CLA·DE·MA / Derecho
Colección dirigida por
Ernesto Garzón Valdés y Jorge Malem Seña

En la actualidad, la Filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución.

La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del derecho en el ámbito de lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica más que presentar soluciones definitivas.

AULIS AARNIO,
ERNESTO GARZÓN VALDÉS,
JYRKI UUSITALO (comps.)
*La normatividad
del derecho*

CARLOS SANTIAGO NINO
*La constitución de la
democracia deliberativa*

RODOLFO VÁZQUEZ (comp.)
Derecho y moral

OWEN FISS
*La ironía de la libertad
de expresión*

DENNIS F. THOMPSON
*La ética política y el ejercicio
de cargos públicos*

DAVID LYONS
*Aspectos morales
de la teoría jurídica*

TÍTULOS EN PREPARACIÓN

THOMAS NAGEL
La última palabra

TEORÍA DEL DERECHO

por

J. G. Riddall

gedisa
editorial

Título original: *Jurisprudence*. Publicado por Butterworths, 1991, Londres.

Traducción y preimpresión: TsEdi, Teleservicios Editoriales, S.L.
Revisión técnica: Angela Ackerman

Ilustración de la cubierta: Juan Santana

Primera edición: septiembre de 1999. Barcelona

© by J. G. Riddall, 1991

© by Editorial Gedisa
Muntaner, 460, entr., 1ª
08006 Barcelona. España
Tel. 93 201 60 00
correo-e: gedisa@gedisa.com
<http://www.gedisa.com>

ISBN: 84-7432-689-3
Depósito legal: B-39.311-1999

Impreso en Liberdúplex
Constitució, 19. 08014 Barcelona

Impreso en España
Printed in Spain

Derechos reservados para todas las ediciones en lengua castellana.
Queda prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada.

Índice

PREFACIO	9
AGRADECIMIENTO	11
1. «Odio la teoría del derecho» Y qué se puede hacer al respecto	13
2. Dientes que pueden morder John Austin	33
3. ¿Austin derribado? El ataque a la teoría del mandato	49
4. Una cuestión de normas El concepto de sistema jurídico del profesor Hart	61
5. Es lógico que... La doctrina del derecho natural	79
6. El pez grande y el pez pequeño El ataque al derecho natural	101
7. Y sigue, y sigue... El renacimiento del derecho natural y el debate Hart-Fuller ..	109
8. Y si alguien... Derechos	119
9. ¿Todo el tiempo ahí? Ronald Dworkin	137
10. La gran pirámide Hans Kelsen	149

11. ¿Qué sentido tiene todo ello? John Mitchell Finnis	167
12. ¿Golpeando sobre la mesa? La idea de la justicia	185
13. ¿Realmente quiere saberlo? Los «realistas norteamericanos»	215
14. ¡No debería estar permitido! La imposición de la moral	231
15. ¿Puede cada uno tener su ración del pastel? Desacato civil	263
Índice temático	277

Prefacio

El propósito de este libro es presentar las principales cuestiones de los aspectos más importantes de la teoría del derecho de un modo rápidamente inteligible para quien se enfrente a ella por primera vez. Algunos comentarios que deberían encontrarse en este prefacio se han incluido en el capítulo 1 (para incrementar la probabilidad de que sean leídos.) Debe señalarse que, a partir del capítulo 1, el libro se concentra en las ideas de aquellos que han aportado algo nuevo sobre el tema.

A quien más debo es al señor Howard Davies, catedrático de Derecho en la Universidad de Leeds. Me introduje en la teoría del derecho por la urgencia de conocer lo necesario sobre ella para impartir clases durante seis meses en la Universidad de Carolina del Sur. Sin el apoyo y ánimos de Howard Davis nunca hubiera sido capaz de aprender lo suficiente para poder (simplemente) sobrevivir. Algunos profesores de Derecho acostumbran a ser avaros con sus conocimientos, guardándolos para sí. Howard Davies ha sido muy generoso al darme consejos, información y dedicarme su tiempo. Sin su ayuda, este libro nunca habría sido escrito.

También deseo dar las gracias a Christine Taylor y a Christina Wigley por transcribir a máquina los primeros capítulos; a Christopher e Irene Judge por su ayuda en relación con el uso de algunas palabras alemanas de Kelsen; a los editores por todo el trabajo detallado y cuidadoso que se realiza detrás de los escenarios, y a mi mujer por su paciencia.

J.G. Riddall

Hills View Cottage, Bradwell, Derbyshire, abril, 1991

Agradecimiento

Quiero expresar mi gratitud a Oxford University Press por permitir la reproducción de fragmentos de los siguientes textos:

FINNIS, J. M., *Natural Law and Natural Rights*

HART, H. L. A., *The Concept of Law*

«Odio la teoría del derecho»

Y qué se puede hacer al respecto

¿Por qué la gente odia la teoría del derecho? O mejor dicho, puesto que somos juristas y hemos de ser precisos, ¿por qué algunos estudiantes de derecho, en algún momento, sienten antipatía a ciertos niveles por esta materia, su tratamiento o determinados aspectos de la teoría del derecho?

