

Control parcial Respuesta magistral

Preguntas

1. Explique las similitudes y diferencias entre la teoría del contrato social de Hobbes y la de Locke.

Ambos autores sostienen teorías contractualistas de lo político. Las teorías contractualistas asumen que lo individual es natural y lo político es artificial, y buscan fundar lo político en decisiones individuales. La suma de estas decisiones individuales es el contrato social.

El contenido político de la idea de contrato social fluye de considerar dos características de la contratación entre individuos racionales: uno contrata para realizar sus intereses, y en un contrato cada parte entrega lo mínimo necesario para lograr lo que busca bajo el contrato. Una teoría contractualista, entonces, busca justificar lo político mostrando que su creación va en el interés de cada individuo. Para esto, las teorías de Hobbes y de Locke buscan identificar el déficit que los individuos experimentarían en el estado natural y mostrar que, para solucionar ese déficit, los individuos pactarían la creación del Estado (en Hobbes, el Leviatán). Aquí es importante recordar que el contrato en la óptica de Hobbes y de Locke es un contrato discreto (como la compraventa), que no alcanza a la subjetividad de las partes, a diferencia de una teoría contractualista como la de Rousseau en que el contrato es un contrato de status (como en matrimonio), que produce un cambio en la subjetividad de las partes contratantes.

Lo que Hobbes llama "la condición natural de la humanidad" se caracteriza por la libertad natural y la igualdad natural de los individuos. Por "libertad natural" Hobbes significa que nadie tiene deber alguno para con el resto, lo que quiere decir que cada uno es libre de hacer lo que crea conveniente para avanzar sus fines. Por "igualdad natural" Hobbes significa el hecho de que nadie es tan débil como para no ser una amenaza para los otros, y nadie es tan fuerte como para ser invulnerable a la amenaza que los otros significan.

Los individuos en estas condiciones se encuentran en una situación de "dilema del prisionero", en la que a todos les conviene una situación en la que todos cooperan (es decir: en la que todos viven en paz porque no atacan a los demás), pero a cada uno le conviene más una situación en la que los demás cooperan (no atacan) pero uno mismo no coopera (toma lo que necesita de los demás). En esta situación, de acuerdo a Hobbes, la guerra actual o inminente es inevitable. Y la guerra hace a la vida miserable. En

la descripción de Hobbes, la vida es solitary, poor, nasty, brutish and short.

Para salir de esta condición miserable los individuos han de hacer un contrato en virtud del cual renuncian a toda su libertad natural, y se obligan a obedecer a uno, el Leviatán, que en contrapartida asume la obligación de protección. El pacto hobbesiano es, entonces, protección por obediencia. El Leviatán protege por la vía de crear (y hacer cumplir) normas que imponen a todos deberes que entonces protegen a los individuos. Respecto de lo que no es obligatorio conforme a las normas dictadas por el leviatán, los individuos son libres. Esta es libertad civil, más restringida que la libertad natural, pero más valiosa porque es protegida por el Leviatán.

La descripción Lockeana es similar en algunas de sus características fundamentales, pero tiene importantes diferencias. Locke describe el estado de naturaleza afirmando que en él los individuos tienen derechos naturales a la vida, la libertad, la propiedad y a adjudicar el derecho natural, es decir, a calificar la acción propia y ajena como lícita o ilícita de acuerdo al derecho natural. El estado de naturaleza es en principio un estado de paz, pero esta paz es inestable (en el sentido de que contiene una tendencia a transformarse en una situación de guerra. Esta inestabilidad de la paz se explica por el cuarto derecho, que significa que cada uno será juez en su propia causa. Por esto, cada uno mirará con más dureza a la acción de los otros que lo perjudica, y con más benevolencia la acción propia que perjudica a otros. Esto lleva a transformar una situación de paz en una situación de guerra. Una vez surgida la situación de guerra, ella es estable en el sentido de que no hay en ella una tendencia a la paz.

Para salir de esta situación, los individuos pactan renunciando a su derecho a adjudicar el derecho natural y entregárselo al Estado, que entonces existe no para crear nuevos deberes, sino para velar por el cumplimiento de los deberes correlativos a los derechos naturales. Como en un contrato es irracional pagar más de lo necesario para obtener lo que se busca, los individuos retienen los otros tres derechos, cuya protección es la finalidad del Estado. Por eso estos derechos son calificados de "inalienables" (es decir, derechos que no se pueden perder en virtud de un contrato).

En Hobbes los individuos, al renunciar a su libertad natural, renuncian también a su libertad para calificar el posible incumplimiento del Leviatán, y deben entonces simplemente someterse; en Locke, el incumplimiento del Estado de su deber de protección autoriza a los individuos para rebelarse y, en palabras de la Declaración de Independencia Norteamericana, "reorganizar sus poderes en la forma que a su juicio garantice mejor" esos derechos.

2. Explique la distinción entre justificar una práctica y justificar una acción bajo la práctica, con especial referencia a la relevancia de esa idea para una comprensión moderna del derecho.

La distinción entre justificar una práctica y justificar una acción bajo la práctica solo es posible cuando se trata de lo que Rawls llama "reglas como prácticas". Rawls entiende por "práctica" una actividad que es constituida por reglas, es decir, que solo se puede realizar porque existen reglas que la definen y caracterizan las acciones posibles en ella, como por ejemplo el castigo o el fútbol. No hay posibilidad de castigar o de jugar al fútbol sin reglas que definan al castigo o al fútbol. Esto introduce una fractura entre dos cuestiones: una cuestión es la de justificar la práctica y otra la de justificar la acción bajo la práctica.

