

Colección

**Filosofía y Derecho**

José Juan Moreso Mateos (dir.)

Jordi Ferrer Beltrán (dir.)



## INSTITUCIONES DEL DERECHO



NEIL MACCORMICK

**INSTITUCIONES  
DEL DERECHO**

Traducción de  
Fernando Atria  
y Samuel Tschorne

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico [manuscritos@filosofiyderecho.es](mailto:manuscritos@filosofiyderecho.es). Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web [www.filosofiyderecho.es](http://www.filosofiyderecho.es).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Neil MacCormick, 2007

© Título original: *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007  
Esta traducción se publica de acuerdo con Oxford University Press

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ 91 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-9768-859-8

Depósito legal: M-25421-2011

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS, S.L.

Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal

Río Tiétar 24, 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2011

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO .....	13
INTRODUCCIÓN .....	17
 PRIMERA PARTE NORMA, INSTITUCIÓN Y ORDEN  	
CAPÍTULO I. ORDEN NORMATIVO .....	27
1. INTRODUCCIÓN .....	27
2. HECHOS INSTITUCIONALES .....	27
3. LO NORMATIVO .....	30
4. ORDEN NORMATIVO .....	33
5. SOBRE LAS CONVENCIONES: LAS PRÁCTICAS INFORMALES .....	36
6. CONCLUSIÓN .....	37
 CAPÍTULO II. ORDEN INSTITUCIONAL .....	 39
1. INTRODUCCIÓN .....	39
2. MÁS ALLÁ DE LA INFORMALIDAD .....	40
3. NORMAS EXPRESAMENTE ARTICULADAS. — «REGLAS» .....	43
4. LA FUERZA PRÁCTICA DE LAS REGLAS: ¿«EXCLUSIÓN» O «REFORZAMIENTO»? .....	45
5. DISCRECIÓN: VALORES Y PRINCIPIOS .....	48
6. ESTÁNDARES EN LAS REGLAS .....	50
7. INSTITUCIÓN Y ORDEN .....	51

	<u>Pág.</u>
8. INSTITUCIONES DE DERECHO POSITIVO: OBSERVACIONES PRELIMINARES .....	53
9. AGENCIAS INSTITUCIONALES .....	55
<b>CAPÍTULO III. EL DERECHO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL.</b>	<b>59</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	59
2. ESTADOS .....	60
3. CONSTITUCIONES .....	66
4. INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO .....	71
5. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ESTADO: INTRODUCCIÓN .....	81
6. CONCLUSIÓN: EL DERECHO COMO UN ORDEN NORMATIVO INSTITUCIONAL .....	83
<b>CAPÍTULO IV. UN PROBLEMA: ¿REGLAS O HÁBITOS?</b> .....	<b>85</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	85
2. UNA RECONSIDERACIÓN SOBRE HÁBITO Y REGLA .....	87
3. HÁBITOS SOBRE REGLAS .....	94
4. <i>MIND THE GAP!</i> .....	96

SEGUNDA PARTE  
PERSONAS, ACTOS Y RELACIONES

<b>CAPÍTULO V. LAS PERSONAS</b> .....	<b>105</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	105
2. ¿QUÉ SON LAS PERSONAS? .....	106
3. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: CAPACIDAD PASIVA.	116
3.1. Capacidad pasiva pura .....	116
3.2. Capacidad transaccional pasiva .....	117
4. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: DE LA CAPACIDAD ACTIVA EN GENERAL .....	120
5. CAPACIDAD-RESPONSABILIDAD .....	122
6. CAPACIDAD TRANSACCIONAL .....	124
7. SOBRE LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.	127
8. ESTATUS .....	129
<b>CAPÍTULO VI. ILÍCITOS Y DEBERES</b> .....	<b>133</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	133
2. RECONSIDERANDO LO NORMATIVO .....	134

	<u>Pág.</u>
3. DIFERENCIANDO LO ILÍCITO DE LO NO ILÍCITO .....	135
4. SOBRE LOS DEBERES .....	143
5. DE LAS OBLIGACIONES Y LO OBLIGATORIO .....	149
<b>CAPÍTULO VII. POSICIONES Y RELACIONES JURÍDICAS: DE- RECHOS Y OBLIGACIONES .....</b>	<b>151</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	151
2. EL «DERECHO DE LAS OBLIGACIONES» .....	152
3. DE LOS DERECHOS EN GENERAL Y EN RELACIÓN CON LA CONDUCTA .....	155
4. LOS DERECHOS RESPECTO DE MODOS DE SER/ESTAR Y DE ESTADOS DE COSAS .....	168
<b>CAPÍTULO VIII. LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LAS COSAS: LA PROPIEDAD .....</b>	<b>173</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	173
2. LAS COSAS Y LOS DERECHOS A ELLAS .....	174
3. DERECHOS REALES.—ADQUISICIÓN Y TÍTULO .....	178
4. DERECHOS REALES.—SU CONTENIDO .....	180
5. ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	187
6. FRACCIONANDO LA PROPIEDAD: EL <i>TRUST</i> .....	191
7. CONCLUSIÓN .....	194
<b>CAPÍTULO IX. POTESTADES JURÍDICAS Y VALIDEZ .....</b>	<b>197</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	197
2. EL DERECHO COMO HABILITADOR .....	199
3. VALIDEZ .....	206
4. DERROTABILIDAD .....	209
5. INMUNIDAD .....	213
<b>TERCERA PARTE</b>	
<b>DERECHO, ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL</b>	
<b>CAPÍTULO X. EL DERECHO PÚBLICO Y LAS POTESTADES: EL DERECHO Y LA POLÍTICA .....</b>	<b>219</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	219
2. POTESTADES PÚBLICAS .....	220
3. DIFERENCIANDO EL DERECHO PÚBLICO .....	224

	<u>Pág.</u>
4. EL DERECHO PÚBLICO Y LA POLÍTICA .....	226
5. EL VALOR POLÍTICO DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.....	231
6. ¿PODER POLÍTICO POR SOBRE EL DERECHO?.....	233
<b>CAPÍTULO XI. LÍMITES AL PODER: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</b> .....	<b>237</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	237
2. DERECHOS COMO LÍMITES POSIBLES AL GOBIERNO .....	241
3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS.....	247
4. PROBLEMAS SOBRE LOS DERECHOS: ¿QUIÉN HA DE JUZGAR?.....	254
<b>CAPÍTULO XII. DERECHO PENAL Y SOCIEDAD CIVIL: DERECHO Y MORAL</b> .....	<b>259</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	259
2. ILÍCITOS Y DELITOS .....	261
3. MORALISMO LEGAL .....	269
4. LOS DELITOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	273
5. CONCLUSIÓN .....	276
<b>CAPÍTULO XIII. EL DERECHO PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL: DERECHO Y ECONOMÍA</b> .....	<b>277</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	277
2. DERECHO PRIVADO Y VIDA PRIVADA .....	278
3. DERECHO PRIVADO Y COMERCIO .....	279
4. DERECHO PRIVADO Y ECONOMÍA.....	281
5. LA PROPIEDAD Y LAS OBLIGACIONES: EL ANÁLISIS INSTITUCIONAL.....	285
6. DERECHO, ECONOMÍA E INFORMACIÓN .....	291
7. CONCLUSIÓN .....	296
<b>CUARTA PARTE</b>	
<b>DERECHO, MORAL Y METODOLOGÍA</b>	
<b>CAPÍTULO XIV. DERECHO POSITIVO Y AUTONOMÍA MORAL</b> ..	<b>301</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	301
2. EXPLICANDO EL CARÁCTER POSITIVO DEL DERECHO .....	302
3. CONTROVERSIAS MORALES Y DECISIONES JURÍDICAS .....	305
4. LA AUTONOMÍA MORAL .....	308