Puede que haya varias razones, entre las cuales podrían figurar las siguientes:

1. Vamos a suponer que un estudiante se está preparando para su primera clase en un curso de teoría del derecho. Está sentado en la biblioteca frente a un artículo de la lista de lecturas obligatorias. Lee el texto siguiente: «El empirismo predictivo inherente al rechazo neotomista de la metafísica *qua* metafísica suele caracterizar la epistemología substantiva, tan claramente demostrado por la aceptación implícita de Weberstrom de las aseveraciones semánticamente normativas hechas por Haranmere en todo su trabajo tardío sobre la teleología voluntarista».

«Vaya», piensa el estudiante, «nunca me había fijado en ello». Y continúa leyendo.

«Pero la cuestión llega hasta la razón por la cual la conceptualización de la ontología platónica de Haranmere lo situó tan firmemente entre las filas de aquellos que creían que el cognitivismo en su forma contractualista no apoya el análisis que Weberstrom hizo de la *Grundnorm* kelseniana. Éste es el problema que se debe plantear.»

«Eso es, hay que hacerlo», piensa el estudiante. En este momento, su atención se distrae cuando un amigo le pregunta: «¿Te apetece un café?». Mientras toman el café, el amigo le pregunta: «¿Qué estabas leyendo?».

«Un artículo de Plankhaffer publicado en el *MLR*», responde el estudiante.

«¿Y qué tal es?», pregunta el amigo.

«Muy bueno», contesta él, sin haber entendido una palabra de lo que había leído.

Siendo así, ¿por qué continuó leyendo? Quizá la razón es que fue incapaz de admitir que no había entendido la página en su propio idioma que tenía ante sí. Tal vez, al admitir que no tenía ni idea de lo que el autor decía, pensó que si perseveraba en las palabras y en su significado, se transferirían a su cerebro por algún tipo de ósmosis. Posiblemente, continuó leyendo sin saber por qué, abrumada como estaba su mente por la confusión y la desesperación.

Cualquiera que fuese la razón, vale la pena preguntarse por qué algunas veces los estudiantes de derecho no entienden lo que leen cuando se enfrentan a la teoría del derecho.

- a) Una razón puede ser que, al no haber estudiado filosofía, no conocen el significado de algunas palabras o expresiones tan comunes entre los filósofos como «dominio pleno», «estar en posesión», «mens rea», «*volenti non fit injuria*», muy comunes también entre los abogados. Al no saber el significado de palabras como ontología, teleología, epistemología, cognitivismo o neotomismo, no tienen ningún motivo para esperar comprender lo que leen. La ósmosis desde la página hasta el cerebro no sucederá (si el estudiante en el ejemplo anterior hubiera conocido el significado de cada una de las palabras usadas en el pasaje, se habría dado cuenta de que era un galimatías).
- b) Los recién llegados a la teoría del derecho tampoco acostumbran a poseer un conocimiento exacto sobre otras palabras que son de carácter más general y que no están restringidas a la filosofía. Pueden haberse encontrado con palabras como deducción, ética, prescripción y eficiencia. Pero seguramente tendrán sólo una idea vaga de la distinción entre deducción e inducción, ética y moral, prescrip-

ción y proscripción, eficiencia y eficacia (y algunos incluso pensarán que inferir es una manera más culta de referirse a presuponer). Al no conocer el significado preciso de palabras como éstas, no es en absoluto sorprendente que no entiendan lo que se está diciendo.

- c) Los estudiantes de derecho, al ser principiantes en teoría del derecho, no saben que en muchas ocasiones, palabras que usadas de modo general tienen un significado concreto adoptan otro significado distinto cuando son aplicadas al lenguaje específico de la teoría del derecho. Por ejemplo, la palabra «magistrado» se usa, por convención, para referirse a cierto tipo de cargo judicial y, por ejemplo, en el ámbito anglosajón, «municipal» se utiliza para referirse a algo que tiene que ver con un Estado soberano (y no tan sólo con la municipalidad en el contexto de un gobierno local).

2. Gran parte de la teoría del derecho ha sido escrita por filósofos o por juristas influenciados por los métodos de los filósofos. Así pues, el estudiante de derecho entra en un ámbito ajeno a él. Está acostumbrado a un mundo con un espíritu práctico, donde la importancia está en alcanzar, siempre que sea posible, conclusiones claras y breves; a utilizar tan sólo las palabras que son necesarias para transmitir el significado previsto. El estudiante de derecho está acostumbrado a leer sentencias de los tribunales superiores que pueden resumirse en una línea; a leer artículos que finalizan con las conclusiones extraídas del razonamiento anterior; a trabajar bajo presión (a cualquier nivel durante el curso lectivo). El estudiante de derecho se ve obligado a trabajar bajo esta presión, acabando un trabajo y empezando otro acto seguido.

Por eso, cuando entra en el mundo de la filosofía queda sorprendido. Aquí las presiones no existen. Los aspectos secundarios se pueden tratar con más extensión que el tema principal. El discurso puede saltar de un tema a otro sin previo aviso. Un escritor puede hacer tantas digresiones y tratar tantos aspectos irrelevantes que termina por olvidar aquello de lo que quería hablar. El hilo que conduce los elementos para construir un buen juicio se ha perdido. Los meandros reemplazan la secuencia lógica. Los elementos del discurso yacen desparramados.

