eso sin prejuzgar la cuestión? ¿No sería eso como tratar de explicar el color rojo sin referirse a su rojez? Podemos decir que la justicia es indispensable porque solo la justicia evita la injusticia, o que la democracia es valiosa porque le da al pueblo autogobierno, o que la libertad tiene valor porque hace libre a las personas, o que la igualdad es buena porque trata a las personas como igualmente importantes. Pero estas proposiciones no ayudan, porque usan la idea que se pretende que expliquen. ¿Cómo podríamos esperar hacer algo mejor que eso? Podríamos intentar una justificación instrumental –la justicia es buena porque la injusticia hace a la gente miserable, o la democracia es buena porque generalmente promueve la prosperidad, por ejemplo–, pero estas afirmaciones instrumentales no dan respuesta: queremos saber qué es distintivamente bueno acerca de la justicia y la democracia, no qué otras clases de bien proveen. La explicación “mixta” de los valores políticos que mencioné antes tiene la esperanza de evadir esa dificultad: permite a los filósofos reconocer la parte de “valor” del significado de la democracia, como una especie de hecho bruto, y luego concentrarse en explicar la parte puramente “descriptiva”. Pero, como dije, eso tampoco servirá: si queremos entender lo que la libertad o la democracia o el derecho o la justicia realmente son, debemos enfrentar la difícil pregunta acerca de cómo identificar el valor de un valor. Solo podemos esperar hacer esto –sostendré– situando el lugar de ese valor en una red de convicción mayor. No puedo comenzar ese argumento, sin embargo, sin introducir otra importante distinción.

E. Valores desvinculados e integrados

Queremos entender mejor lo que la justicia, la democracia y la libertad son porque creemos que podemos vivir mejor juntos si entendemos y estamos de acuerdo sobre esto. Pero existen dos posiciones que podríamos tomar respecto de la conexión entre entender un valor y vivir mejor en consecuencia. Podríamos, primero, tratar el valor como desvinculado y fijado independientemente de nuestra preocupación por vivir bien: debemos respetarlo simplemente porque es, en sí mismo, algo de valor que hacemos mal en no reconocer. O, segundo, podríamos tratar el valor como integrado con nuestro interés por vivir bien: podríamos suponer que es un valor, y que tiene el carácter que tiene porque aceptarlo como un valor con ese carácter realza nuestra vida de algún modo.

La religiones ortodoxas adoptan el primero de estos entendimientos respecto de los valores centrales de la fe: los tratan como desvinculados. Insisten en que vivir bien requiere devoción a uno o más dioses, pero niegan que la naturaleza de estos dioses, o su posición como dioses, derive en modo alguno del hecho de que una vida buena consista en respetarlos, o de que podamos mejorar nuestro entendimiento de su naturaleza preguntando cómo, más precisamente, tendrían que ser para hacer que el respetarlo fuese bueno o mejor para nosotros.

Adoptamos el mismo entendimiento respecto de la importancia del conocimiento científico. Pensamos que es mejor para nosotros entender la estructura fundamental del universo, pero no pensamos –a menos que seamos crudos pragmatistas o locos– que esa estructura dependa de lo que sería de algún modo bueno para nosotros que fuera. Somos, podríamos decir, añadidos de un mundo físico que tenía ya y de manera independiente la estructura física que sea que tenga ahora cuando llegamos. De manera que si bien nuestros intereses prácticos son estímulos o guías en nuestra ciencia –ellos nos ayudan a decidir qué investigar y cuándo descansar satisfechos con alguna afirmación o justificación– no contribuyen a la verdad de una afirmación o la pertinencia de la justificación.

Mucha gente adopta el mismo entendimiento respecto del valor del arte. Somos añadidos, dicen, al mundo de ese valor: somos responsables de descubrir lo que es maravilloso en el arte, y de respetar su maravilla, pero debemos cuidar no cometer la falacia de suponer que algo es hermoso porque apreciarlo hace nuestra vida mejor, o que podemos identificar y analizar su belleza considerando lo que habría sido de otra forma bueno para nosotros admirar en la forma en que admiramos el arte. G.E. Moore sostuvo una forma muy fuerte de la opinión según la cual el valor del arte es desvinculado: afirmó que el arte retendría todo su valor incluso si todas las criaturas que pudieran apreciarla perecieran para nunca volver. No necesitamos ir tan lejos para suponer que el valor del arte es desvinculado, sin embargo, podemos decir que una pintura no tendría valor si pudiera no tener significado para o impacto en alguna sensibilidad sin suponer también que su valor depende del impacto que de hecho tiene, o del valor independiente de ese impacto para cualquier criatura.

Por otro lado, sería severamente implausible tratar las virtudes y logros personales que conforman una vida encomiable como si tuvieran solo valor desvinculado. Ser entretenido o interesante son virtudes que se han de cultivar y admirar, pero solo por la contribución que hacen al goce de nuestra propia vida y la de otros. Es más difícil identificar la contribución de virtudes más complejas, como la sensibilidad y la imaginación, por ejemplo, pero es igualmente implausible que nuestro reconocimiento de estas como virtudes sobreviviera un entendimiento general de que no hacen ninguna contribución independiente en absoluto. La mayoría de las personas aprecia la amistad: creen que una vida sin conexiones cercanas a otros es una vida empobrecida. Pero no pensamos que la amistad es simplemente lo que es, como un planeta, y que su única conexión con una vida deseable es que una vida deseable es una que la reconoce, como fuere que esa vida resultase ser. No quiero decir, desde luego, que relaciones como la amistad son valiosas solo por los estrechos beneficios que traen a quienes son amigos, como la cooperación en el logro de metas. Pero su valor no es independiente de la manera en que realzan la vida de otras formas; podemos no estar de acuerdo acerca de cuáles son exactamente esas formas –la amistad es un concepto interpretativo¹⁴ pero nadie piensa que la amistad seguiría siendo algo de importancia si resultara no hacer nada en la vida de los amigos, excepto el hacerlos amigos.

Pero aunque sería implausible suponer que alguna cualidad personal o logro solo tenga valor desvinculado, a menudo es difícil, como sugieren algunos de estos ejemplos, identificar la forma en que el valor de esa virtud o logro está asociado en la idea más amplia de una vida buena. Contamos la integridad, el estilo, la independencia, la responsabilidad, la modestia, la humildad y la sensibilidad como virtudes, por ejemplo, y la amistad, el conocimiento teórico y el autorespeto como logros importantes. Algún resuelto darwinista social podría un día mostrar que aquellos rasgos y ambiciones tenían valor de supervivencia en las sabanas ancestrales. Pero no es así como

14. Véase *Law's Empire*.

nos parecen a nosotros: no creemos que la sensibilidad o la integridad personal o el lograr algún entendimiento de la ciencia del día sea importante porque una comunidad sería menos próspera o tendría más riesgo de ser invadida por enemigos si sus ciudadanos no lo consideraran una virtud o una meta. Más bien, consideramos estos valores como aspectos o componentes de, y no medios instrumentales hacia, una vida atractiva, plenamente exitosa.

Tendría tan poco sentido tratar a los valores políticos que hemos estado discutiendo, como la justicia, la libertad, la legalidad y la democracia, como valores desvinculados. La justicia no es un dios o un ícono: la valoramos, si lo hacemos, por sus consecuencias para las vidas que llevamos como individuos y juntos. Es verdad, la tradición arquimediana a veces parece suponer que la libertad, por ejemplo, como el gran arte, simplemente es lo que es, y que si bien debemos quizás consultar nuestras propias necesidades e intereses al decidir cuán importante es la libertad, esas necesidades e intereses no son relevantes al decidir lo que es. O lo que la democracia o la igualdad o la legalidad realmente significan. Nada sino ese supuesto podría explicar la confiada declaración de Berlin, por ejemplo, de que libertad y la igualdad, simplemente por la naturaleza del asunto, son valores en conflicto, o la afirmación de otro filósofo de que la libertad, adecuadamente entendida, se ve comprometida incluso por impuestos imparciales. Pero aún así parece profundamente contraintuitivo que los valores políticos importantes, que casi todos deben alguna vez hacer un sacrificio para proteger, tengan solo valor desvinculado, y ninguno de los arquimedianos políticos, hasta donde sé, ha hecho efectivamente esa afirmación.