	<u>Pág.</u>
5. EL DERECHO: INSTITUCIONALIDAD, AUTORIDAD Y HETERONOMÍA.....	312
6. REDUCIENDO EL CONTRASTE: HETERONOMÍA RELATIVA DEL DERECHO .....	318
7. CUESTIONANDO EL CONTRASTE: ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO .....	320
<b>CAPÍTULO XV. SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA.....</b>	<b>325</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	325
2. LIBERTAD CIVIL Y MORAL CRÍTICA .....	327
3. RELIGIÓN, LIBERTAD Y DERECHO .....	330
4. EL DERECHO, LA JUSTICIA Y LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	335
5. EL DERECHO Y SU PRETENSIÓN IMPLÍCITA DE JUSTICIA....	339
6. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE «POSITIVISMO» Y «DERECHO NATURAL».....	343
<b>CAPÍTULO XVI. DERECHO Y VALORES: REFLEXIONES SOBRE MÉTODO.....</b>	<b>347</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	347
2. DEFINICIÓN, CONVENCIONALISMO Y EL «AGUIJÓN SEMÁNTICO» .....	348
3. EXPLICACIÓN ANALÍTICA Y PLURALISMO JURÍDICO .....	352
4. CONOCIMIENTO JURÍDICO Y HECHOS INSTITUCIONALES....	357
5. DERECHO, ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL.—«SIGNIFICADO FOCAL» E «INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA» .....	362
6. OTRA VEZ.—«MIND THE GAP!» .....	367
7. ¿UN FÁCIL ECLECTICISMO? .....	372
8. CONCLUSIONES FINALES .....	374
9. CODA.....	375
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>377</b>



## PREFACIO

Este libro presenta mi versión de la teoría institucional del derecho. Esta teoría ha ido tomando forma desde mi conferencia inaugural de 1973, «El derecho como hecho institucional». Muchas de las ideas contenidas en ella han sido expuestas en una forma más tentativa o preliminar en otros artículos y libros, y en conferencias durante los últimos treinta y cinco años. La teoría ha evolucionado más allá de las convicciones características del positivismo jurídico que yo suscribía en 1973. En respuesta a los debates de esas décadas, mi posición ha cambiado hacia una de tipo pospositivista. El derecho como orden normativo institucional depende, por cierto, de costumbres humanas y de decisiones dotadas de autoridad y, en este sentido, es un fenómeno «puesto» o «positivo». Como tal, es conceptualmente distinto de la moral, de acuerdo a cualquier teoría de la moral en la que el agente moral autónomo juegue un rol central en la determinación de las obligaciones morales. Esta diferenciación no implica, sin embargo, que no existan límites morales respecto de lo que es conceptualmente razonable reconocer como «derecho» en el sentido de «orden normativo institucional». Existen tales límites. En el extremo la injusticia es incompatible con el derecho.

Dos grandes pensadores, Hans Kelsen y H. L. A. Hart, dominaron la teoría del derecho durante el siglo xx. Su obra, más que la de cualquiera de sus contemporáneos, fue para mí el modelo de lo que alguien que se dedica a la teoría del derecho debería tratar de hacer. Pero ninguno, a pesar de toda su genialidad, fue completamente exitoso en el intento. La *Teoría pura del derecho*, de Kelsen y *El Concepto de Derecho*, de Hart han sido objeto de una expresiva crítica. Aunque su lugar en la historia es indiscutible, ha quedado y quedará todavía mucho trabajo por hacer.

Para ese trabajo sigue siendo necesario enfrentar las cuestiones de la teoría general del derecho usando una aproximación fundada en el análisis filosófico. Quien quiera seguir a estos grandes pensadores debe, no obstante, prestar atención a cuestiones que ellos no habrían podido ni querido examinar de cerca. Una perspectiva filosófica completa sobre aquello que caracteriza al derecho y a los sistemas jurídicos, debe tomar adecuadamente en cuenta el reciente gran desarrollo de la sociología del derecho y otros estudios científico-sociales sobre el derecho y las instituciones jurídicas. Estos estudios no resuelven las cuestiones filosóficas, pero ciertamente ayudan a articularlas.

Si este libro cumple la tarea que me he propuesto al escribirlo, mejorará sustancialmente la comprensión de sus lectores sobre el derecho. Espero lograr esto para estudiantes, abogados en práctica y académicos, y filósofos y científicos sociales interesados en el derecho como elemento fundamental de la existencia social humana. He escrito este libro en Escocia, teniendo en mente la inspiración que puede ser obtenida a partir de los grandes escritores de nuestra Ilustración. Como su obra, ésta debe ser accesible e interesante también para el ciudadano reflexivo, de cualquier profesión o ninguna, para quien el lugar del derecho en la vida humana sea una materia de interés e importancia.

Mi tarea, así descrita, resulta intimidante. Tan transparente alta autovaloración me expone a un merecido descrédito si el trabajo «nace muerto desde la imprenta». Sea de ello lo que fuere, y sean cuales sean los errores que hayan quedado, éstos habrían sido muchos más si no fuera por la gran ayuda de mis colegas. Agradezco profundamente a Garrett BARDEN por una penetrante pero amigable lectura crítica de todo el texto de una versión casi final, y a Sundram SOOSAY, un extraordinario investigador asociado, cuyas agudas sugerencias permitieron incontables mejoras. Sin el respaldo y la ayuda de Flora MACCORMICK, simplemente no me hubiera sido posible terminar el trabajo. Partes del borrador fueron leídas por Emiliós CHRISTODOULIDIS, Wojciech SADURSKI, Victor TADROS, Gillian BLACK, y Zenon BAŃKOWSKI. John CAIRNS, Hector MACQUEEN, y Burkhard SCHÄFER me ayudaron con muchas referencias. En una etapa inicial del proyecto, William TWINING leyó los capítulos I y II antes de su publicación en una versión anterior. Durante 2005 fui *Freehills Visitor* en la Universidad de Nueva Gales del Sur, y la crítica que recibí de Martín KRYGIER, Kevin WALTON, y el decano Leon TRAKMAN y sus colegas, con ocasión de la exposición de los capítulos I y II en un seminario, me fue de gran ayuda. Estoy también muy agradecido con el estudio Freehills de Sydney por su apoyo a mi visita, que me permitió discutir algunas ideas sobre propiedad intelectual en un seminario. Una conferencia para la Australian Legal Philosophy Students Association organizada por Max DEL MAR en Brisbane, me dio una oportunidad para darle al capítulo IV