Otra cosa de la que un estudiante de derecho se da cuenta es que algunos filósofos, que aprenden de los sociólogos, prefieren usar en lo posible palabras poco comunes en lugar de las que son inmediatamente reconocidas. Así, «societario» se prefiere a «social», «paradigmas» a «ejemplos», «caracterizados» a «descritos». De un modo similar, las palabras se sustituyen por frases o locuciones de forma que, por ejemplo, «idea» pasa a ser «noción conceptualizada». Se obtiene una extensión mayor del texto salpicando adverbios como «únicamente», «típicamente», «significativamente», «contingentemente», y adjetivos como «normativo» o «multicéntrico». Realmente, pronto se tendrá la impresión de que para algunos juristas cada nombre debe tener un adjetivo que lo califique y cada verbo un adverbio calificativo. Por ejemplo, «respuesta» se convierte en «respuesta estructurada»; «argumento» en «argumento conceptual»; «ilustrar» en «típicamente ilustrar»; «teoría» en «teoría conceptual»; «validez» en «validez normativa». Por lo visto, también da mucho juego hacer elegantes malabarismos con los términos «subjetivo» y «objetivo». Las frases simples se pueden convertir en otras más largas. Por ejemplo, «la idea es...» se puede convertir en «la noción conceptual, *qua* concepto, puede ser caracterizada desde el punto de vista de su significado como...», «...indica que...» se puede convertir en «...puede tomarse de manera válida como una afirmación conclusiva de que...».

No pasará mucho tiempo hasta que el estudiante de derecho se dé cuenta de que el propósito de algunos autores no es la claridad sino la ofuscación. La opacidad es la cualidad que se busca. Para este fin puede ser útil el uso de dobles negaciones. Considérese el siguiente párrafo de un libro publicado en 1987: «Al igual que el argumento anterior contra la invocación de Nozick de la máxima kantiana no mostraba que los puntos de vista sobre la moral que está defendiendo son compatibles con el consecuencialismo; así, la argumentación contra la interpretación de los proyectos personales y las relaciones que hizo Nagel no pretende mostrar que está equivocado al declarar que son irreconciliables con una concepción de neutralidad del agente de la razón práctica». Hay en esta frase, como dijo un crítico,¹ seis dobles negaciones. «¿No se podría reducir su número?», se preguntó el crítico. «No es que la frase se entendería más fácilmente —comentó— una vez que se han

dominado las dobles negaciones. Después de todo, uno debe tener en mente la interpretación de Nagel y la invocación de Nozick, y debe también tener una opinión sobre si la “neutralidad del agente” significa algo claro. Uno puede también preguntarse qué fuerza lógica pretende tener aquí “compatible”».

3. Los estudiantes de derecho esperan que un tema tenga un contenido reconocible. Esperan que un libro sobre contratos exponga los distintos aspectos del derecho contractual: oferta y aceptación, causa, falsificación y similares. Esperan encontrarse con un libro que trate de los distintos tipos de daños, los recursos disponibles para un demandante y las defensas para un demandado. Confían que cuando la materia fundamental haya sido tratada con el detalle apropiado para el tamaño del libro, éste acabará. Esperan un punto y final. Éste es el problema. Cuando el estudiante se enfrenta por primera vez a la teoría del derecho, resulta perturbador encontrar que, a la vez que hay temas de gran interés, no hay ningún contenido estándar. Esto es así porque la teoría del derecho consiste en todo lo que cualquiera (donde «cualquiera» se refiere a quien logra publicar sus ideas) se propone decir sobre el derecho. En esto hay muy pocas normas. Una de ellas es que, si alguien dice lo mismo que otro ha dicho antes, esto debe hacerse saber. Pero no hay ninguna norma acerca de lo que puede ser dicho y lo que no. Y aquí el juego está abierto a cualquier cosa. Uno puede decir lo que piensa sobre qué es realmente el derecho, cuál es su naturaleza esencial o en qué consiste un sistema jurídico. Uno puede analizar conceptos como «propiedad», «posesión» o una «persona jurídica»; hablar de la relación, si es que hay una, entre el derecho y la moral; argumentar si un individuo siempre está justificado al desobedecer la ley; explorar por qué algunas personas sienten una obligación de obedecer la ley; o comparar (aquí hay un rico campo de investigación) el significado de «obligación» con lo que quiere decir «ser obligado». Se puede examinar el modo en que las leyes se aplican en la práctica: cómo operan los tribunales, cómo llegan los jueces a las decisiones que toman; se puede buscar la distinción entre derecho y justicia, y determinar en qué consiste la justicia; se puede considerar si el derecho debería cumplir una función social, y si fuese así, cuál debería ser. Al argumen-

tar sobre temas como éstos, no importa si lo que se dice ocupa pocas líneas o varios volúmenes. Si trata sobre el derecho (no del derecho, sino *sobre* el derecho), nos estamos refiriendo a la teoría del derecho. El hecho de que la teoría del derecho sea un campo tan abierto deja al estudiante de derecho con la sensación de querer levantarse y cerrar de golpe la puerta.