F. ¿Qué tiene de bueno? II

Ese hecho aparentemente irresistible –que los valores políticos son integrados más bien que desvinculados– nos lleva directamente de vuelta a la dificultad que encontramos antes. ¿Cómo podemos explicar lo que es bueno acerca de estos valores sin prejuzgar la cuestión? La exigencia es menos amenazante en el caso de los valores desvinculados que en el de los integrados. Bien podemos creer que es una locura siquiera imaginar, por ejemplo, que la pregunta sobre por qué el gran arte tiene valor pudiera ser respondida sin prejuzgar la cuestión. Si el valor del arte simplemente yace en su propio valor desvinculado, entonces realmente sería tan extraño pedir una explicación de ese valor en otros términos como lo sería preguntar por una descripción del color rojo en otros términos. Desde luego podríamos poner en duda si acaso el arte de hecho tiene valor después de todo. Pero no podríamos sensatamente insistir, como evidencia de que no lo tiene, en que es imposible especificar ese valor de alguna manera no circular. No podemos tratar la dificultad tan fácilmente en el caso de los valores integrados, sin embargo, pues suponemos no solo que la existencia de un valor integrado depende de alguna contribución que haga a otra clase de valor determinable de manera independiente, como la bondad de las vidas que las personas pueden llevar, sino que la caracterización más precisa de un valor integrado –la explicación más precisa de lo que, por ejemplo, la libertad de hecho es– depende de identificar esa contribución. Imagínese una discusión acerca de alguna virtud: la modestia, por ejemplo. Preguntamos si acaso la modestia es, después de todo, una virtud, y, si así es, cuál es la línea entre esa virtud y el vicio de la negación de uno mismo. Sería perfectamente apropiado esperar que resulte, del curso de esa reflexión, alguna explicación de los beneficios de la modestia y, si ninguno pudiera ser provisto, excepto que la modestia es su propia recompensa, sería apropiado contar ese hecho como fatal para las pretensiones de la virtud.

De manera que no podemos evitar, sino que ahora debemos enfrentar, la pregunta sobre cómo el valor de los valores integrados (incluidos los valores políticos) puede ser identificado.

Algunos valores integrados, como el encanto, pueden entenderse como completamente instrumentales. Pero los más interesantes, como la amistad, la modestia y los valores políticos, no son obviamente instrumentales. No valoramos la amistad solo por las estrechas ventajas que pueda traer, o la democracia solo porque sea buena para el comercio. Si pudiéramos ordenar estos distintos valores integrados en una estructura jerárquica, podríamos ser capaces de explicar la contribución de aquellos situados más abajo en la jerarquía mostrando cómo contribuyen a realzar aquellos situados más arriba. Podríamos ser capaces de mostrar, por ejemplo, que la modestia es una virtud porque contribuye de alguna forma a una capacidad para el amor o la amistad. Pero este proyecto parece desesperado, pues, si bien es posible ver algunos valores éticos como dando apoyo a otros de alguna forma, el apoyo parece más mutuo que jerárquico. Una persona modesta podría por esa razón tener una capacidad mayor para el amor o la amistad, pero el amor profundo y la amistad podrían también contribuir a hacer modestas a las personas. Ningún aspecto de lo que consideramos una vida atractiva y lograda parece suficientemente dominante por sí solo como para hacer plausible que todas las demás virtudes y metas que reconocemos solo sean serviciales a él. Podemos, pienso, especular acerca del carácter general de una vida buena. En otros lugares he argumentado, por ejemplo, que deberíamos adoptar un modelo ético del desafío –vivir bien significa desempeñarse bien en respuesta a un desafío que puede ser enfrentado de buen modo sin afectar de otro modo la historia humana– más bien que un modelo que mida el éxito de una vida preguntando cuánto ha mejorado la historia humana.¹⁵ Pero ningún modelo general para la ética puede servir como criterio de evaluación último de virtudes o metas subordinadas. Podemos aceptar que vivir bien significa responder bien a una clase distintiva de desafío sin decidir a partir de ahí si acaso vivir con distinción es responder bien o solo vanagloria, o si acaso la humildad en ciertas circunstancias es realmente servilismo, o si acaso la nobleza es ensuciada por un interés en el comercio, o si acaso la democracia es solo la regla de la mayoría.

Si hemos de entender mejor los valores integrados no instrumentales de la ética, debemos tratar de entenderlos de manera holística e interpretativa, cada uno a la luz de los otros, organizados no en jerarquía sino en la forma de un domo geodésico. Debemos tratar de decidir lo que la amistad o la integridad o el estilo son, y cuán importante son estos valores, viendo cuál concepción de cada uno y qué asignación de importancia se ajusta mejor a nuestro sentido de las otras dimensiones de vivir bien, de hacer un éxito del desafío de vivir una vida. La ética es una estructura compleja de distintas metas, logros y virtudes, y la parte que cada uno de estos juega en esa compleja estructura solo puede ser entendido desarrollando el papel que cumple en un diseño general fijado por otros. Mientras no podamos ver cómo nuestros valores éticos forman un todo de esa forma, de manera que cada uno pueda ser evaluado en relación con nuestra explicación provisional de los otros, no entendemos ninguno de ellos. Dos de las imágenes filosóficas más abusadas son, sin embargo, pertinentes aquí. En los valores, como en la ciencia, reconstruimos nuestro bote un tablón a la vez, en alta mar. O, si lo prefieren, la luz amanece lentamente sobre el todo.

La filosofía política que aspira a entender mejor los valores políticos debe incorporar su propio trabajo en esa gran estructura. Debe aspirar, en primer lugar, a construir concepciones o interpretaciones de cada uno de estos valores que refuercen los otros: una concepción de la democracia, por ejemplo, que sirva a la igualdad y la libertad, y concepciones de cada uno de estos valores que sirvan a la democracia así entendida. Debe aspirar a construir esas concepciones políticas, más aún, como parte de una estructura de valor incluso más incluyente que conecte la

15. Véase mi libro, *Sovereign Virtue* (Cambridge: Harvard University Press, 2001), cap. 6.

estructura política no solo con la moral de manera más general, sino con la ética también. Todo esto suena, sin duda, imposible y quizás hasta desagradablemente holista. Pero no veo otra forma en la cual los filósofos pudieran abordar la tarea de comprender críticamente todo cuanto sea posible de cualquier parte de, mucho menos de toda, esta vasta estructura humanista. Si entendemos que esa es la responsabilidad colectiva de los filósofos, a lo largo del tiempo, tendremos cada uno una mejor percepción de nuestros propios roles individuales marginales e incrementales.

Debo conceder que esta concepción de la filosofía política se encuentra en oposición con dos de los más notorios ejemplos de trabajo contemporáneo en ese campo: El liberalismo “político” de John Rawls y el pluralismo político asociado con Isaiah Berlin. Mi recomendación es similar al método de Rawls del equilibrio reflexivo, el cual apunta a poner nuestras intuiciones y teorías en línea unas con otras. La diferencia con la metodología de Rawls es más llamativa que las similitudes, sin embargo, porque el equilibrio que creo que la filosofía debe buscar no está limitado, como lo está el de él, a los elementos constitucionales esenciales de la política, sino que comprende lo que él llama una teoría “comprensiva” que incluye la moral personal y la ética también. Si la filosofía política no es comprensiva en su ambición falla en rescatar la idea crucial de que los valores políticos son integrados, no desvinculados.

No puedo describir la filosofía política así concebida en mayor detalle aquí. Pero ofrezco mi reciente libro, *Sovereign Virtue*, como un ejemplo de un trabajo que está al menos de manera autoconsciente en ese espíritu.¹⁶ Debería enfatizar que este proyecto comprensivo no está basado en la absurda premisa de que la verdad en la filosofía política, o en la teoría del valor más generalmente, es un asunto de coherencia. Teorías sobre la moral política elegantes y exquisitamente coherentes pueden ser falsas, incluso repulsivas. Apuntamos no a la coherencia por su propio bien, sino a la convicción y a cuanta coherencia podamos lograr. Esos dos objetivos pueden (en efecto, creo que a menudo deben) reforzarse el uno al otro. Es más fácil encontrar un profundo sentido de lo correcto en un conjunto de valores unificado, integrado, que en una lista de compras. Pero los dos objetivos pueden, debemos recordar también, causarse problemas el uno al otro. Pueden hacerlo, por ejemplo, cuando nuestro sentido inicial del carácter de dos valores –el patriotismo y la amistad en el celebrado ejemplo de E.M. Forster, por ejemplo, o la libertad y la igualdad en la forma en que Berlin los explica– muestra que estos valores están en conflicto. Podemos ser capaces de construir concepciones del patriotismo y la amistad, o de la libertad y la igualdad, que eliminen el conflicto. Pero estas concepciones pueden no cautivar nuestra alma: pueden sentirse artificiales o ajenas o simplemente incorrectas. Deberíamos reflexionar más, si tenemos mundo suficiente y tiempo, e imaginación suficiente y habilidad: deberíamos tratar de hallar una concepción convincente de la amistad y el patriotismo, por ejemplo, que muestre que no están en conflicto. Puede que no podamos hacer esto, sin embargo.¹⁷ Debemos creer entonces lo que sea que no podamos sino creer –que el patriotismo y la amistad son ambos esenciales pero que no podemos tener ambos en la medida plena o siquiera adecuada, quizás–. Pero no podemos entonces pensar que nuestra reflexión ha sido un éxito, que hemos ganado el derecho a detenernos. Estamos simplemente atascados, que es distinto.