al menos una forma preliminar. Como *Predrick Lecturer* en la Universidad Estatal de Arizona, bajo la hospitalidad de Jim WEINSTEIN, Jim NICKEL y la decana Patricia WHITE, recibí gran ayuda de los miembros de un seminario de facultad para dar mejor forma al capítulo XVI. En el momento inicial del desarrollo de varias partes del texto, adquirí deudas especialmente con Joe THOMPSON, T. B. SMITH, Nils JAREBORG, Zenon BAŃKOWSKI, Joseph RAZ, Robert ALEXY, Heike JUNG, Jes BJARUP, y Stuart MIDGLEY. Varias visitas a la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin, especialmente una durante 1998, me han dado la oportunidad para avanzar en importantes puntos, y de aprender mucho de Bill POWERS, Sandy LEVINSON, Brian LEITER y otros. Mis colegas y estudiantes durante muchos años han sido fuentes de inspiración demasiado numerosas para nombrarlas, pero no serán olvidadas como acreedores de mi deber de gratitud. He tratado de asegurar que mis notas al texto principal reconozcan las deudas intelectuales en todos los casos en que soy consciente de ellas.

Éste es el tercer volumen en aparecer del cuarteto sobre *Derecho, Estado y Razón Práctica*, pero debe ser considerado como el primero temáticamente, dado el carácter fundacional que tiene para los otros. El proyecto completo ha recibido el apoyo excepcionalmente generoso de Leverhulme Trust, que me concedió una cátedra personal de investigación en 1997-1999, y me permitió continuarla desde el año 2004, luego de un período de ausencia como miembro del Parlamento Europeo. No puedo expresar suficientemente mi aprecio por su apoyo, pero espero que el trabajo que he producido lo merezca. El volumen final de la serie, sobre razonamiento práctico en la moral y el derecho, está en sus etapas iniciales.



## INTRODUCCIÓN

*Instituciones del derecho* es una exposición de la teoría institucional del derecho. Esta teoría pretende desarrollar una mejor comprensión del derecho que la que ofrecen otras teorías del derecho contemporáneas. Su punto de partida es una definición del derecho: el derecho es un orden normativo institucional. Éste no es un ejercicio de semántica convencional que intente capturar el sentido convencional del término «derecho» tal como es usado por hablantes competentes. Es lo que puede llamarse más bien una «definición explicativa», pues explicar los elementos de la definición es explicar aspectos significativos de lo que reconocen actualmente como derecho todos los hablantes competentes. (Esto es, reconocen como «derecho» en un importante sentido del término. Existen otros sentidos del término que esta definición no considera, pero esto se hará notar en su debido momento)\*.

Al explicar los elementos de la definición, es necesario, en primer lugar, aclarar «normas» y luego proseguir con la explicación de «orden normativo». Finalmente, con la discusión de la institucionalización del orden normativo, puede llegar a comprenderse la frase definitoria «orden normativo institucional» en su conjunto. Al comienzo, al discutir las normas, se adoptará primariamente la perspectiva del «usuario de las normas», no la

---

\* *N. de los T.*: La expresión inglesa «law» que aquí aparece traducida como «derecho», tiene otros sentidos —a los que aquí el autor hace referencia— que no se corresponden con los otros sentidos del término español «derecho». En consecuencia, otros sentidos de la expresión inglesa «law» serán traducidos, si el contexto lo exige, con otras expresiones españolas, utilizando especialmente la expresión «ley». En los casos en que el texto otorgue especial énfasis al contraste entre estos diversos sentidos del término y se traduzca «law» usando una expresión española diversa a «derecho», esto se indicará poniendo la expresión inglesa «law» entre corchetes junto a la expresión castellana que se ofrece como traducción.

del «creador de las normas». Uno de los aspectos fundamentales de nuestra naturaleza es, precisamente, que nosotros, seres humanos, somos «usuarios de normas», pues es inherente a lo más elemental de la esencia de lo humano: nuestra capacidad para hablar entre nosotros y comunicarnos por escrito y por otros medios, para participar en la comunicación lingüística en cualquiera de sus formas. Los lenguajes tienen una estructura — gramática, sintaxis y semántica — que depende de normas altamente complejas que no fueron creadas conscientemente por nadie. Su complejidad es tan desafiante que los expertos en gramática y lingüística aún luchan por expresar clara y comprensivamente (o reconstruir racionalmente) las normas implícitas en cada uno de los numerosos lenguajes naturales del mundo.

El caso de la práctica de «hacer cola», que es el tema del primer capítulo, nos provee de un ejemplo mucho más simple de normas, que la mayoría de nosotros usamos todos los días sin detenernos a pensar en ello. Un tipo de ordenación que algunas veces podemos observar en el comportamiento humano se presenta cuando las personas siguen normas comunes de comportamiento: nos ponemos en línea uno tras otro para esperar el autobús y, cuando llega, nos subimos en orden, sin empujar o pasar por encima de otros (¡aunque no siempre!). Es a esta clase de orden u ordenación lo que llamo «orden normativo».

Puede suceder que ordenaciones de esta clase dependan de algún tipo de arreglos previos. La estación principal de trenes de Edimburgo, por ejemplo, tiene un sistema de reserva anticipada que requiere que quienes quieran comprar un billete de tren, tomen de un dispensador un papel numerado. A continuación, el comprador espera en un área cerca de la boletería o, si la fila es larga, va por un café y luego vuelve. Los números son llamados electrónicamente en secuencia y, cuando se anuncia el número que un comprador tiene, va al mesón disponible y hace su reserva.

Esto envuelve la «institucionalización» de la práctica de hacer cola en este contexto particular (como será discutido con más detalle en el capítulo II). Pues no tenemos solamente usuarios de normas, sino que también creadores de normas, que regulan cómo se forma la serie numerada de posiciones y cómo el personal trata a los compradores según ello. Hay también implementadores de normas, los cajeros de la taquilla y el encargado del local que velan porque las normas sean implementadas ordenadamente y tal como fueron establecidas. Esto explica cómo un «orden normativo» toma la forma especial de un «orden normativo institucionalizado». «Reglas» es un útil término técnico por medio del cual se hace referencia a normas así dadas y aplicadas por personas que detentan algún tipo de autoridad.

De un modo más ambicioso, la estructura constitucional del Estado moderno, en toda su variedad de manifestaciones, puede ser entendida como

un caso especialmente complejo de «institucionalización» en este sentido. El capítulo III explora este tema con cierto detalle, discutiendo el carácter de los Estados y las constituciones, y materias relacionadas como la separación de poderes. La institucionalización misma de reglas y de su aplicación, sin embargo, crea un amplio espacio tanto para controversias sobre su interpretación, como para el escepticismo respecto de si las reglas oficiales dan cuenta realmente del modo en que la gente se conduce en la vida real. La cuestión de la posible brecha entre el derecho tal como es establecido y el derecho tal como es realizado, es el tema del capítulo IV.