4. Los estudiantes de derecho esperan que las cuestiones que se tratan dentro de un tema del derecho tengan siempre límites bien marcados. Esperan que un capítulo sobre servidumbre trate de servidumbre y no que se pierda en una argumentación sobre la posesión sin justo título, ni que empiece a repetir lo que se ha dicho antes sobre los derechos de los propietarios de terrenos ribereños a extraer agua, ni tampoco que para colmo empiece a divagar sobre los efectos de un error en un contrato. Así pues, es desorientador encontrar que en la teoría del derecho falten los límites que, conveniente y convencionalmente, delimitan las áreas de otras asignaturas de derecho. Ahora bien, forma parte de la naturaleza de la teoría del derecho que esto deba ser así. La teoría del derecho trata de ideas, y las ideas no se prestan a ser clasificadas en casillas exclusivas. Cualquier cosa que se diga sobre un asunto (por ejemplo, la naturaleza de la justicia) puede hacer referencia a otra cuestión (por ejemplo, la obediencia a las leyes). Es necesario que un libro como éste se divida en capítulos que traten los temas que atañen a la teoría del derecho. Pero este tratamiento está establecido por conveniencia y no debería ocultar el hecho de que la teoría del derecho no consiste en una serie de temas distintos y aislados. Es un popurrí de ideas entremezcladas, todas igual de importantes a la hora de considerar cualquier cuestión en particular.

5. Los estudiantes de derecho esperan encontrar, de un modo similar, programas de estudios de derecho que tengan unos límites claros. Admitirán que puede haber áreas que se superponen en parte, por ejemplo el derecho de propiedad y el fideicomiso. Pero, generalmente, esperan que el derecho de propiedad sea el derecho de propiedad; que los contratos sean contratos; los daños, daños; y así el resto de materias. (Quizá, si tienen en cuenta las complejidades de la vida diaria, no de-

berían esperarlo, pero si se tiene en cuenta cómo están escritos los libros de derecho, y cómo se los estudia, en absoluto no es sorprendente esta expectativas.) Así pues, resulta perturbador encontrarse también aquí con que los límites que normalmente se establecen para delimitar las materias de las que trata el derecho no pueden encontrarse en absoluto. La teoría del derecho tiene puntos de contacto y comparte campos de estudio con la ética, la política, la historia, la teología y la filosofía. Tan sólo en un número reducido de casos podemos decir que un tema está tratado exclusivamente por la teoría del derecho. Una y otra vez hallamos que el mismo tema interesa tanto a juristas como a estudiantes de ciencia política (por ejemplo, la naturaleza de la soberanía), o juristas y teólogos (véase la influencia de la Iglesia en la doctrina del derecho natural, expuesta en el capítulo 5), o a juristas y a filósofos morales (sobre la relación entre derecho y moral), o a juristas y a estudiantes de otras muchas de estas disciplinas. El estudiante hallará reflejadas en los títulos de los libros de su lista de lecturas obligatorias la superposición entre teoría del derecho y otros temas del mundo de las ideas. Libros con títulos como *La moral y el derecho* y *El derecho y la justicia* son muy comunes. En los últimos tiempos, los autores han optado por títulos con tres términos, de modo que encontramos libros como *Derecho, moral y religión*; *Derecho, moral y sociedad*; *Derecho, libertad y moral*; *Derecho, libertad y legislación*; *Normas, principios y el concepto de derecho*; *Justicia, ley y derechos*; *Derecho, razón y justicia*. (Quizá en el futuro nos encontraremos con cuatro términos,² como *Derecho, libertad, justicia y moral*.)

El campo impreciso de la teoría del derecho puede dejar confuso a un estudiante de derecho.

6) Los estudiantes de derecho están acostumbrados a leer comentarios, por ejemplo, comentarios sobre una nueva legislación o casos que abren nuevos campos. Están también acostumbrados a leer artículos que tratan sobre un aspecto concreto del derecho, por ejemplo, un artículo sobre la cuestión de si una comunidad puede adquirir el derecho de libre paso a través de un solar a causa de su uso público prolongado, o un artículo que revise el precedente jurídico para extraer conclusiones. Pero lo que a un estudiante de derecho le coge por

sorpresa es encontrar comentados los mismos asuntos y los mismos temas de forma repetitiva e interminable. Esto ocurre porque mientras el área que abarca el derecho es muy amplia y su expansión muy rápida (obsérvese tan sólo el aumento del derecho ambiental), al haber más leyes nuevas que juristas para comentarlas, el contenido de la teoría del derecho es, a pesar de que aparezcan nuevos asuntos, relativamente limitado, cosa que provoca que se vuelva a hablar una y otra vez de los mismos temas. Todo el mundo, o eso parece, debe dar su opinión sobre la justicia, el derecho natural, la «obligación», el derecho y la moral (aquí surge la tendencia a bostezar).

7) Al escribir sobre el derecho, un autor no tiene por qué presentar una idea que no se ha pensado con anterioridad. Así pues, si alguien escribe sobre la cuestión concerniente al derecho de paso mencionado más arriba, puede hacer una observación detallada de los casos que se han dado, y es suficiente con que extraiga conclusiones respecto al estado actual del derecho. Pero en la teoría del derecho, el ideal es pensar en algo nuevo. Algunas veces esto sucede, y estos casos se exponen más adelante en este libro, por ejemplo: la noción de sistema jurídico del profesor Hart y la idea de la naturaleza de la justicia del profesor Rawls. Sin embargo, las ideas originales no surgen fácilmente ni a menudo. Pero quienes viven de la teoría del derecho necesitan escribir si es que desean mantener la oportunidad de promocionarse. De esto se deriva que, incluso si alguien A no tiene una idea original sobre, digamos, la justicia, sí puede tener una idea original sobre lo que otro ha dicho sobre la justicia (escribiría pues una obra crítica). Así, A escribe un artículo exponiendo cuáles cree que son los errores de la opinión sobre la justicia expresada por, digamos, Rawls. Entonces B entra en escena. No tiene una idea original sobre la justicia, ni sobre la visión de la justicia de Rawls, pero encuentra un punto flaco en lo que A ha escrito y escribe un artículo en el que expone los errores de A. Entonces C entra en escena...