16. “Justice for Hedgehogs”, las Conferencias Dewey en Columbia University que mencioné en la introducción a *Sovereign Virtue*, es un intento más explícito de ilustrar este tipo de filosofía.

17. Véase mi artículo “Do Liberal Values Conflict?” en Dworkin, Lilla y Silvers (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin* (New York: New York Review of Books, 2001).

3. EL 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 (antes que, por ejemplo, una asamblea de los rectores de las universidades más importantes) el poder de hacer verdaderas las proposiciones jurídicas? Más aún, los abogados a menudo afirman que alguna proposición jurídica es verdadera –por ejemplo, que la Sra. Sorenson tiene derecho a recibir una cuota de compensación de cada una de las compañías farmacéuticas– cuando ninguna legislatura o jueces precedentes 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 pretensión jurídica, incluyendo aquella, es verdadera, incluso cuando conocen todos los hechos sobre lo que las instituciones han decidido en el pasado. ¿Sobre qué en el mundo 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 pretensión 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 funcionarios 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*. Citó 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 entablen pretensiones jurídicas la mayor parte de los funcionarios de la comunidad acepta, como una clase de convención, alguna regla maestra de reconocimiento que identifica qué hechos, históricos u otros, o eventos hacen verdaderas las pretensiones 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 pretensiones 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 depende de lo que la mayor parte de los funcionarios en esa comunidad resulta haber acordado como el criterio 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 pretensiones 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, dijo Hart en el *post scriptum*, si la regla de reconocimiento maestra de la comunidad utiliza estándares morales como parte de los criterios de evaluación de las pretensiones jurídicas válidas. Pero su propia teoría, insiste él, la cual 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 arquimediana 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 arquimedianismo 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 evaluadas– 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 provisto que las personas en la posición de la Sra. Sorenson tuvieran derecho a reclamar compensación sobre la base de cuotas de mercado, o estipulado un estándar moral que pudiera 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 en el tribunal exactamente el mismo argumento que Hart había dado en su libro. Dijeron que su pretensión fracasa porque nada en el derecho explícito del Estado, identificado según las convenciones jurídicas establecidas, apoya esa pretensión. 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 arquimedianismo político vale también para la versión jurídica de Hart. Asimismo 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 basan en malentendidos sobre 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. En una frase famosamente desconcertante en la versión original de *The Concept of Law*, él dijo que el libro de-

bería 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 descriptiva, 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 pretensiones 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: elucidar los criterios de aplicación que los abogados y otros pudieran 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 *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 pretensiones jurídicas, incluso entre abogados en jurisdicciones particulares, mucho menos en cualquier parte. En su post scriptum, 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.¹⁸ Aun así, ya que Hart ridiculizó este entendimiento de su proyecto en el post scriptum, 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 las personas 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, lo que sea que las personas piensen, nada que no se conforme a la tesis de las fuentes es derecho. Los profundos descubrimientos acerca de las clases naturales parecen a la vez conceptuales –el ADN de tigre puede plausiblemente ser llamado la esencia de la “tigreidad”– 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 pretensiones jurídicas verdaderas formarían una clase natural. Si la libertad no tiene ADN, tampoco lo tiene el derecho.

Nos queda la tercera posibilidad que distinguí: que la tesis de las fuentes de Hart pretendiera ser descriptiva a la manera 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 pretensiones 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 el gran relato. 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 aprueba, por ejemplo, podría esperar explicar ese hecho por medio de principios darwinianos, quizás, o ecuaciones económicas o algo de ese tipo. O podría

18. Otros están de acuerdo. Véase, e.g. N. Stavropoulos, “Hart’s Semantics” en J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 59.

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 arquimediano de Hart es empírico en el más o en el 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 supuestamente dé cuenta de esos descubrimientos *The Concept of Law*. Imaginen un economista diciendo que las 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. Sería necesaria, dije, una montaña de información dar apoyo a la tesis de las fuentes como generalización empírica, pero bastan solo unos pocos contraejemplos para refutarla, y estos están por 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 “castigos crueles e inusuales”, incorpora algún estándar moral para determinar 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 que 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 ninguna 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.¹⁹ Pero otros, 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.²⁰ No existe ninguna convención a favor o en contra de ella, ninguna regla de reconocimiento básica a partir de la cual uno de los lados pudiera esperar apoyar las proposiciones de derecho constitucional que sin embargo afirman ser verdaderas.

19. Véase *Freedom's Law*.

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

4. EL VALOR DE LA LEGALIDAD

A. *La legalidad*

¿Un nuevo comienzo? Afirmé antes que los conceptos políticos son conceptos de valor, y que los filósofos políticos deberían apuntar a mostrar más precisamente, en cada uno de ellos, dónde yace su valor. Afirmé que ya que los valores políticos son integrados más bien que desvinculados, este proyecto debe encontrar el lugar de cada valor en una red de convicción mayor y mutuamente apoyada que muestre las conexiones de apoyo entre los valores morales y políticos en general y luego las sitúe en el contexto aún mayor de la ética. Esta imagen de la filosofía política no solo es enormemente ambiciosa (solo puede imaginarse de forma cooperativa), sino que es también, como he concedido, muy contraria a la moda contemporánea. No está en el espíritu del modesto pluralismo de valores. Aspira, en cambio, a un objetivo utópico y nunca hecho realidad: la unidad del valor de Platón.

Deberíamos tratar de acercarnos a los antiguos problemas del derecho de esa forma. Necesitamos encontrar, sin embargo, un valor político que esté vinculado con esos problemas de la manera correcta. Debe ser un valor real, como la libertad, la democracia y los demás, y debe ser ampliamente aceptado como un valor real, al menos si nuestro proyecto ha de tener alguna oportunidad de influencia. El valor debe, sin embargo, funcionar, dentro de nuestra comunidad, como un valor interpretativo: quienes lo aceptan como un valor deben sin embargo estar en desacuerdo acerca de qué valor es precisamente, y deben estar en desacuerdo, en consecuencia, al menos hasta cierto punto, acerca de cuáles arreglos políticos lo satisfacen, o cuáles lo satisfacen mejor y cuáles peor. Debe ser un valor distintivamente jurídico tan fundamental a la práctica jurídica que comprender mejor el valor nos ayudará a entender mejor lo que las pretensiones jurídicas significan y qué las hace verdaderas o falsas. Debemos ser capaces de ver, por ejemplo, cómo una concepción específica del valor generaría la tesis de las fuentes, y cómo otras concepciones generarían las muy distintas teorías del derecho que son parte también de la literatura de la filosofía del derecho. Debemos ser capaces de ver cómo el abrazar una concepción del valor antes que otra significaría alcanzar una decisión antes que otra en el caso de la Sra. Sorenson.

Debería ser claro ahora cuál es ese valor: es el valor de la legalidad, o, como es más grandiosamente llamada a veces, el gobierno de la ley. La legalidad es un valor real, y es un valor distintivamente jurídico. Muchas personas piensan, por ejemplo, que los juicios de Nuremberg en los cuales los líderes nazis fueron enjuiciados y sentenciados después de la Segunda Guerra Mundial ofendieron la legalidad aunque estaban justificados por otros valores políticos –la justicia o la eficiencia, por ejemplo–. La legalidad es, más aún, un valor muy popular. Ha sido abrazada mucho más ampliamente, y a lo largo de muchos más siglos, que otros valores que discutí antes, y es ampliamente considerada de importancia aún más fundamental que aquellos lo son. Los filósofos clásicos y medievales analizaron y celebraron la legalidad mucho antes que otros filósofos celebraran la libertad, mucho menos la igualdad.

Desde el principio, además, la legalidad fue un ideal interpretativo, y lo sigue siendo para nosotros. Existen varias formas de enunciar el valor abstractamente. La legalidad entra en juego podríamos decir, cuando los funcionarios políticos despliegan el poder coactivo del estado directamente contra personas o cuerpos o grupos particulares –arrestando o castigándoles, por ejemplo, o forzándoles a pagar multas o indemnizaciones–. La legalidad insiste en que el poder sea ejercido solo de acuerdo a estándares establecidos en la manera correcta antes de ese ejercicio. Pero esa formulación abstracta es, por sí sola, casi completamente vacía: resta ser especificado

qué tipo de estándares satisfacen las exigencias de la legalidad, y qué cuenta como el establecimiento correcto y anticipado de un estándar. Las personas están notablemente en desacuerdo en torno a estos asuntos. Algunos afirman, como acabo de notar, que los juicios de Nuremberg ofendieron la legalidad, sea o no que estuvieran finalmente justificados por algún otro valor. Pero otros afirman que los juicios protegieron o realzaron los verdaderos ideales de la legalidad. Las personas están en desacuerdo ahora, de manera similar, acerca de los juicios a dictadores depuestos por actos inhumanos no condenados por el derecho local cuando actuaron, y acerca de los juicios a los maleantes de los Balcanes en tribunales penales internacionales. Estas distintas visiones representan una adherencia común al valor de la legalidad, pero distintas concepciones de lo que la legalidad es.