El análisis de la definición explicativa «el derecho es un orden normativo institucional», es el objeto de la parte primera del libro. El derecho, tomado en este sentido, es obviamente una característica central de todo Estado en tanto tal y, en particular, de todo Estado constitucional o Estado de derecho. El derecho estatal es para mucha gente, especialmente para la mayoría de los que ejercen una profesión jurídica o son estudiantes de derecho, el derecho que más importa. Pero no es la única clase de derecho. Organizaciones deportivas internacionales, confederaciones como la Unión Europea, entidades interestatales basadas en tratados como el Consejo de Europa o la OTAN, y muchas otras, también exhiben un orden normativo institucional a su propio modo. Así lo hacen además iglesias y varios tipos de organizaciones religiosas y de beneficencia. Del mismo modo lo hace la comunidad internacional como tal, al menos desde el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (cuyo estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la Liga de las Naciones en 1920), y todavía más desde la fundación de las Naciones Unidas, la firma de la Carta de la ONU y el establecimiento de la Corte Internacional de Justicia.

Los términos «derecho» y «ley», por supuesto, también son usados frecuentemente en un sentido más amplio, incluyendo formas no institucionalizadas de orden, tales como en «la ley moral» o «derecho consuetudinario», e incluso formas no normativas de orden, como en «las leyes del movimiento» o en «leyes de la termodinámica». No pretendo ningún tipo de imperialismo sobre estos otros casos o usos de los términos «derecho» o «ley», con los cuales pueden operar sin problemas la mayoría de las personas en su discurso ordinario y sus conversaciones. Pero no creo necesario justificarme por dar prioridad a la exposición de una teoría sobre el derecho y la ley en sus contextos estatal y cuasiestatal. Este ha sido el principal objeto de mi trabajo, como no podría ser de otra manera, en los treintaicinco años que he sido *Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations* en la Universidad de Edimburgo.

En la parte segunda del libro, la atención se vuelve hacia los tipos de relaciones que el derecho constituye y regula. El derecho regula, dicho con

una frase muy antigua, «personas, cosas y acciones» ¿Qué es constituido por el derecho como persona? ¿Y cómo esto nos permite interpretar el atributo de la «personalidad» en esa configuración jurídica? ¿Cómo el derecho regula la acción y la actividad a través de conceptos como «ilícito» («infracción», «crimen», «delito», etc.) y «deber»? ¿A qué tipo de relaciones entre personas — «obligaciones», «derechos», «libertades», «potestades», «inmunidades», por ejemplo — da lugar? ¿Y cómo regula las relaciones entre personas y cosas — derechos de uso, de propiedad y otros relacionados — en una palabra, «la propiedad»?

Mucho se ha escrito y se sigue escribiendo, sobre los derechos subjetivos y conceptos relacionados pero, sorprendentemente, pocos intentan integrarlos con una explicación teórica del derecho que le dé apoyo y fundamento. El contexto jurídico, sin embargo, no debe darse por supuesto. Una virtud particular de la segunda parte es la de contextualizar apropiadamente los derechos como relaciones o posiciones que surgen en un orden normativo institucional y que son apreciadas a través de la interpretación de situaciones específicas leídas a la luz de reglas generales y principios.

No es suficiente contextualizar las relaciones jurídicas en una elucidación teóricamente satisfactoria del carácter del derecho. Es necesario, además, incluir la consideración del derecho en su contexto, dentro del Estado y de la sociedad civil, para los que es un elemento constitutivo esencial. Esta es la tarea de la tercera parte. Partiendo desde la consideración de cierto modo abstracta de las potestades jurídicas con la que concluye la parte precedente, el capítulo X discute las potestades en el derecho público, y lo distintivo de éstas frente a las privadas. Esto lleva a discutir la interrelación entre derecho público y política. Es importante mantener la distinción entre política y derecho público, pero no por vías que ignoren o subestimen su crucial interacción mutua. Esto está íntimamente vinculado con la mantención del Estado como Estado de derecho («Estado de derecho» es usado aquí para referirse al Estado-bajo-el-derecho, o al Estado constitucional, en el cual el ejercicio del poder está sujeto a limitaciones constitucionales efectivas y al *rule of law*; es equivalente al término alemán «*Rechtsstaat*»)<sup>1</sup>.

Un problema crítico, desde el surgimiento de los Estados en su forma moderna, ha sido el resguardo frente a los excesos y los abusos del poder público asegurando, sin embargo, que las autoridades de gobierno detenten los poderes necesarios para el cumplimiento de las funciones que le son propias. Una de las bases para la solución de este problema han sido los derechos constitucionalmente garantizados lo que, desde 1945, ha sido respaldado cada vez más a través de garantías internacionales de derechos «hu-

<sup>1</sup> Véase también MACCORMICK, 1999: 9-11.

manos» o «fundamentales» y, por cierto, su institucionalización en variadas formas. Éste es el tópico del capítulo XI.

Los Estados pueden ser, aunque no siempre han sido, escenarios para el desarrollo de la «sociedad civil», en la que existen relaciones de civilidad entre extraños que descansan en una forma impersonal de confianza. Los individuos en la sociedad civil, incluso cuando son extraños, no ven a los otros como amenazas potenciales para su seguridad personal o para la seguridad de sus bienes. Lamentablemente, esa expectativa puede ser frustrada, a veces demasiado fácilmente. El derecho, sin embargo, y en particular un sistema jurídico penal aplicado imparcialmente a través de un sistema procesal penal satisfactorio, es un respaldo esencial de la civilidad, o paz social, en este sentido. El capítulo XII examina el rol del derecho penal bajo esta luz. El capítulo XIII presta atención, finalmente, a la interrelación entre derecho y economía, centrado en las reglas e instituciones del derecho privado. Esto presupone nuevamente un alto grado de civilidad en la sociedad civil, de modo tal que las instituciones de la propiedad privada, el contrato y los demás elementos complementarios de una economía de mercado puedan desarrollarse.

La cuarta parte, por último, trata de ciertas cuestiones conceptuales fundamentales sobre el derecho y la moral, y sobre el método de la teoría del derecho. Parte importante de la discusión sobre «el derecho y la moral» asume formas de realismo o de relativismo moral insuficientemente examinadas. En lo que hay que insistir claramente es que toda cuestión sobre la vinculación conceptual u otras relaciones que existan entre el derecho y la moral (o, si se quiere, entre el «derecho estatal» y la «ley moral») es tanto una cuestión sobre la verdadera naturaleza de la moral como sobre la verdadera naturaleza del derecho. Una forma de ver la obligación y la experiencia moral enfatiza su naturaleza esencialmente no institucional. Los agentes morales son individuos autónomos que se autodeterminan, cuyos compromisos morales derivan de su propia apreciación discursiva de las exigencias de una vida buena y decentemente vivida junto a otros agentes morales autónomos en una comunidad humana. Para quien tiene esta concepción, no existen autoridades morales ni reglas o relaciones morales institucionalizadas. En ese caso, como la presente teoría define al derecho por su carácter institucionalizado, existe una profunda distinción conceptual entre derecho y moral. Ambos envuelven un orden normativo, pero ésta concierne a uno sostenido por individuos autónomos, aquél a uno institucionalizado, mantenido por el Estado y sus autoridades. El capítulo XIV desarrolla esta concepción.