El caso que interesa a Rawls es el del utilitarismo y el castigo. Lo anterior significa que deben distinguirse dos problemas: uno es el de si la institución (práctica) del castigo se justifica, otra es la de decidir si una persona en particular debe ser castigada. La primera cuestión depende de consideraciones morales o políticas generales. En el argumento de Rawls, estas son consideraciones utilitaristas. Aquí la cuestión será si, desde el punto de vista utilitarista, se justifica que la sociedad adopte la práctica de castigar a quienes sean culpables de la realización de ciertos actos socialmente nocivos. Rawls cree que es claro que la respuesta a esta pregunta es afirmativa, porque la amenaza del castigo hará que las personas no realicen, o realicen menos, esas conductas socialmente nocivas, lo que significa que la sociedad como un todo estará mejor. Luego Rawls se pregunta si no sería preferible una práctica distinta, la de telizar, conforme a la cual se ha de irrogar un mal (sanción) a quienes realicen esas conductas socialmente nocivas, pero además que permita irrogar el mismo mal a personas que no ha realizado esas conductas cuando sea socialmente útil hacerlo. Rawls sostiene que, en términos de justificación de prácticas, esta segunda práctica, la de telizar, sería rechazada desde la perspectiva utilitarista, porque no maximizaría el bienestar social.

Habiendo decidido que la práctica justificada es el castigo, cuando surge la cuestión de si una persona en particular debe ser sancionada (es decir, cuando la cuestión ya no es la de la justificación de la práctica, sino la de una acción particular bajo la práctica) la solución se obtiene no por aplicación del principio utilitarista, sino por aplicación de las reglas de la práctica. Y de acuerdo al argumento anterior las reglas de la práctica de castigar exigen que para que alguien sea castigado ha de probarse que es culpable de la realización de una acción nociva. La práctica de castigar excluye así la posibilidad de autorizar la condena de un inocente.

Esta idea rawlsiana es relevante para el análisis del derecho moderno, porque la característica fundamental de esta comprensión del derecho es que el derecho es artificial, de modo que podemos decir: vivir bajo el derecho es una práctica, por lo que lo que es

jurídicamente correcto es lo que corresponde según las reglas de la práctica. La decisión sobre las prácticas justificadas es la sustancia de la discusión legislativa, y corresponde al conflicto político: habrá distintas posiciones sobre como deben ser las reglas de derecho tributario, civil, penal, etc. Una vez decidida la cuestión sobre la práctica, al juez corresponderá decidir bajo la práctica. En principio, esa decisión debe toarse atendiendo no a los criterios políticos y morales conforme a los cuales ya decidió el legislador al decidir sobre la práctica, sino conforme a las reglas que han sido aprobados por éste. Es decir (aunque hay complejidades adicionales que aquí pueden ser ignoradas): al legislador corresponde decidir sobre la práctica atendiendo a razones políticas o morales etc., al juez corresponde decidir aplicando las reglas de la práctica e ignorando esas consideraciones políticas o morales.

3. Explique la idea central que caracteriza a la “teoría simple” del derecho, de Bentham y Austin.

La teoría simple se construye sobre dos conceptos fundamentales: la noción de “soberano” y la noción de “mandato”. “Soberano” es aquel que es habitualmente obedecido y no obedece a nadie; “mandato” es una declaración de voluntad acompañada de la amenaza de un mal al que se expone el destinatario en caso de no cumplirla. El derecho es el conjunto de los mandatos del soberano.

Esta teoría niega la normatividad del derecho: los conceptos sobre los cuales la teoría se construye son todos conceptos fácticos, que describen hechos. La des-normativización de la descripción del derecho en la teoría simple no es casual. La teoría simple es la primera versión del positivismo jurídico, que es a su vez la autocomprensión del derecho moderno. Como el derecho moderno se entiende a sí mismo como artificial, él descansa en definitiva en hechos. Y conforme al principio de Hume, de hechos no pueden extraerse normas. Esta cuestión será eventualmente solucionada de un modo distinto por Hart al introducir la noción de regla social.

El positivismo jurídico de Bentham y Austin, formulado en los primeros momentos del derecho moderno, se enfrentaba al hecho de que el discurso de los juristas acerca del derecho usaba un lenguaje que desde el punto de vista moderno es enteramente ininteligible: la idea de que el derecho es natural, que es “lo razonable”, que se hace puro a sí mismo bebiendo de la fuente de la justicia, etc. Todas estas ideas tenían sentido dada una comprensión premoderna del derecho, pero desde la óptica moderna son sinsentidos. Y estos sinsentidos eran vistos, especialmente por Bentham, como formas de “mitificación” del derecho, como una manera de presentar al derecho de modo que esté legitimado alegando para él propiedades que el derecho no necesita tener. El programa positivista, ante esto, era un programa de “desmitificación”: hablar del derecho de modo de describirlo tal como es. Y para describirlo tal como es era necesario reducirlo a

los hechos en que el derecho (moderno) consiste. Por eso el énfasis en una explicación puramente fáctica del derecho.