Tampoco puede haber mucha duda acerca de la conexión entre el valor de la legalidad y el problema de identificar pretensiones jurídicas verdaderas o válidas. Las concepciones de la legalidad difieren, como dije, respecto a qué tipo de estándares son suficientes para satisfacer la legalidad y de qué forma estos estándares deben ser establecidos anticipadamente; las pretensiones jurídicas son afirmaciones acerca de cuáles estándares del tipo correcto han sido de hecho establecidos de la forma correcta. Una concepción de la legalidad es, por lo tanto, una explicación general sobre cómo decidir cuáles pretensiones jurídicas particulares son verdaderas: la tesis de las fuentes de Hart es una concepción de la legalidad. No lograríamos entender mucho la legalidad o el derecho si negáramos esta íntima conexión entre las concepciones de la legalidad y la identificación de pretensiones jurídicas verdaderas. Podemos pensar sensatamente que si bien el derecho rechaza las pretensiones de la Sra. Sorenson de ser indemnizada de acuerdo a las cuotas de mercado, la justicia apoya su pretensión. O (de manera menos plausible) al revés: que si bien el derecho le concede la pretensión, la justicia la condena. Pero sería un sinsentido suponer que si bien el derecho, adecuadamente entendido, le concede el derecho a ser compensada, el valor de la legalidad da razones en contra de ello. O que si bien el derecho, adecuadamente entendido, le niega el derecho a ser compensada, se cumpliría con la legalidad, sin embargo, haciendo que las compañías pagaran.

Podemos rescatar las preguntas importantes de la filosofía del derecho del oscurantismo arquimediano atacándolas de esta forma distinta. Entendemos mejor la práctica jurídica, y hacemos más inteligible el sentido de las proposiciones jurídicas, llevando a cabo una empresa explícitamente normativa y política: refinando y defendiendo concepciones de la legalidad y formulando criterios de evaluación de pretensiones jurídicas concretas a partir de las concepciones preferidas. Está fuera de lugar entender que las teorías del derecho así construidas sean meramente “descriptivas”. Son conceptuales, pero solo en el sentido normativo, interpretativo, en el cual las teorías de la justicia, así como las teorías de la democracia, la libertad, y la igualdad son conceptuales. Pueden ser, como tales teorías, más o menos ambiciosas. Las más ambiciosas tratan de encontrar apoyo para sus concepciones de la legalidad en otros valores políticos, o más bien –porque el proceso no se mueve en solo una dirección– tratan de encontrar apoyo para una concepción de la legalidad en un conjunto de otros valores políticos relacionados, entendidos cada uno de estos a su vez de manera que refleja y es apoyada por esa concepción de la legalidad.

Ofrezco mi propio libro, *Law's Empire*, como un ejemplo más elaborado de lo que tengo en mente. No enfatice ahí la palabra “legalidad”, pero sí apelé a ese valor: afirmé que una teoría filosófica del derecho debe comenzar en algún entendimiento del sentido de la práctica jurídica como un todo. No estaba entonces tan preocupado de aislar y refinar los otros valores que cualquier explicación persuasiva del sentido del derecho implicaría. Pero la descripción más ambiciosa de la filosofía del derecho que he descrito ahora me ayuda a entender mejor, y espero que a

desarrollar de mejor manera, asuntos que no fueron desarrollados suficientemente o que fueron ignorados en el libro. Afirmé ahí, por ejemplo, que identificar proposiciones jurídicas verdaderas es una cuestión de interpretar la información jurídica constructivamente, y que la interpretación constructiva aspira a ajustarse a la información tanto como a justificarla. Advertí que “ajuste” y “justificación” son solo nombres para dos dimensiones aproximadas de la interpretación, y que un refinamiento ulterior requeriría un análisis más cuidadoso de otros valores políticos distintos a través de los cuales entender esas dimensiones más minuciosamente, de manera que pudiéramos ver, por ejemplo, cómo integrarlos en un juicio general de superioridad interpretativa cuando halan en direcciones opuestas. Los conceptos políticos claves que deben ser explorados de esta forma, me parece ahora, son aquellos de imparcialidad procedimental, el cual es el corazón de la dimensión de ajuste, y de justicia sustantiva, el cual es el corazón de la justificación política. Entender mejor el concepto de legalidad, en otras palabras, conlleva extender la discusión sobre la adjudicación hasta incluir un estudio de estos valores ulteriores, y aunque sería sorprendente si ese estudio más profundo no alterara nuestro entendimiento del derecho de alguna forma, sería también sorprendente si nuestro entendimiento del derecho no produjera entendimientos al menos algo diferentes de la imparcialidad y la justicia también. Una reinterpretación de amplio alcance de los valores políticos no deja nada enteramente como estaba.

B. La filosofía del derecho reconsiderada

¿Podemos interpretar las principales tradiciones o escuelas de la filosofía del derecho como reflejando (y por lo tanto como diferentes entre sí en relación a) distintas concepciones de la legalidad? Ese valor insiste en que el poder coactivo de una comunidad política debería ser desplegado en contra de sus ciudadanos solo de acuerdo a estándares establecidos con anticipación a ese despliegue. ¿Qué tipo de estándares? ¿Establecidos de qué manera? Atacamos estas preguntas proponiendo alguna lectura del valor de la legalidad –algún supuesto propósito que es promovido por medio de restringir de esa forma el uso del poder político– y esta lectura debe involucrar, como he afirmado varias veces ya, otros valores que reconozcamos. Si es suficientemente ambiciosa, involucrará un gran número de ellos en lo que antes llamé una red de convicción. Sin embargo, distintas concepciones seleccionarán distintos valores conectados como más importantes en esa mezcla: las concepciones diferirán, podríamos decir, en la importancia que cada una asigna a los distintos valores al crear el campo magnético local en el cual sitúa la legalidad.

Las escuelas o tradiciones de la filosofía del derecho están formadas por grandes diferencias en el carácter de estas elecciones. Tres importantes tradiciones, de hecho, se han formado por sus elecciones rivales de los valores políticos de la precisión, la eficiencia, y la imparcialidad como valores localmente influyentes. Exploraré cada una de estas tres tradiciones bajo esa luz, pero quiero enfatizar particularmente, con anticipación, que no estoy sugiriendo que alguna de las tradiciones que describo haya elegido uno de estos tres valores como la clave exclusiva de la legalidad, y menospreciara o descuidara todos los otros. Sostengo que la tradición iuspositivista enfatiza la relación entre la legalidad y la eficiencia, por ejemplo, pero no quiero decir que los positivistas hayan sido insensibles al gobierno bueno o equitativo. Los positivistas difieren entre ellos, no solo porque sostienen entendimientos algo distintos de lo que la eficiencia política significa, y por qué es valiosa, sino también porque sostienen entendimientos distintos, reflejados en los detalles de sus posiciones, acerca del carácter y la fuerza de muchos otros ideales políticos, y mencionaré algunos de esos otros valores a los cuales distintos positivistas han apelado para dar forma y reforzar la confianza dominante en la eficiencia. Mi división tripartita distingue los

centros de gravedad de grupos o escuelas teóricas distintas; no tiene la intención de agotar la complejidad o explicar los detalles de ninguna de estas teorías.

Precisión. Con precisión me refiero al poder de los funcionarios políticos para ejercer el poder coactivo del estado de una manera sustantivamente justa y prudente. La legalidad promueve la precisión si es más probable que los actos oficiales sean prudentes o justos si son regidos por estándares determinados que si solamente representan el juicio actual de algún funcionario acerca de lo que sería justo o prudente. No es inmediatamente evidente que eso será siempre, o siquiera usualmente, el caso. Platón afirmó que la legalidad entorpecería la precisión si los funcionarios cuyo poder controla fueran personas de gran conocimiento, perspicacia y carácter, porque sabrían más acerca del caso inmediato que quienes habían establecido las leyes en el pasado, y serían sensibles a los aspectos particulares del caso que pudieran exigir o justificar un trato distinto. Pero existen al menos dos razones posibles para pensar que sin embargo la legalidad aumenta la precisión. La primera apela a razones contingentes, institucionales, históricas, u otras, para pensar que es sin embargo probable que el juicio de los legisladores pasados, a pesar de su distancia respecto de algún problema o asunto inmediato, sea mejor que el instinto o la decisión de los funcionarios contemporáneos. Platón aprobaba la legalidad, a pesar de la reserva que acabo de relatar, por ese tipo de razón. Los filósofos reyes rara vez están en el poder, afirmó, y, particularmente en una democracia, las personas que están efectivamente a cargo están mal informadas, son incompetentes, corruptas, auto-interesadas o todo eso. En esas desafortunadas circunstancias, afirmó, es mejor que los funcionarios estén obligados a seguir lo que fue establecido en el pasado, porque no puede confiarse en que tomarán una buena decisión contemporánea por sí solos. Los conservadores, como Burke o Blackstone, a menudo defendieron la legalidad de manera muy similar. Pensaban que el derecho establecido era un depósito de sabiduría acumulada y pensamiento claro, y era por tanto más confiable que las decisiones, particularmente aquellas tomadas en el fervor de algún momento, de individuos de carácter, conocimiento, y habilidad limitados.