El capítulo XV reconoce, sin embargo, que hacer esta distinción deja abierta la cuestión de si hay un elemento moral esencial al derecho. La solu-

ción que se propone es que es esencial algún nivel mínimo de justicia. Reconocer como derecho prácticas, reglas u ordenanzas que cualquier agente autónomo calificaría razonablemente como graves injusticias, no es exigido por la naturaleza de un orden normativo institucional. No es problemático aceptar como un límite a la validez de las normas jurídicas alguna exigencia mínima que excluya injusticias graves. En el mundo contemporáneo, estos límites han sido institucionalizados en parte a través de las convenciones de derechos humanos discutidas en el capítulo XI. Esta conclusión exige reconocer que la teoría institucional del derecho en su forma actual, a pesar de que fue originalmente desarrollada dentro de la escuela de pensamiento conocida como «positivismo jurídico», no es ahora una teoría «positivista». Sea o no que uno elija calificarla como parte de la tradición del «derecho natural», esta teoría es ciertamente pospositivista.

Éste es, en sus líneas generales, el tipo de explicación filosófica del derecho que se presenta en este libro. Enfrenta el hecho de que el derecho constituye un tema enorme y complejo. En el mundo contemporáneo, bajo la globalización y otros cambios de nuestra era, se desarrolla adquiriendo aún más complejidad. Nadie puede pretender ser un experto en más que una pequeña parte de él y, sin embargo, ninguna parte es comprensible completamente sin tener una noción de su posición en el todo mayor del que es parte. Ésta es la razón por la que se necesita una imagen de conjunto que explique los elementos fundamentales y cómo se articulan. La pretensión de este trabajo es ofrecer tal imagen de conjunto; contribuyendo así a lo que a veces se llama «teoría general del derecho».

Una explicación de este tipo supone una aproximación analítica al objeto investigado. El análisis asume que un todo mayor y complejo está constituido de elementos más simples, y que una explicación de estos elementos y del modo en que interactúan es necesaria para entenderlo. El análisis por sí solo es, sin embargo, insuficiente. La síntesis es su complemento necesario. Cada parte sólo puede entenderse plenamente como un elemento del todo y el todo como tal afecta, por tanto, la naturaleza de sus elementos. Quien busca explicar algo analíticamente puede partir identificando sus elementos y las relaciones entre ellos. Para que esta tarea sea exitosa, sin embargo, debe haber trabajado ya con una visión del todo, y haberla usado para reevaluar la naturaleza de las partes. Hay una interacción nunca del todo final entre la reconstrucción del todo como un compuesto de sus elementos y los elementos como partes derivadas de un todo.

¿Cómo deben emprenderse las tareas del análisis y la síntesis en el caso de un tema como el derecho? Nos ocupamos con elementos de la conciencia e interacción humana, pues, como se ha anotado, nos referimos a normas y a lo normativo considerándolos inicialmente desde la perspectiva del usua-

rio. El objeto estudiado no consiste o no dice relación primariamente con procesos físicos o psicológicos, sino que pertenece a la esfera de acción e interacción humana significativa. Esto implica que debemos considerar el objeto como algo esencialmente dotado de sentido. Para comprender algo que está dotado de sentido es necesario interpretarlo, por lo que el tipo de aproximación analítica que aquí se presenta es también «hermenéutica» o «interpretativa». El objetivo es explicar qué le otorga sentido y cómo sus sentidos son construidos y, para hacer esto, el punto de vista adoptado es el de un observador informado.

Son inherentes al derecho las actividades de primera línea como la creación y la aplicación del derecho, la representación en juicio, la asesoría jurídica, la planificación y realización de acciones, y las de segunda línea como la observación de estas actividades desde el marco de la práctica tomada como un todo. El estudiante o académico del derecho, que actúa en segunda línea al exponer teórica o dogmáticamente el derecho mantiene, a diferencia del actor de primera línea, una cierta desvinculación [*detachment*]. Por otra parte, estos actores de segunda línea tienen un nivel de compromiso relativamente alto en comparación con los observadores puramente externos. Estos últimos (por ejemplo) toman todo el corpus de actividad jurídica, incluyendo la producción de los académicos y filósofos del derecho, como un objeto de investigación a ser estudiado desde el punto de vista de las cuestiones sociológicas o antropológicas, o de la economía o ciencia política.

Este libro es parte de la rama del pensamiento humano que busca elucidar y exponer las bases del orden normativo, a través de una explicación racionalmente estructurada del «sistema», que aparece como un cuerpo de normas de conducta humana. Esto es llamado algunas veces «ciencia jurídica» y otras «dogmática jurídica» o «derecho de los juristas». Uno de sus objetivos es lograr una explicación filosófica satisfactoria de los supuestos que subyacen a tales estudios ¿Qué debe darse por supuesto si ha de mantenerse la pretensión de la dogmática jurídica de ostentar cierto tipo de estatus científico? Esta cuestión exige tratar de determinar las condiciones que hacen posible la pretensión de la ciencia jurídica de constituir un cuerpo de conocimiento genuino y significativo, cuyo valor justifica su desarrollo en instituciones superiores de enseñanza e investigación como nuestras grandes universidades. Mirado desde el punto de vista del estudiante, se trata de responder a la pregunta por el orden y estructura que puede encontrarse en esa maraña de materiales que se le aparece como «derecho».

En cualquier caso, la presente tarea asume la perspectiva de un observador interno más que la de un actor. Esto contrasta con otras aproximaciones teóricas que proponen, por ejemplo, el punto de vista del «*Iudex*», un juez representativo de la corte estatal superior, para obtener una perspectiva y

comprensión especialmente rica del derecho<sup>2</sup>. A diferencia de tales trabajos éste adopta, abiertamente, la perspectiva del profesor. No hay razón alguna para dudar que la sistematización del derecho, hasta donde ésta ha llegado, ha sido más un logro de la ciencia jurídica que de la práctica jurídica. No se quiere con esto negar que personas ocupando la posición de «*Iudex*» de acuerdo con Ross, u otras similares, se han destacado en el desarrollo de una reconstrucción racional y «científica» del derecho. Tampoco debe negarse la especial autoridad de las reconstrucciones e interpretaciones judiciales en el desarrollo de la doctrina jurídica en las comunidades políticas contemporáneas que viven bajo el derecho.

A pesar de todo, el rol del expositor es distinto del rol de un juez. En su sentido más elemental, la tarea del juez es decidir controversias aplicando el derecho en conformidad con lo que se representa como su interpretación adecuada. Es propio del juez como tal aventurarse en una exposición del derecho sólo cuando esa tarea lo exige. En muchas tradiciones jurídicas, los jueces han tenido también una distinguida participación como académicos del derecho y autores de influentes escritos doctrinarios, tanto más influyentes, por cierto, en la medida en que su experiencia y prestigio respaldaban su trabajo expositivo.

Puede discutirse si un estudio analítico-interpretativo como éste es de algún valor. En vez de entrar ahora en este debate, es preferible presentar primero una explicación del derecho de acuerdo a la teoría institucional y dejar que los lectores juzguen por sí mismos si la encuentran iluminadora para sus fines, cualquiera que éstos sean. En el capítulo final, y no aquí en la partida, se discuten los supuestos de método jurídico y teoría del conocimiento de cualquier intento de construir una explicación del derecho como la que aquí se propone. La prueba más importante de cualquier método de investigación es, sin embargo, la calidad de los resultados obtenidos. La discusión metodológica tiene su importancia propia, pero sólo en relación con métodos que generan descubrimientos interesantes y significativos. Le corresponde al lector juzgar si los ha encontrado en este libro.