Sucede entonces que cuando un estudiante de derecho empieza a leer un artículo, puede encontrarse bastante lejos de las ideas del pensador que se supone que está estudiando. Por ejemplo, mientras prepara una exposición oral sobre John

Stuart Mill puede leer el discurso de Samek sobre el punto de vista de McCloskey con relación al análisis de Berlin de la noción de la libertad³ de Mill; o los comentarios de Sartorius sobre la reacción de Dworkin contra la oposición de Devlin con respecto a la actitud de Mill sobre la imposición de la moral;⁴ o el punto de vista de Reynold sobre la reformulación de la argumentación de Mill, por lo que puede encararse con la objeción realizada por Devlin a la vez que evita las dificultades inherentes en los puntos defendidos por Dworkin y Hart.⁵

Ahora, para los iniciados, en el tema todo está claro y forma parte de un espléndido juego (más que un juego, una industria), pero quien empieza a adentrarse en la teoría del derecho puede sentirse aturdido y deprimido (no es sorprendente que acepte salir a tomar un café).

¿Qué podemos hacer al respecto?

1) No hay que leer los comentarios (o los comentarios de los comentarios) sobre los puntos de vista de un jurista mientras no se han comprendido estos últimos. Empezad con el maestro (no leáis *Reading Rawls* hasta que no hayáis leído a Rawls).

2) Tenéis que haceros cargo de lo absurdo que es leer un pasaje si no conocéis el significado de todas las palabras. Leed con un diccionario de tamaño razonable a vuestro alcance, por ejemplo del tipo del *Concise Oxford Dictionary*. Donde haya varias acepciones, tomad la que se refiera al significado usado en la filosofía, normalmente introducida por la abreviación «Fil.». Al final de este capítulo hay una lista de palabras de uso común en la teoría del derecho con sus respectivas definiciones o explicaciones (sería muy útil tomar nota de las palabras señaladas con un asterisco antes de continuar con el siguiente capítulo).

3) Tenéis que haceros cargo de que, aunque incluso palabras de uso común como inducción y proscribir, y términos latinos como *qua*, *per se* y *a fortiori*, y palabras de tipo más

específico como «ontológico» y «heurístico» son perfectamente entendidas si se anulan las dobles negaciones innecesarias y se pasan por alto las palabras superfluas. Pero aunque se sigan todos estos consejos, hay que tener en cuenta que una y otra vez aparecerán pasajes de tal confusión que, a pesar del esfuerzo dedicado, no podrá discernirse ningún significado inteligible. (Hasta pueden encontrarse libros enteros de los que no se puede extraer ningún significado inteligible.) Tened siempre en mente el hecho de que si se presenta una dificultad considerable al intentar comprender un pasaje, no siempre debe pensarse en la carencia de inteligencia del lector, sino que también existe la posibilidad de que el autor sea incapaz de (o no desee) expresarse de un modo inteligible (o que no tenga nada sólido que decir).

4) No esperéis que los juristas, una vez que han planteado una cuestión, den alguna solución.

5) No esperéis tampoco que los juristas expongan sus teorías siguiendo un orden lógico. Es probable que los componentes de una teoría tengan que ser reagrupados para que constituyan un esquema coherente.

6) Aceptad que los juristas adaptan sus ideas a lo largo de sus vidas, quizá para responder a las críticas que se les han hecho. Esto hace difícil discernir qué es lo que un escritor en particular «dijo», pues puede haber dicho cosas diferentes en momentos distintos. (En ocasiones, la visión más interesante es la expresada al principio, antes de que el escritor haya empezado a modificar y pulir su teoría para afrontar las objeciones que han ido surgiendo. Un ejemplo de esto es la obra de Hans Kelsen.⁶⁾

7) No os desesperéis. Entre los grandes juristas, hay quienes escriben con una claridad y precisión que están de acuerdo con su eminencia.

La posibilidad de que un lector encuentre interesantes los contenidos de la teoría del derecho dependerá de su propia actitud. Pero los temas y cuestiones que esta materia despier-

ta han sido, y todavía siguen siendo, de gran importancia práctica en la conducta de los asuntos humanos. Estas cuestiones no son «puzzles de sobremesa que se utilizan en los días lluviosos para pasar un buen rato»⁷ sino que «desafían nuestra atención, pidiendo una respuesta».⁸

Algunas palabras

Apetencia. La dirección del deseo hacia un objeto o propósito; buscar (OED).*

**Canon.* Una norma, ley o decreto de la Iglesia; en especial una norma establecida por un concilio eclesiástico (OED).

Canonista. Experto en derecho canónico.