La segunda razón para suponer que la legalidad aumenta la precisión es muy distinta: para suponer que los estándares establecidos son más prudentes o más justos que las decisiones caso a caso depende, no de alguna razón contingente, sino de una concepción de la legalidad que permite que los criterios para identificar los estándares establecidos promuevan o incluso garanticen ese resultado. Los teóricos medievales de la ley natural pensaban que buen gobierno significaba gobierno en acuerdo con la voluntad de Dios, que la voluntad de Dios estaba expresada en leyes de la naturaleza morales, y que los sacerdotes y gobernantes divinamente inspirados eran guías confiables hacia esa ley. Se sentían naturalmente atraídos, entonces, hacia una concepción de la legalidad que enfatizaba esas afortunadas conexiones entre la legalidad y la virtud política, y, por tanto, se sentían atraídos hacia criterios de identificación del derecho que incluían una exigencia de valor o aceptabilidad morales. No hay nada en el concepto abstracto de legalidad que excluya esa conexión, y si el verdadero valor de la legalidad es identificado solo por medio una concepción que la formaliza, entonces esa concepción parecerá, a quienes acepten los conjuntos de entendimientos en los cuales calza, irresistible. La tradición de la ley natural, en sus varias formas y manifestaciones, supone esa forma de entender por qué la legalidad tiene el valor que tiene.

Eficiencia. Jeremy Bentham, el fundador de al menos la forma británica del positivismo jurídico, no se sentía, sin embargo, atraído hacia ninguno de estos dos conjuntos de supuestos. No supuso que estándares viejos fuesen buenos estándares; por el contrario, era un inquieto innovador, incluso radical. No creía que la ley moral fuese evidente en la naturaleza de Dios: pensaba, por el contrario, que la idea misma de derechos naturales es un sinsentido sobre zancos.

Su concepción de la virtud de la legalidad descansaba no en la precisión sino en la eficiencia. La moral política, pensaba, se halla en el mayor bien del mayor número, y eso puede asegurarse de mejor manera, no por medio de distintas decisiones coactivas o políticas tomadas por distintos funcionarios apoyados en sus propios, inmediatos y diversos juicios, sino por medio de un detallado esquema de políticas cuyas complejas consecuencias pueden ser estimadas cuidadosamente con anticipación, y las cuales pueden ser establecidas en detalle, preferentemente en minuciosos códigos, y hechos cumplir al pie de la letra. Solo de esa forma pueden ser resueltos los enormes problemas de coordinación que el gobierno de una sociedad compleja enfrenta. El positivismo jurídico es un resultado natural de ese entendimiento del verdadero sentido y valor de la legalidad. La eficiencia se ve comprometida o es socavada por entero, pensaba, cuando se incluyen criterios morales entre los criterios de identificación del derecho, porque los criterios morales permiten que los ciudadanos y funcionarios (que están en desacuerdo, a menudo vigorosamente, acerca de lo que la moral exige) introduzcan sus propios juicios acerca de qué estándares han sido establecidos: la consiguiente desorganización no producirá utilidad sino caos. De manera que Bentham y sus seguidores insistían en que el derecho es lo que sea que, y solo lo que, el gobernante soberano o el parlamento ha decretado: el derecho se detiene donde termina el decreto. Solo ese entendimiento puede proteger la eficiencia del derecho.

Los positivistas posteriores han sido fieles a esa fe: todos ellos enfatizan el papel del derecho en poner una guía precisa en lugar de las incertidumbres de las imprecaciones consuetudinarias o morales. Hart escribió, muy en el espíritu de Thomas Hobbes, un positivista de una época más temprana, que la legalidad cura las ineficiencias de un mítico estado de naturaleza o consuetudinario anterior al derecho. Joseph Raz sostiene que el corazón de la legalidad es la autoridad, y que la autoridad es dañada o socavada a menos que sus instrucciones puedan ser identificadas sin recurrir al tipo de razones para la acción que los ciudadanos tienen antes de que la autoridad haya hablado. La autoridad no puede servir a su propósito, insiste, a menos que las instrucciones reemplacen más bien que solo se sumen a las razones que las personas ya tienen.

Como afirmé, la eficiencia no es el único valor que los positivistas toman en cuenta al formar sus concepciones de la legalidad, y vale la pena notar algunos de los otros. Bentham, por ejemplo, pensaba que era importante que el público retuviera un saludable sentido de la sospecha e incluso escepticismo respecto del valor moral de sus leyes: deberían entender la diferencia entre el derecho como es y el derecho como debería ser. Le preocupaba que si los jueces pudieran con propiedad apelar a la moral al decidir lo que el derecho es, entonces esta crucial línea sería desdibujada: las personas podrían asumir que lo que fuera que los jueces declararan ser derecho no podía ser muy malo porque ha aprobado ese examen moral. Liam Murphy, entre los positivistas contemporáneos, ha apelado a la importancia de la alerta pública al defender su propio entendimiento positivista del valor de la legalidad.²¹ Hart estaba interesado, no solo en la eficiencia, sino en un aspecto independiente de la imparcialidad política. Si el derecho de una comunidad puede ser determinado simplemente descubriendo lo que las fuentes sociales pertinentes –la legislatura, por ejemplo– han declarado, entonces los ciudadanos se encuentran claramente advertidos respecto de cuándo el estado intervendrá en sus asuntos para ayudar, obstruir o castigarlos. Si, por otro lado, las decisiones de esas fuentes pueden ser complementadas o calificadas por consideraciones y principios morales, los ciudadanos no pueden saber tan fácilmente o con la misma seguridad en qué posición se encuentran. En Estados Unidos, algunos abogados constitucionalistas son atraídos a una versión del positivismo por una razón completamente distinta. Si se

21. Véase L. Murphy “The Political Question of the Concept of Law”, en *Hart’s Postscript*.

reconoce que la moral está entre los criterios de identificación del derecho, entonces los jueces cuyas propias opiniones morales son decisivas en casos constitucionales tienen un poder mucho mayor sobre los ciudadanos comunes que si se entiende que la moral es irrelevante para su labor. Particularmente cuando los jueces son designados en vez de elegidos, y no pueden ser depuestos por voluntad popular, este agrandamiento de su poder es antidemocrático.²²

De manera que los positivistas pueden defender su concepción de la legalidad, la cual insiste en que la moral no es pertinente para la identificación del derecho, por medio de mostrar cuán bien la legalidad así entendida sirve a la eficiencia, y también a estos otros valores. Esa defensa supone, desde luego, concepciones particulares de esos otros valores, y esas concepciones pueden ser y han sido cuestionadas. Podría sostenerse que eficiencia política significa coordinar el comportamiento de una población hacia objetivos buenos, por ejemplo, en vez de simplemente cualquier objetivo, que se da suficiente clara advertencia, al menos en algunos contextos, por medio de la promesa o amenaza de que se aplicarán estándares morales al juzgar comportamientos particulares, que el juicio crítico de una población es aguzado, no disminuido, por un entendimiento “protestante” del derecho que le permite estar en desacuerdo, en parte por razones morales, con las declaraciones oficiales de lo que el derecho exige, y que la democracia significa no solo la regla de la mayoría sino la regla de la mayoría sujeta a las condiciones, que son condiciones morales, que hacen justa a la regla de la mayoría. El positivismo rechaza este entendimiento, y otros alternativos, esto es, no solo selecciona cuáles valores políticos enfatizar al construir una explicación de la legalidad, sino que además interpreta esos otros valores, de manera controversial a la luz de su propia concepción de la legalidad. No hay nada que arriesgue circularidad en esta compleja interacción conceptual; por el contrario, es exactamente lo que el proyecto filosófico de situar un valor político como la legalidad en una red mayor requiere.