---

<sup>2</sup> Ross, 2001. Ross advierte que es necesario declarar el punto de vista desde el que uno se aproxima a la teoría del derecho, y enfatiza los aspectos relacionales y sociales del derecho estatal en las sociedades contemporáneas, en particular, la conexión entre las relaciones de socioeconómicas de poder y las relaciones jurídicas.

PRIMERA PARTE  
NORMA, INSTITUCIÓN Y ORDEN



# CAPÍTULO I

## ORDEN NORMATIVO

### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho es un orden normativo institucional y el derecho del Estado contemporáneo es una forma de derecho. Existen otras, como el derecho internacional, el derecho de nuevas formas político-jurídicas emergentes como la Unión Europea, el derecho canónico, el derecho musulmán [*shari'a law*], el derecho de organizaciones deportivas y los deportes que ellas regulan y, sin duda, muchas otras. Todas tienen en común la pretensión de ordenar (en el sentido de «ordenación», no de «mandato»). Un elaborado conjunto de patrones de comportamiento es visto como «vinculante» para todas las personas en el ámbito ordenado y el orden emerge entre quienes son sus destinatarios en la medida en que son capaces de ajustar su comportamiento a los patrones estipulados. Como es obvio, la posibilidad de que surja un orden a partir de la conformidad con tales patrones depende de que el conjunto de patrones alcance a ser una totalidad racionalmente inteligible. A la aspiración al orden, por tanto, subyace el postulado de que los patrones de comportamiento o «normas» respectivas tienen una cualidad sistemática.

### 2. HECHOS INSTITUCIONALES

El mundo de los seres humanos es uno que incluye no sólo realidades y hechos puramente físicos, sino también hechos institucionales. A modo

de una definición preliminar, éstos son hechos que dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo. Tengo en mi mano una pieza de plástico colorida y brillante que tiene unas marcas peculiares. Esto es una tarjeta de crédito. Uso en mi muñeca un disco sujeto con una correa, que tiene por un lado una superficie transparente tras la que son visibles marcas simétricamente distribuidas circundando el perímetro de una superficie blanca. Esto es un reloj. Tengo en mi bolsillo discos metálicos que tienen la efigie de un rostro humano en uno de sus lados. Los discos difieren en tamaño y color, y tienen marcas distintas. Son monedas y las uso para comprar periódicos y otras cosas.

Estamos tratando aquí con realidades sociales que son «institucionales» de principio a fin. Esto puede verificarse usando la definición provisional dada arriba y reflexionando sobre qué otra información necesitamos además de los hechos físicos, para poder apreciar el plástico como una tarjeta de crédito, el objeto de pulsera como un reloj, las piezas de metal como moneda circulante. En cada caso, es presupuesto un cuerpo formidable de reglas relacionadas con los créditos de consumo, estándares de medida del tiempo, o la definición de dinero y medios legales de pago en el contexto de los contratos y deudas. Sin esto, el objeto físico no tendría o perdería su significado actual. Lo que hace que estos objetos tengan el significado que tienen es su interpretación y su uso a la luz de las reglas relevantes. Esto nos lleva de algún modo a la idea preliminar de que los «hechos institucionales» son elementos omnipresentes e inherentes de la realidad social. Se trata de una idea que ha tenido un poderoso impacto desde que nació con la obra de Elizabeth ANSCOMBE y John SEARLE, el último de los cuales, en particular, ha hecho amplias contribuciones en la elucidación de los conceptos subyacentes a través de los años<sup>1</sup>.

Para quienes están interesados en el derecho en el sentido del derecho de un Estado contemporáneo, el «derecho positivo nacional», la idea de hechos institucionales se vincula fácilmente con la idea de que un elemento importante en tal derecho es la existencia de «instituciones» como el contrato, la propiedad, el matrimonio, el *trust*, las fundaciones (*Stiftung*) y similares. También se conecta con la idea de que el derecho es «institucional» en el sentido de que es administrado a través de «instituciones» como los tribunales, las legislaturas, el ministerio público, las fuerzas policiales y otras del mismo tipo. Reflexiones sobre estas ideas iluminan muchas cuestiones que han preocupado al pensamiento jurídico por siglos. Importantes expli-

<sup>1</sup> ANSCOMBE, 1958: 69-72; SEARLE, 1969; el trabajo de SEARLE continúa en SEARLE, 1979; SEARLE y VANDERVEKEN, 1985 y SEARLE, 1995.

caciones teórico-jurídicas del carácter institucional del derecho pueden encontrarse en los trabajos de Ota WEINBERGER<sup>2</sup> (con quien he colaborado en el intento de formular un trabajo introductorio para una «teoría institucional del derecho»)<sup>3</sup>, Dick RUTTER, Joxerramon BENGOTXEA, Eerik LAGERSPETZ y Massimo LA TORRE<sup>4</sup>.

Otro uso jurídico del término «institución» debe mencionarse aquí, aunque sea sólo para advertir su relevancia para lo que sigue. Este uso deriva de la palabra *institutio* que en el latín clásico hacía referencia a un libro de texto. Aparece esta palabra en el título de dos de los más famosos textos jurídicos de la historia, las *Instituciones* (o, a veces, *Institutas*) de Gayo y Justiniano respectivamente<sup>5</sup>. Estos dos libros, el primero especialmente a través de su influencia en la forma y contenido del segundo, dominaron por siglos el pensamiento jurídico. Ellos dieron lugar a imitaciones en la forma de «Instituciones» de derecho nacional producidas por autores sistematizadores de la doctrina jurídica, especialmente en los siglos XVII y XVIII cuando el surgimiento del Estado moderno condujo a la formulación de exposiciones sistemáticas del derecho de tal o cual país<sup>6</sup>.

Este sentido de «institución» como «libro de texto» es claramente diferente de los sentidos precisados más arriba (excepto, por cierto, en la medida en que las prácticas de enseñanza y las normas que ellas envuelven, puedan dar lugar al surgimiento de las tradiciones de libros de texto<sup>7</sup> en la enseñanza y práctica jurídicas, como en otras disciplinas). Pero, por un inesperado vuelco del destino, a algunos distinguidos escritores de la temprana modernidad se les atribuyó una especial autoridad en algunos sistemas jurídicos, de modo tal que sus escritos fueron considerados una «fuente del derecho» subordinada, junto a la legislación y la jurisprudencia de los tribunales si bien con una autoridad más débil. La idea de un «escritor institucional», por tanto, se ha vuelto parte de las instituciones del derecho en un sentido más fuerte que el comprendido en el mero uso y popularidad (o la falta de ella) de los libros de texto en el programa curricular y las prácticas de enseñanza de las escuelas de derecho<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Véase, en particular, WEINBERGER, 1991.

<sup>3</sup> MACCORMICK y WEINBERGER, 1985; MACCORMICK y WEINBERGER, 1986; MACCORMICK y WEINBERGER, 1990; MACCORMICK y WEINBERGER, 1992.