Cognotivismo. De cognición, el acto de conocer (cf. reconocimiento). El punto de vista que mantiene que es posible conocer la verdad absoluta de las cosas; por ejemplo, en qué consiste la verdad, la belleza o la justicia. Un cognotivista puede basar su cognición en una verdad que ha sido revelada por una fuente divina (cf. no-cognotivismo).

**Contractualista.* Relacionado con la creencia de que el fundamento de la sociedad humana se basa en un contrato, real o hipotético, según el cual los habitantes de una comunidad o grupo deciden renunciar a parte de su libertad y autodeterminación a favor de un Estado o de la comunidad en general para poder adquirir los beneficios del orden y la protección contra la violencia. «Ninguna cultura tiene un punto específico localizable en el tiempo en el cual se inicia; aunque en la primera reunión es como si los hombres se estuvieran agrupando y se dijeran los unos a los otros: “¡Mirad! ¡Organicémonos un poquito o no llegaremos a ninguna parte! ¡Dejemos claro quién es quién, qué debemos hacer y cómo lo vamos a hacer!”. Básicamente, es esto

* Las siglas OED corresponden a *Oxford English Dictionary*. (Nota del traductor.)

lo que los teóricos del contrato social han reconocido como la base del orden social.» (E. A. Höbel)

**Debería*. Cuando se usa la palabra «debería» se establece una relación entre un cierto acto y una cierta norma u objetivo. Normalmente, la norma a la que se refiere implícitamente cuando se utiliza la palabra «debería» es de tipo moral, como en «no debería haber cogido el dinero del cepillo de la iglesia». Aquí la relación se establece entre el hecho de coger el dinero y el precepto moral de «No robar». La palabra «debería» se relaciona entonces con la realización de un objetivo o la obediencia a una norma: para poder actuar de acuerdo con el precepto moral «No robar», se requiere que no coja el dinero del cepillo. Lograr el objetivo de no herir al vecino se logra al no golpearlo en la cabeza, expresado del siguiente modo: «No debo golpearlo en la cabeza». Aquí el acto aún no se ha hecho. Si el acto ya ha tenido lugar, diríamos: «No debería haberlo golpeado en la cabeza», en el caso de que estuviera obligado a seguir el precepto que me impide herir a mi vecino.

El objetivo referido a la necesidad no tiene por qué obedecer a un precepto moral. Si golpeo a mi vecino en la cabeza y luego efectúo la siguiente afirmación: «Debería haberlo golpeado más fuerte», el objetivo implícito es la necesidad de infligir más daño del que se ha causado con el golpe anterior. El objetivo al que se refiere puede ser la satisfacción de un deseo o intención particular, como en «Si tengo que coger el tren de las 9.45 de la mañana desde Hope hasta Edale, debería irme ahora». El objetivo puede ser la obediencia a un requerimiento legal, como en «Un patrón debe proporcionar herramientas, equipo y maquinaria seguros» (si desea obedecer las leyes de seguridad laboral y evitar de esta manera las penalizaciones que implica no cumplirlas), o la obediencia a las normas de un juego, como en «Él no debería haber tocado el balón». O el objetivo puede estar relacionado con evitar una penalización no legal, como en «No deberías provocarlo tanto» (si deseas evitar represalias).

Las expresiones «tener una obligación» y «sentirse obligado» se relacionan de un modo similar con la consecución

de un objetivo. Por ejemplo, supongamos que el personal de una Facultad de Derecho inglesa llega a un acuerdo mediante el cual cualquier miembro que quiera una taza de café ha de poner 10 peniques en un bote. Un profesor dice: «Sé que estaba obligado a poner 10 peniques en el bote cuando cogí la taza de café, pero como en la ocasión anterior no tenía cambio y tuve que poner 20 peniques, no me sentía obligado a poner 10 peniques para la siguiente taza. Sin embargo, al oír que alguien se acercaba, quise evitar que pensara que estaba realizando algún tipo de estafa y me sentí obligado a poner 10 peniques más. En cada caso, «obligado» se refiere a la consecución de un objetivo distinto. En el capítulo 11, de *El concepto de derecho*, Hart muestra el significado de «tener una obligación» y «sentirse obligado» con el ejemplo de un asaltante que le pide dinero al empleado de un banco. El banquero no tenía la obligación de entregarle el dinero (para poder obedecer a la ley), pero sin embargo se sentía obligado a hacerlo (para no ser disparado).

En un principio, puede parecer que «deber», «sentirse obligado» y «tener una obligación» son expresiones utilizadas con sentidos distintos (como en «No debería haberlo golpeado» y «Debería golpearlo más fuerte»). Pero debe apreciarse que son los objetivos o normas a los que se refieren de modo implícito los que varían y no el significado de las palabras en sí mismas.

Una palabra que se compara con frecuencia con «tener una obligación» es «deber». Deber es lo que se exige de una persona con respecto a alguna autoridad; generalmente se utiliza para indicar que la persona acepta la autoridad establecida para imponer el deber, como en «Es mi deber a los ojos de Dios decir la verdad» (un deber moral); «Es mi deber según la ley actuar como jurado» (un deber jurídico); «Es mi deber servir a los colores de mi país» (un deber patriótico); «Es mi deber como soldado comunicar esta infracción de los reglamentos de la Corona» (un deber militar).

**Deducción*. Proceso de obtener conocimiento al extraer conclusiones de una premisa o de un principio preexistente (deducir de algo conocido o dado por sentado) (OED).