Integridad. La eficiencia del gobierno, en cualquier concepción plausible de lo que eso significa, es claramente un importante producto de la legalidad, y cualquier explicación plausible del valor de la legalidad debe enfatizar ese hecho. Ningún gobernante, incluso un tirano, sobrevive por mucho tiempo o alcanza sus objetivos, incluso objetivos muy malos, si abandona por completo la legalidad por el capricho o el terror. Pero existe otro importante valor, uno que no está en competencia con la eficiencia, sino que es suficientemente independiente de ella como para proveer, para quienes lo consideran de gran importancia, una concepción distintiva de para qué sirve la legalidad. Esta es la integridad política, lo que significa igualdad ante la ley, no solo en el sentido de que el derecho sea hecho valer tal como esté escrito, sino en el sentido más trascendente de que el gobierno debe gobernar bajo un conjunto de principios que sean en principio aplicables a todos. La coacción o el castigo arbitrario viola esa dimensión crucial de la igualdad política, incluso si, de vez en cuando, hace más eficiente al gobierno.

La integridad ha sido un ideal popular entre los filósofos políticos por siglos, y su conexión con la legalidad ha sido destacada a menudo. La conexión se expresa a veces bajo la rúbrica de que para el gobierno de la ley, ningún hombre está sobre la ley; pero la fuerza de esa afirmación, como las variadas discusiones ponen en claro, no se agota en la idea de que cada ley debería ser hecha valer para todos de acuerdo a sus términos. Esa estipulación sería satisfecha por leyes que, en sus términos, se aplicaran solo a los pobres, o eximieran a los privilegiados, y los filósofos que describen la legalidad de esta forma tienen en mente la igualdad ante la ley sustantiva y no solo formal. A.V. Dicey, por ejemplo, en su clásico estudio de la Constitución británica, traza la siguiente distinción:

22. Elaboro y critico este argumento que va de la democracia al positivismo en *Freedom's Law*.

Queremos decir, en segundo lugar, cuando hablamos del gobierno de la ley [...] no solo que con nosotros ningún hombre está sobre la ley, sino (lo que es distinto) que aquí cada hombre, cualquiera sea su rango o condición, está sujeto a la ley ordinaria del reino.

Luego se refiere a esto como “la idea de igualdad jurídica”.²³ F.A. Hayek hace aproximadamente la misma afirmación aunque, lo que no sorprende, la asocia con la libertad antes que con la igualdad. Escribió en un trabajo clásico:

La concepción de la libertad bajo el derecho que es la principal preocupación de este libro descansa sobre la opinión de que cuando obedecemos las leyes, en el sentido de reglas abstractas generales establecidas sin consideración de su aplicación a nosotros, no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y somos por lo tanto libres [...] Esto, sin embargo, es verdadero solo si con “ley” queremos decir las reglas generales que se aplican a todos por igual. Esta generalidad es probablemente el aspecto más importante de ese atributo del derecho al cual hemos llamado su “abstracción”. Tal como una verdadera ley no debería nombrar ningún particular, así especialmente no debería distinguir ninguna persona específica o grupo de personas.²⁴

Si asociamos la legalidad con la integridad de esta forma, entonces favoreceremos una concepción de aquella que refleje y realce esa asociación. Preferimos una explicación de lo que el derecho es, y de cómo ha de ser identificado, que incorpora el valor –la integridad– cuya pertinencia e importancia reconocemos. Si una forma de decidir el caso de la Sra. Sorenson la tratará como igual ante la ley, en el sentido que la integridad supone, y otra no lo hará, entonces preferimos una concepción de la legalidad que alienta la primera decisión y desalienta la segunda. Traté de construir una concepción tal del derecho en *Law's Empire*; la describí brevemente antes en este ensayo y no extenderé esa descripción ahora. Quiero enfatizar, en cambio, que *Law's Empire* presenta solo una forma en la cual integridad y legalidad pueden ser entendidas una en términos de la otra, y los lectores que estén insatisfechos con mi propia construcción no deberían rechazar por esa razón el proyecto general.

Supongo que debería, sin embargo, prevenir una objeción distinta que alguien podría querer hacer en este punto. Podría objetar que la decisión correcta en el caso de la Sra. Sorenson depende de lo que el derecho realmente es, no de lo que nos gustaría que el derecho fuera porque nos sentimos atraídos hacia algún otro ideal, como la integridad. Pero, como he tratado de argumentar a lo largo de muchas páginas, no podemos identificar los criterios correctos para decidir lo que el derecho realmente es sin desplegar y defender una concepción de la legalidad, y no podemos hacer eso sin decidir qué es realmente bueno, si algo lo es, sobre la legalidad. La filosofía del derecho es un ejercicio de moral política sustantiva. Desde luego, no podemos proponer exitosamente un análisis de la legalidad que no tenga relación con la práctica jurídica: una explicación exitosa de cualquier valor debe ser capaz de ser visto como una explicación de ese valor como este existe y funciona en un esquema de valores que compartimos. Tal como una afirmación sobre los derechos de la Sra. Sorenson debe ajustarse a la práctica jurídica de la jurisdicción en la cual el caso surge, asimismo cualquier afirmación acerca de lo que la legalidad es debe ajustarse a la práctica jurídica de manera más general. Pero más de una concepción

23. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8va ed., 1915), p. 114.

24. F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (London: Routledge, 1960), p. 153.

de la legalidad se ajustará suficientemente bien; por eso tenemos diferentes filosofías judiciales representadas incluso en el mismo estrado. El borde filosófico de un argumento iusfilosófico es su borde moral.

C. *Positivismo interpretativo*

Las dificultades que he estado describiendo en la metodología proclamada por Hart, la cual insiste en que las teorías del derecho son descriptivas y neutrales, pueden todas ser curadas refundiendo sus argumentos de la manera interpretativa que he estado sugiriendo. Nos esforzamos por entender la legalidad por medio de entender qué es distintivamente importante y valioso en ella, y nos sentimos tentados, inicialmente, por la idea de que la legalidad es importante porque provee autoridad en circunstancias en las cuales se necesita de la autoridad. Pero esa afirmación sugiere una pregunta conceptual ulterior. La autoridad, también, es un concepto controvertido: necesitamos una explicación de la autoridad que muestre cuál es el valor en ella. La clave para esa pregunta ulterior se halla en la mezcla de otros valores que los positivistas jurídicos han celebrado, y, particularmente, en la eficiencia que la autoridad trae. Como positivistas de Hobbes a Hart han señalado, y como la historia ha confirmado ampliamente, la autoridad política hace posible las políticas y la coordinación, y si bien las políticas y la coordinación pueden no funcionar en beneficio de todos, a menudo, quizás incluso usualmente, sí lo hacen. Somos guiados por esta matriz de ideas mayor cuando nos decidimos por concepciones de los distintos conceptos que involucra: los conceptos de legalidad, eficiencia y autoridad. Debemos decidirnos por concepciones de cada uno que les permitan cumplir su papel en el relato mayor.

De manera que adoptamos una concepción positivista “excluyente” de la legalidad, la cual insiste en que la moral no juega papel alguno en la identificación de pretensiones jurídicas verdaderas, y también adoptamos lo que Joseph Raz llama una concepción de la autoridad como “servicio”, la cual insiste en que no existe un ejercicio de autoridad sino cuando lo que ha sido instruido puede ser identificado sin recurrir a razones respecto de las cuales la instrucción tiene el propósito de resolver y reemplazar.²⁵ Ya no suponemos que estas afirmaciones conceptuales sean excavaciones neutrales, arquimedianas, de reglas enterradas en los conceptos que cualquiera con una comprensión plena del concepto o un conocimiento pleno del lenguaje reconocerá. Aún podemos afirmar, como han hecho los positivistas, que hemos identificado los aspectos sobresalientes de nuestros conceptos que nos ayudan a entendernos a nosotros mismos o a nuestra práctica o a nuestro mundo de la mejor forma. Pero ahora hacemos explícito lo que es oscuro en esas poco útiles afirmaciones: nos entendemos mejor a nosotros mismos y a nuestras prácticas de una forma particular; diseñando concepciones de nuestros valores que muestran lo que, tras reflexionar, hallamos más valioso en ellos, en cada uno y en el todo. No tenemos la pretensión de que nuestras conclusiones no sean controversiales o estén desvinculadas de la decisión política concreta. Si nuestras construcciones muestran que la mayor parte de lo que la mayoría de la gente piensa sobre el derecho es un error –si muestran que las pretensiones jurídicas que ambas partes en el caso de la Sra. Sorenson entablan están equivocadas porque ninguna de ellas respeta la tesis de las fuentes– entonces eso no es un bochorno para nosotros, no más de lo que sería si nuestras conclusiones acerca de la igualdad mostraran que la mayoría de la gente ha malentendido constantemente lo que la igualdad realmente es.