<sup>4</sup> RUTTER, 1993; RUTTER, 2001; BENGOTXEA, 1993; LAGERSPETZ, 1995; LA TORRE, 1999; TAMANAHA, 2001: 136-146 sugiere que el carácter institucionalizado del derecho es un lugar común en la mayoría de los positivistas contemporáneos. Esto puede ser así, pero el desarrollo del punto vista ha sido una cuestión distinta.

<sup>5</sup> MOULS, 1912; BIRKS y McLEOD, 1987; ZULUETA, 1945.

<sup>6</sup> LUIG, 1972; CAIRNS, 2001.

<sup>7</sup> Para dos concepciones de la «tradición de los libros de texto» en la enseñanza jurídica, véase TWINING, 1970; SMITH, T. B., 1972-3; TWINING, 1972.

<sup>8</sup> WHITE, R., y WILLOCK, 2003: 135-138; cfr. PATON, G. W., 1964: 228-234.

En el intento de aclarar nuestra comprensión del derecho a través de la definición explicativa propuesta por la teoría institucional, es necesario clarificar tres nociones: la de lo «normativo», la de «orden» y la de «institucionalidad». El derecho pertenece al género «orden normativo» y, dentro de este género, a la especie particular «orden normativo institucionalizado»<sup>9</sup>. Permítasenos considerar, para aclarar esto, el caso ilustrativo de las «colas» o «filas» como las que las personas forman a veces en algún momento en un servicio o en algunas situaciones como en las paradas de autobús, o en los puestos de café, o un terminal de trasbordo. Es un ejemplo mundano y cotidiano, cuya familiaridad resulta útil para los propósitos de esa discusión.

### 3. LO NORMATIVO

El tener que pararse formando una fila, o «hacer cola», ya sea en la caja de un supermercado o en una parada de autobús, o al aproximarse a un cuello de botella en una autopista congestionada, o en incontables situaciones y configuraciones diferentes, es algo que sucede frecuentemente en la experiencia cotidiana de los seres humanos contemporáneos. Algunas veces sucede de un modo espontáneo sin intervención o dirección oficial, en otras sucede en formas más organizadas y dirigidas. La práctica de «hacer cola», o de pararse formando una fila, es evidentemente una materia de la experiencia común. En la medida en que cada persona «toma su turno» en una cola o fila, se produce un movimiento ordenado a través de la caja, o para subir a un tranvía o un autobús, hasta el límite de los lugares disponibles a bordo y luego en el próximo tranvía o autobús que llegue a la parada; o existe un paso ordenado de vehículos a través del cuello de botella. Individuos más débiles o menos fuertes no son apartados por la fuerza ni pasados por encima, hasta que no queda nadie que intente pasar o subir. Prácticamente desde el punto de vista de todos, un cierto tipo de equidad y eficiencia prevalece. Esto no tiene por qué funcionar perfectamente para que opere satisfactoriamente. Siempre puede haber alguien lo suficientemente desconsiderado o prepotente para saltarse la cola, o para acelerar y tomar el carril rápido para en el último momento tomar el carril lento y pasar por el cuello de botella, normalmente con éxito pues pone a los otros conductores en la alternativa de quedar con una fea abolladura en el coche o tolerar una conducta impropia.

---

<sup>9</sup> Sobre el «orden normativo institucional» explicado en otros dos contextos, véase MACCORMICK, 1999: cap. 1; MACCORMICK, 2005a: cap. 1. HART consideró, por el contrario, que los intentos de definir *per genus et differentiam* eran inadecuados en la teoría del derecho. HART, 1983a: 21-48, especialmente en 21-23 y véase, además, 4-6.

La mayoría de las personas reconoce que en ciertas ocasiones es correcto pasar al frente de la fila sin esperar el turno (si uno tiene una emergencia médica en casa y ha corrido al supermercado en busca de implementos urgentes; si uno está desesperado por llegar a tiempo a un examen; si uno es un doctor apurado por un paciente gravemente enfermo). Esto es distinto de la arbitraria autopreferencia de individuos que siempre o con frecuencia intentan colarse o saltarse la cola con meros pretextos o sin mediar justificación, aunque quizás pueda haber, por cierto, algunas personas que son completamente inmunes a lapsos de autopreferencia arbitraria. A pesar de la falta de una conformidad perfecta con la práctica, puede haber de hecho, como lo muestra la experiencia, una práctica satisfactoria e incluso un cierto tipo de institución sociomoral de hacer cola o esperar en fila. Existe, no obstante, un umbral mínimo de conformidad bajo el cual la práctica no es sustentable. Es literalmente imposible ser la única persona que «espera su turno» porque los «turnos» requieren una práctica coordinada de dos o más. Cuando una mayoría sustancial de competidores potenciales por una determinada oportunidad no reconoce los turnos, el que uno o unos pocos actúen como si la mayoría estuviera dispuesta a esperar sus turnos se convierte en un sacrificio sin sentido.

Tomar turnos o hacer colas es, por tanto, una práctica normativa. Pues ahí donde hay una cola para algo que uno quiere, uno debe tomar su turno en ella, y las personas que toman su turno en ella lo hacen porque en su opinión eso es lo que debe hacerse —es decir, lo que hay que hacer en el contexto dado—. Tal «deber» que sirve de guía para la acción indica la presencia de algún tipo de norma y el carácter normativo de las opiniones que las personas tienen en tales situaciones. Notablemente, tales prácticas normativas y opiniones normativas pueden existir y ser bastante viables, sin que haya una regla canónicamente formulada o formulable que cualquiera pueda citar como la regla sobre las colas. Las personas saben cómo hacer colas, y pueden dar ejemplos de casos que serían considerados como «saltarse la cola», a pesar de que nunca hayan articulado con exactitud cuál es la norma que rige. Esto no implica que no se pueda hacer explícita una norma implícita que sea apta para la situación o el caso tipo. Quizás el siguiente sea un intento razonable:

Cuando varias personas quieran utilizar un servicio u oportunidad que no pueda darse a todas ellas simultáneamente, cada una deberá tomar su lugar en fila tras quien haya llegado con anterioridad al lugar en que se ofrece el servicio u oportunidad y cada una puede exigir ir delante de quien quiera que haya llegado después, esperar que los otros respeten esto, y reaccionar críticamente hacia quienes se salten la fila, o incluso impedirlo.

Está al menos abierto a discusión si este enunciado general captura satisfactoriamente en forma abstracta la idea normativa de tomar turnos y puede ser reformulado en formas más concretas en relación con servicios u oportunidades específicos. Pero la viabilidad de la práctica evidentemente no depende de la exactitud de éste o cualquier otro intento particular de poner en términos explícitos una norma implícita de conducta para las colas.