Deontología. Estudio o ciencia de las obligaciones, en particular de las obligaciones morales. Así pues, deontológico es aquello relativo o perteneciente a la moral o a la ética.

**Eficacia.* Efectividad, capacidad para obtener un resultado concreto. Utilizado en la teoría del derecho en conexión con la eficacia de la ley, se refiere al alcance de la obediencia a una ley. Si se siguen las leyes de una comunidad, se dice que el derecho es eficaz.

Eleústico. Se ocupa de las repreguntas.

Empirismo: Según esta concepción, la única fuente de conocimiento es la experiencia, como, por ejemplo, la observación de los fenómenos del mundo natural. El empirista no parte de principios generales asumidos como válidos, ni hace deducciones a partir de éstos. El método científico actual es empirista, hace observaciones y forma hipótesis que expliquen los hechos observados. Una hipótesis se asume como válida hasta que otra observación más detallada muestra que la hipótesis era inadecuada. El empirismo opera por *inducción*.

Epistemológico. Relacionado con el conocimiento; en particular, relacionado con las teorías sobre cómo se adquiere el conocimiento o cómo se pueden *conocer* las cosas.

Erastianismo. Creencia en la supremacía del Estado en asuntos eclesiásticos (de Erastus, teólogo y físico suizo, 1524-1583).

Erístico. Relacionado con las disputas y controversias (OED).

Escolástico: Erudito, principalmente eclesiástico, que escribía sobre teología, lógica y metafísica, y enseñaba estas materias en las escuelas y universidades medievales.

Estagirita. «Como dice el Estagirita», apodo de Aristóteles, según su ciudad natal Estagira.

Filósofo. Como se lee en «el Filósofo», suele referirse a Aristóteles.

Heurística. La rama de la lógica que trata del arte del descubrimiento o la invención (OED).

Hipóstasis. Aquello que yace en la base de cualquier cosa, su esencia (del griego, aquello que yace debajo).

**Idealismo.* Noción, expuesta por Platón, principalmente en *La República*, según la cual, cualidades tales como la verdad, el coraje, la virtud, la igualdad o la justicia tienen una existencia distinta y anterior a la de los objetos que poseen dichas cualidades. Por ejemplo, la belleza de un objeto no es más que una manifestación, un pálido reflejo, del ideal de belleza que existe independientemente de cualquier belleza que pueda ser vista en la Tierra. La naturaleza del idealismo se explica más detalladamente en el capítulo 5.

Inducción. El proceso de inferir un principio general o ley a partir de la observación de casos particulares (OED). La ciencia moderna, siendo empírica (q. v.), opera mediante la inducción y no la deducción (q. v.).

Innatismo. Creencia de que ciertos principios son innatos dentro de la conciencia humana, siendo traídos al mundo por el hombre desde su primera aparición. Para el creyente, los principios son aquellos que Dios ha inscrito en los corazones de los hombres.

Intuitivo. Perteneciente a la creencia de que ciertos tipos de conocimiento son, o pueden ser, adquiridos mediante la intuición, oponiéndose, por ejemplo, a la observación.

Mayéutico. Perteneciente a la partería (intelectual), como por ejemplo, el proceso socrático de ayudar a llevar a la conciencia conocimientos latentes con anterioridad en la mente de una persona.

Monismo. Creencia de que sólo existe la unidad, por ejemplo, que la mente y la materia son uno o que hay sólo un Ser Supremo (no la dualidad de poderes del bien y del mal).

No-cognotivismo. Creencia de que no es posible conocer la final y absoluta verdad sobre algo. El no-cognotivista basa su doctrina en que los valores, por ejemplo dentro de la moral, son relativos y varían de una sociedad a otra y de una época a otra.

Nominalismo, nominalista. Ver «universales» más abajo.

**Obligación.* Aquello que existe cuando una persona es obligada a hacer, o a abstenerse de hacer, alguna cosa. Ver «deber» más arriba.

Platónico. Alguien que sigue las ideas de Platón, en particular las referidas a su teoría del idealismo (ver capítulo 5).

Positivismismo. Punto de vista según el cual el derecho es lo que se ha promulgado, sin tener en cuenta su contenido, en concreto respecto de su bondad o maldad moral (ver capítulo 2).

**Razonamiento a priori.* Método de razonamiento que llega a conclusiones a partir de lo que precede: «...de esto se sigue que...». Por ejemplo: para que los niños se eduquen bien, deben ser estimulados a dar lo mejor de sí mismos; los niños hacen mejor aquello que les gusta hacer; a los niños no les gusta aprender lo que exija trabajo duro; los niños aprenden más cuando no se les exige que trabajen duro.

Realismo. 1) Creencia en la realidad de los universales. Ver «universales» más abajo. 2) Ser realista en la vida cotidiana en relación con asuntos prácticos.

Silogismo. Argumento que toma la forma de dos proposiciones (llamadas premisas) que contienen una palabra o término en común, de las cuales se extrae necesariamente una conclusión. Por ejemplo:

Todos los perros tienen cuatro patas.

Abba es un perro.

Abba tiene cuatro patas.

El razonamiento silogístico es un tipo de razonamiento a priori.