25. Véase J. Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1994).

Esto es, pienso, lo mejor que podemos hacer por las afirmaciones centrales del positivismo jurídico. Suena vacío y artificial, lo sé, porque de hecho no volvería nuestro derecho más determinado o predecible o nuestro gobierno más eficiente o eficaz si nuestros jueces se convirtieran súbitamente al positivismo jurídico e hicieran valer explícita y rigurosamente la tesis de las fuentes. Por el contrario, los jueces se apoyarían entonces mucho menos en afirmaciones jurídicas de lo que lo hacen ahora. Si estoy en lo correcto, los jueces estadounidenses se verían forzados a declarar que no hay derecho alguno en Estados Unidos, excepto las palabras desnudas y sin interpretar de la Constitución.²⁶ Incluso si de alguna forma evitaran esa aterradora conclusión, se verían forzados a subvertir más bien que a promover la legalidad, incluso sobre la base de la concepción positivista de esa virtud, porque se verían forzados a declarar muy a menudo que el derecho no dice nada acerca del asunto controvertido, o que el derecho es demasiado injusto o imprudente o ineficaz para ser hecho valer. Los jueces que consideraran intolerable que Sorenson no fuese indemnizada, por ejemplo, se verían obligados a declarar que, a pesar del hecho de que el derecho favorezca a los demandados, ignorarían el derecho e ignorarían por tanto la legalidad y le concederían una compensación. Anunciarían que tenían “discreción” para cambiar el derecho (o, lo que resulta ser lo mismo, para llenar las lagunas jurídicas que habían descubierto) mediante el ejercicio de un nuevo poder legislativo que contradice el entendimiento más básico de lo que la legalidad requiere.

De manera que puede parecer perverso, o al menos mezquino, que atribuya a los positivistas un argumento tan contraproducente a favor de su posición. Pero deberíamos notar que cuando el positivismo fue propuesto por primera vez, y cuando era una real fuerza entre los abogados y jueces más que solo una posición académica, la situación política era muy diferente. Bentham, por ejemplo, escribió en una época con un comercio más sencillo y estable y una cultura moral más homogénea: podía esperar plausiblemente, como hizo, que rara vez las codificaciones dejarían lagunas o necesitarían interpretación controversial. En esas circunstancias, los jueces que esgrimieran criterios morales de identificación del derecho suponían una particular amenaza a la eficiencia utilitarista que podía ser evitada de la manera más sencilla negándoles cualquier poder tal. Incluso en los años tempranos del último siglo, los abogados progresistas compartían las opiniones de Bentham: el progreso, pensaban, podía lograrse por medio de agencias administrativas, que actuaran bajo amplios mandatos parlamentarios, y emitieran detalladas regulaciones que pudieran ser aplicadas y hechas valer por técnicos. O, en los Estados Unidos, por medio de detallados códigos uniformes compilados por un instituto jurídico nacional guiado por abogados académicos y propuestos para ser adoptados por los varios estados. Una vez más, en esta atmósfera, los jueces que reclamaban el poder para destilar principios morales a partir de un antiguo e inadecuado derecho común parecían arcaicos, conservadores, y caóticos. El peligro de tal pretensión fue ilustrado brillantemente por la decisión de 1904 de la Corte Suprema sobre el caso *Lochner*, la que sostuvo que la concepción de la libertad contenida en la Decimocuarta Enmienda hacía inconstitucional la legislación progresista que limitaba el número de horas que podía pedirse a los panaderos que trabajaran cada día. El positivismo jurídico, pensaban los progresistas, salvaba al derecho de tal moral reaccionaria.

El positivismo de Oliver Wendell Holmes era una doctrina jurídica operante: él invocó el positivismo al disentir de las decisiones de la Corte Suprema en las cuales, en su opinión, los

26. Véase mi artículo “Thirty Years On”, 116 *Harvard L Rev* 1655, p. 1675 (2002). Ese artículo, escrito algún tiempo después de que la conferencia aquí publicada fuera dada, resume brevemente parte del material de los párrafos siguientes de este texto. Véase *ibíd.*, p. 1677.

jueces habían asumido un poder ilegítimo para crear su propio derecho pretendiendo hallar principios contenidos en el derecho como un todo. “El derecho común no es una omnipresencia meditativa en el cielo”, declaró en un famoso disenso, “sino la elocuente voz de algún soberano o cuasi soberano que puede ser identificada; aunque algunas de las decisiones con las cuales he estado en desacuerdo parecen haber olvidado este hecho”.²⁷ El debate iusfilosófico entre el positivismo y las teorías del derecho más antiguas estuvo en el centro de una larga controversia acerca de si los jueces federales, cuando tenían jurisdicción solo porque las partes eran de distintos estados, estaban obligados a hacer valer el derecho común de uno de esos estados tal como ese derecho había sido declarado por las propias cortes del estado, o si les estaba permitido decidir de manera distinta por medio de encontrar y aplicar principios de derecho “general” no reconocidos por ningún tribunal estatal. En *Erie Railroad v Tompkins*, la Corte Suprema decidió finalmente que no había tal cosa como derecho “general”: solo existía el derecho como este había sido declarado por los estados particulares. El Juez Brandeis, escribiendo para la Corte, citó otro famoso pasaje de Holmes:

El derecho en el sentido en el cual los tribunales hablan de él hoy no existe sin alguna autoridad determinada detrás [...] la autoridad y sola autoridad es el Estado, y si eso fuera así, la voz adoptada por el Estado como propia [sea esta de su Legislatura o de su Corte Suprema] debería pronunciar la última palabra.

Brandeis puso en claro la importancia práctica de este entendimiento del derecho: la opinión contraria, seguida por largo tiempo por los tribunales federales, destruyó la uniformidad porque producía resultados diferentes en los mismos asuntos en tribunales estatales y federales, alentando a que demandantes de fuera del estado iniciaran pleitos en los tribunales federales cuando eso les convenía. Desde luego, la Corte podría haber alcanzado el mismo resultado – por esas razones prácticas– sin abrazar el positivismo, pero la vigorosa retórica de esa doctrina jurídica tuvo gran atractivo porque permitió a Holmes, Brandeis, Learned Hand²⁸ y otros “progresistas” pintar a sus oponentes más conservadores como víctimas de una metafísica incoherente. Los cambios en las expectativas de la sociedad respecto del derecho y los jueces estaban cambiando, sin embargo, incluso en la década de 1930 cuando escribían, y con velocidad en aumento en las décadas que siguieron, lo que hizo a la concepción general de la legalidad del positivismo constantemente más implausible y contraproducente. Elaborados esquemas legislativos se convirtieron en fuentes de derecho cada vez más importantes, pero estos esquemas no eran (no podían ser) códigos detallados. Eran contruidos cada vez más a partir de enunciados generales de principios y políticas que necesitaban ser desarrollados en decisiones administrativas y judiciales concretas; si los jueces hubiesen continuado afirmando que el derecho se detenía donde se agotaba la instrucción soberana explícita, ellos habrían tenido que declarar constantemente, como afirmé, que la legalidad o era irrelevante para sus juicios o se veía comprometida en ellos.

En la década de 1950, más aún, varios jueces de la Corte Suprema dieron comienzo a un nuevo giro en el derecho constitucional estadounidense que convirtió a la filosofía del derecho en un fascinante asunto de política nacional. Comenzaron a interpretar las abstractas cláusulas de la Constitución, incluyendo las cláusulas sobre debido proceso e igual protección, estable-

27. *Southern Pacific Co. v Jensen*, 244 U.S. 205, p. 222 (disenso de Holmes).

28. Véase *Freedom's Law*, cap. 17.

ciendo principios morales que dan a los ciudadanos individuales importantes derechos frente a los gobiernos nacional y estatales, derechos cuya existencia presuponía que el derecho no estaba limitado a las declaraciones deliberadas, y cuyos contornos solo podían ser identificados por medio del juicio moral y político sustantivo. Aquella iniciativa revirtió súbitamente el valor político de la discusión iusfilosófica: los conservadores se volvieron positivistas y sostenían que la Corte estaba inventando nuevos derechos constitucionales de igualdad racial y libertad en las decisiones reproductivas, por ejemplo, y por lo tanto estaba subvirtiendo la legalidad. Algunos de los liberales que aprobaban el rumbo tomado por la Corte se movieron entonces desde el positivismo hacia una concepción diferente de la legalidad que enfatizaba la integridad de principios del acuerdo constitucional estadounidense. En las últimas décadas, los jueces más conservadores de la Corte Suprema han tramado un cambio de valor ulterior: sus iniciativas les exigen cada vez más que ignoren gran parte de los precedentes de la Corte Suprema, y por lo tanto encuentran una mejor justificación en los principios políticos conservadores que en cualquier versión ortodoxa del positivismo jurídico.