Sustantivo. Tener sustancia, existencia; como en «juicio sustantivo», opuesto a la justicia sólo procedimental (que consiste en ceñirse a los procedimientos prescritos); y en «la atención de los filósofos a la cuestión del método, a veces está inversamente relacionada con el progreso sustantivo hecho en el campo». [Soper (1982) 100 H. L. R. 1166, 1168].

Teleológico. Relativo a la doctrina de que todo tiene un fin o propósito previamente dado (ver capítulo 3).

**Teoría imperativista del derecho.* Teoría que considera la ley bajo la forma de un mandato (ver capítulo 2).

**Teoría predictiva del derecho.* Creencia de que el derecho consiste en mandatos de un soberano o alguna autoridad suprema con respecto a la cual puede predecirse que su desobediencia conducirá al castigo correspondiente (algunas veces, incorrecta y confusamente, utilizada para referirse al punto de vista de algunos realistas americanos [ver capítulo 13], según el cual el derecho consiste en las predicciones de la decisión que los jueces tomarán cuando un asunto es llevado a los tribunales).

Tomismo. Puntos de vista de acuerdo con los de Santo Tomás de Aquino (ver capítulo 5). Así pues, *tomista* es aquel que participa de estos puntos de vista.

Universales. En Bradwell vive un perro que responde al nombre de Abba. Un poco más arriba en el camino vive un perro llamado William. Al otro lado del pueblo viven Kim, Suzy, Rosie y Poppy. En Schmitten, Alemania, vive Sophie. ¿Qué es lo que hace que todos estos seres sean perros? La respuesta, seguramente, es que existe algún tipo de cualidad que todos ellos comparten. Lo mismo sucede con

las mesas. Debe haber alguna cualidad de ser-mesa (la de ser un objeto consistente en una superficie llana alzada del suelo, diseñada para poner objetos encima de ella) que todas las mesas comparten. De un modo similar, debe existir la cualidad de la belleza, que corresponde a todos los objetos bellos. Todas estas cualidades son ejemplos de «universales». Algunos filósofos han considerado que los universales tienen una existencia distinta de la de los objetos que comparten una cualidad que constituye un universal. Alguien que mantiene esta postura es llamado «realista» y su escuela de pensamiento, «realismo». Santo Tomás de Aquino fue un importante realista medieval.

El realismo tiene puntos en común con el idealismo, pero no son doctrinas idénticas.

Aquellos que consideran que los universales no tienen una existencia independiente, que mantienen que sólo las particularidades de una categoría tienen una existencia real, siendo un universal poco más que un nombre establecido por convención, son llamados «nominalistas». El nominalismo adquirió muchos adeptos durante el medievo tardío, siendo uno de sus máximos exponentes Guillermo de Ockham.

*Utilitarismo.*⁹ Este término procede de la palabra «utilidad», que significa uso o provecho. El utilitarismo es una de las teorías que se centran básicamente en el campo de la ética. En la base del utilitarismo subsiste la creencia de que el mejor fin para una sociedad es lograr el mayor bien posible para el mayor número de habitantes. Inherente, y también presupuestamente, en esta noción está el hecho de que una sociedad *debería tener* un determinado objetivo. Para un jurista, el interés del utilitarismo radica en el hecho de que gracias a sus leyes una sociedad alcanza sus objetivos a largo plazo. Por lo tanto, el jurista entiende el utilitarismo como una postura que propone que: *a*) las leyes deben tener un objetivo global (y que no sean meramente un compendio de normas hechas para tratar materias sobre una base *ad hoc*); y *b*) que este objetivo debería asegurar el máximo bienestar para el mayor número posible de miembros de la sociedad.

Jeremy Bentham (1748-1832) fue el principal exponente del utilitarismo. Para él, el «bien» que había de lograrse tenía que ser medido en términos materiales (y no sólo en términos espirituales o morales). (Por esta razón «utilitarismo» se emplea a veces de forma incorrecta y con un sentido peyorativo como sinónimo de «materialista», lo que significa no prestar atención a lo espiritual, ético o moral; como cuando se hace referencia a «quienes se guían únicamente por consideraciones utilitarias».)

En la búsqueda por encontrar el modo de mostrar cómo se podía lograr en la práctica el máximo bien para el mayor número de individuos, Bentham examinó un gran número de instituciones británicas y convenciones y propuso reformas a largo término. Al hacer esto, estableció la escuela radical de teoría política del siglo XIX. Para averiguar el valor de todo lo que examinaba, lo sometía a la siguiente prueba: «¿Cuál es la *utilidad* de esto?».

Notas

1. S. Guest, (1987) 103 LQR 642.
2. Esta moda no se limita sólo a la teoría del derecho. En la filosofía han aparecido últimamente títulos como *Contingency, Irony and Solidarity*; (traducción española: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Ediciones Paidós Ibérica, 1996); y en historia, *Conquest, Coexistence and Change, y Recovery, Reorientation and Reformation*.
3. (1971) 49 Can Bar R 188.
4. (1972) 81 Yale LJ 891.
5. (1977) 11 Georgia LR 1325.
6. Capítulo 9.
7. D. W. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1ª ed.), p. 14; (traducción española: *Los derechos en serio*, traductor: M. Guastanino, Editorial Ariel, 1997.)
8. *Ibid.*, p. 15.
9. Ver Davies y Holdcroft, *Jurisprudence: Texts and Commentary*, cap. 7.