Cuando Hart escribió *The Concept of Law* ya no podía apoyarse, como podían Bentham y Holmes, en el atractivo contemporáneo de la concepción positivista de la legalidad. La explicación de Hart de la eficiencia del positivismo es un relato de lo que podría haber sido en un antiguo pasado imaginario: una supuesta transición prehistórica desde el caos de la ineficiencia tribal de las reglas primarias a la definida autoridad de las reglas secundarias adoptadas en una explosión de consenso liberadora y casi uniforme. Quienes siguieron su guía han continuado escribiendo acerca de la autoridad, la eficiencia y la coordinación. Pero no pueden confirmar sus afirmaciones en la práctica política real, y eso puede explicar por qué se apoyan, como hizo Hart, en autodescripciones que parecen aislar sus teorías de tal práctica. Afirman que están explorando el concepto mismo o la naturaleza del derecho, la cual sigue siendo la misma a pesar de las cambiantes características de la práctica o estructura políticas, o que, en cualquier caso, ofrecen solo explicaciones de lo que esa práctica es, guardándose cualquier juicio acerca de lo que debería ser o llegar a ser. Ese es el camuflaje metodológico que he desafiado en este ensayo. Si, como he sostenido, la autodescripción no puede ser a la vez inteligible y defendible, entonces debemos concentrarnos en la justificación más comprensible que he tratado de poner en su lugar: la explicación positivista sustantiva del valor de la legalidad que he descrito ahora. Es una virtud de esa descripción, pienso, el que trae a la superficie el atractivo que el positivismo tuvo para abogados y jueces, y para académicos en áreas sustantivas del derecho, en el pasado, cuando su concepción de la legalidad parecía más plausible de lo que parece ahora.

D. Pensamientos finales

He enfatizado las similitudes entre el concepto de legalidad –como una base para la filosofía del derecho– y otros conceptos políticos, y cerraré observando una importante diferencia. La legalidad es sensible en su aplicación, en un grado mucho mayor que la libertad, la igualdad o la democracia, a la historia y a las prácticas establecidas de la comunidad que aspira a respetar el valor, porque una comunidad política exhibe legalidad, entre otros requisitos, siendo fiel a su pasado de ciertas maneras. Es central a la legalidad que las decisiones ejecutivas del gobierno sean guiadas y justificadas por estándares ya establecidos, antes que por estándares nuevos creados *ex post facto*, y estos estándares deben incluir no solo leyes sustantivas, sino también los estándares institucionales que dan autoridad a varios funcionarios para crear, hacer valer y adjudicar tales estándares para el futuro. La revolución puede ser consistente con la libertad, la igualdad y la

democracia. Puede, y a menudo lo ha sido, ser necesaria para lograr un nivel siquiera decente de esos valores. Pero la revolución, incluso cuando promete mejorar la legalidad en el futuro, casi siempre involucra un atentado inmediato contra ella.

De manera que cualquier explicación siquiera moderadamente detallada de lo que la legalidad requiere en términos concretos en alguna jurisdicción particular debe prestar atención muy cuidadosamente a las prácticas institucionales especiales y a la historia de esas jurisdicciones, e incluso una explicación moderadamente detallada de lo que requiere en un lugar será diferente, y quizás muy diferente, de una explicación paralela de lo que requiere en otro lugar (debatir y decidir sobre estos requisitos particulares en una comunidad particular es el trabajo cotidiano de los abogados practicantes de esa comunidad, en un nivel, y de los abogados académicos, en otro). Eso es verdad también, con alcance más limitado, respecto de otros valores: los arreglos institucionales concretos que cuentan como mejoramiento de la democracia o promoción de la igualdad o mejor protección de la libertad en un país con una demografía e historia políticas bien pueden ser diferentes de aquellos que cuentan así en otro.

Pero si bien la legalidad es evidentemente más sensible, en detalle, a los aspectos especiales de la práctica política y la historia que estas otras virtudes, no se sigue, para la legalidad más que para las otras, que nada de importancia pueda o deba ser hecho para explorar el valor a un nivel filosófico que trascienda la mayoría de los detalles locales. Pues tal 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, en cuanto a proposiciones jurídicas concretas, más localmente. No hay una diferencia conceptual o lógica clara del tipo que los arquimedianos quieren entre la filosofía del derecho así concebida y las preocupaciones más cotidianas, del día a día, de los abogados y estudiosos del derecho 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 manos de personas con entrenamiento algo distinto, de aquellos más concretos.

Cualquier intento de lograr una concepción ecuménica de la legalidad enfrenta presión desde dos direcciones. Debe aspirar a tener suficiente contenido para evitar ser vacía pero también suficiente abstracción para evitar el localismo.²⁹ Traté de navegar la ruta necesaria entre estos peligros en *Law's Empire*: dije que la legalidad es mejor promovida por medio de un proceso de interpretación constructiva que siga estas líneas, y que responda a las dos dimensiones mencionadas arriba. Mis opiniones han sido lo suficientemente controversiales como 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– u obviamente localista en su resultado,

29. Existen ulteriores condiciones de éxito. Cualquier concepción exitosa de la legalidad debe preservar lo distintivo de ese concepto respecto de otros valores políticos, incluyendo la imparcialidad procedimental y la justicia sustantiva, sin importar cuán estrechamente relacionados e interdependientes declaren nuestras teorías que estos conceptos deben ser. Si creemos que incluso arreglos políticos bastante injustos pueden sin embargo exhibir la virtud de la legalidad, como hace la mayoría de nosotros, entonces nuestra explicación de la legalidad debe dar cabida a y explicar ese juicio. Cómo ha de hacerse esto es el corazón de un viejo cuento iusfilosófico: ¿pueden tener derecho lugares muy perversos? Sostuve, nuevamente en *Law's Empire*, que podemos responder esta pregunta de distintas formas siempre que rodeemos la respuesta lo suficiente con una explicación de la legalidad como para capturar las distinciones y discriminaciones necesarias. Hart afirmó, en su post scriptum, que mis afirmaciones a este respecto le conceden al positivismo todo lo que está en disputa. Pero entendió mal.

porque podemos ver de algún modo, sin mucha reflexión o investigación, que se ajusta solo a esa única práctica.³⁰ De hecho, mi explicación aspira a una gran generalidad, y cuanto éxito alcance respecto de esa aspiración solo puede ser evaluado por un ejercicio de interpretación jurídica comparada mucho más dificultoso que el que estos críticos han emprendido. Dije antes, al discutir otros valores políticos, que no podemos decir de antemano cuánto éxito podríamos tener 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 cuánto éxito hemos tenido. Debemos adoptar la misma opinión respecto de la pregunta distinta sobre cuánta abstracción puede lograr una explicación informativa de la legalidad. Debemos esperar y ver.

Eso me lleva a una historia final. Hace unas pocas semanas, hablando con el profesor John Gardner de la Universidad de Oxford, 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 su acusación. Pero déjenme decirles lo que quiero decir con “interesante”. Creo que la filosofía del derecho debería ser de interés para disciplinas más y menos abstractas que ella misma. Debería ser de interés a otros departamentos de la filosofía –la filosofía política, desde luego, pero también otros departamentos– y debería ser interesante para los abogados y los jueces. Buena parte de la filosofía del derecho ha demostrado en efecto ser de gran interés para 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 conducido 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 como prácticos: involucran exactamente los asuntos que he estado discutiendo: acerca del contenido de la legalidad y sus consecuencias para el contenido del derecho. Pero los filósofos del derecho que consideran su trabajo como descriptivo o conceptual por oposición a uno normativo, han perdido, en mi opinión, una oportunidad de unirse a estas discusiones y debates, y en algunas universidades el terreno de la filosofía del derecho se ha encogido en consecuencia.

En ocasiones como esta es difícil resistirse a hablar directamente a los jóvenes académicos que no se han unido aún a un ejército doctrinario. De manera que cierro con esta apelación a aquellos de ustedes que planean dedicarse a la filosofía del derecho. Cuando lo hagan, asuman las legítimas responsabilidades de la filosofía y abandonen el manto de neutralidad. Hablen por la Sra. Sorenson y por todos los otros cuyos destinos dependen de afirmaciones novedosas sobre lo que el derecho ya es. O, si no pueden hablar por ellos, al menos hablesles a ellos, y explíquenles por qué no tienen derecho a lo que piden. Háblesles a los abogados y jueces que deben tratar de resolver qué hacer con la nueva Ley de Derechos Humanos. No les 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

30. La crítica no está confinada a los críticos británicos: le resultó atractiva al Juez Richard Posner en su Conferencia Clarendon en Oxford, aunque quizás más como una observación que como una crítica, porque añadió que la filosofía del derecho de Hart es igualmente localista. Véase Posner, *Law and Legal Theory in England and America* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

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.