Incluso si usted y yo tuviéramos una cuidadosa discusión, trabajáramos en mi formulación y la refináramos de modo que tuviéramos un enunciado sobre la regla que nos pareciera correcto y exacto a nosotros, nada garantiza que éste le parecería igualmente correcto a una tercera o cuarta persona, sin mencionar a todos quienes forman parte de esta fila o en todas las filas de las que alguien ha formado parte alguna vez. Esto revela una importante verdad: hacer colas es una actividad esencialmente interpersonal, socialmente situada, que está orientada por una opinión normativa común. Esta opinión común, sin embargo, no presupone ninguna prearticulación de la norma común única que esté en el corazón de la opinión normativa. Dondequiera que haya una cola, todos los involucrados tienen el propósito semejante de obtener un determinado servicio u oportunidad y reconocen que los otros quieren obtener la misma cosa al mismo tiempo. Si las personas efectivamente hacen cola, esto los ayuda a alcanzar sus fines superpuestos civilizadamente, sin caer en un conflicto abierto. Y tiene que haber un entendimiento mutuo al respecto y, por tanto, una opinión normativa común o superpuesta.

Hacer colas en consecuencia es, como muchos otros aspectos más importantes y determinantes de nuestra vida individual y colectiva, una de las prácticas que, siguiendo a Ronald DWORKIN, podríamos llamar «interpretativas» y el concepto de «cola» parece ser parte de la clase que él llama «conceptos interpretativos»<sup>10</sup>. Una característica típica en estos contextos consiste en que la práctica común no puede imputarse a priori a un entendimiento, articulación o explícita conceptualización idénticos. Pero pueden existir prácticas lo suficientemente compartidas como para generar un cierto grado de orden. Este mismo orden puede explicarse haciendo referencia a una norma implícita sobre las colas cuya comprensión articulada sería una cuestión abierta al debate interpretativo entre aquellos que la reconocen como una práctica esencialmente común o compartida y que tratan de participar rectamente en ella, satisfaciendo adecuadamente las expectativas recíprocas de los otros.

---

<sup>10</sup> DWORKIN, 1986: 46-86, especialmente 46-53.

#### 4. ORDEN NORMATIVO

Hacer cola o pararse en fila constituye además un ejemplo de «orden» en sentido material. La posición de las personas en una cola es ordenada, no aleatoria. El «orden» aquí no es sólo un patrón actual y predecible que puede ser estudiado «externamente» y descrito estadísticamente<sup>11</sup>. Es un «orden normativo» porque, o en la medida en que, puede ser explicado haciendo referencia al hecho de que los actores están usando como guía de conducta una opinión sobre lo que ellos y los otros deben hacer. Podemos explicar el orden externamente observable en un caso de este tipo, imputándoselo a acciones de individuos que tienen un cierto grado de entendimiento mutuo y expectativas recíprocas. El resultado es un tipo de acción común por entendimiento mutuo de los participantes. Cada uno actúa en el entendido (o bajo el supuesto, no necesariamente muy articulado) de que los otros están orientados por más o menos la misma opinión sobre lo que todos deben hacer. Esta opinión sobre lo que las personas deben hacer, dependiente de lo que Eerik LAGERSPETZ ha explicado como «creencias recíprocas», supone una norma implícita que puede ser explicitada del modo en que se propuso más arriba<sup>12</sup>.

Cualquier explicación de este tipo está, sin embargo, sujeta al *caveat* de que es una interpretación potencialmente discutible de la idea rectora. Existe un sentido común o compartido acerca de «lo que es correcto hacer», pero esto de ningún modo depende de la existencia de una regla oficialmente formulada que cada persona pueda recitar o aprenderse de memoria. Porque, desde luego, se trata de una práctica interpretativa en la que cada parte «lee» la situación como piensa que los otros la están leyendo, y se forma una opinión tomando en consideración la opinión que cree que tienen otros, si bien esto no es necesariamente algún tipo de deliberación reflexiva sobre la opinión de los otros.

Asumiendo, entonces, que la práctica de hacer colas es viable en un contexto dado a pesar de que no exista un acuerdo explícito sobre su sentido o la(s) norma(s) que la gobierna(n), parece razonable entender que debe existir una comunidad bastante profunda de ideas de fondo, o alguna idea rectora común, que hace la práctica inteligible. En el mundo contemporáneo

<sup>11</sup> Esta idea de una observación «externa» del comportamiento deriva de HART, 1994: 55-60, discutida en extenso en MACCORMICK, 1994a: 275-292; para una discusión ulterior, véase *infra* cap. IV.

<sup>12</sup> LAGERSPETZ, 1995: 30-50; RUTTER, 2001: 22-23 propone una posible corrección a la versión de LAGERSPETZ de las creencias recíprocas, que intenta reducir la intencionalidad colectiva a un agregado de estados mentales individuales.

existe una práctica de tomar turnos. Quizás tiene sus raíces profundas en el igualitarismo contemporáneo. Esto apoya la idea de que la provisión de un servicio o una oportunidad, que sólo puede ser aprovechado de a uno a la vez, debe ser hecha sobre la base de una secuencia universalista, que no discrimina sobre la base de características personales o sociales. La arbitrariedad misma de otorgar preferencia según el orden temporal en que se ha llegado al lugar en que se ofrece el servicio o la oportunidad es generalmente satisfactoria desde este punto de vista. En otras sociedades o contextos sociales más jerárquicos, el criterio de dar preferencia según el rango puede quizás prevalecer aplicándose el «se atiende por orden de llegada» entre pares de la misma jerarquía. Incluso en estos tiempos relativamente más igualitarios, existen más que unas pocas situaciones en las que los órdenes de precedencia de tipo jerárquico todavía mantienen cierto vigor, o son dados por buenos sin cuestionamientos<sup>13</sup>.

La práctica de hacer cola es, ciertamente, una práctica genérica con muchas variantes, no una sola invariante. Una fila en el supermercado en Texas no es exactamente lo mismo que una fila para comprar pasajes de tren en Italia, o un atasco en Inglaterra, o una cola para taxis en el aeropuerto de Toronto, o una cola para comprar sellos en una oficina de correos sueca, o para almorzar en un coloquio en Holanda. Siempre tratamos de notar esos matices locales a medida que viajamos, y los intentos de hacer explícita una norma implícita serían complicados considerablemente por la necesidad de relativizar su articulación al tipo de cola y al contexto cultural relevante.

Podemos con seguridad confiar en que el principio «se atiende por orden de llegada» tiene diferencias de matiz y de detalle, y que está sujeto a excepciones («los niños primero», «adultos antes que los niños», «atención preferente para la tercera edad», «atención preferente para veteranos de guerra con discapacidad», por ejemplo) en diferentes lugares, entornos sociales,

<sup>13</sup> Es útil hacer notar, reconociendo mi deuda con W. THOMAS, que la exigencia de esperar en fila es usualmente impuesta. Así por ejemplo cuando adultos dotados de autoridad, como los profesores en las escuelas, ordenan a los niños a su cargo formar una fila para recibir algún tipo de servicio o tratamiento o, incluso, desde luego, un castigo. Bien puede ser que individualmente nosotros hayamos internalizado las normas sobre cómo hacer colas en contextos jerárquicos de este tipo, donde la igualdad de quienes están formando la fila es sólo la igualdad de igual sujeción. Las colas o filas que se forman bajo alguna forma de autoridad serán tratadas más adelante, al comienzo del capítulo II. Este orden de presentación obedece a fines analíticos y no debe ser tomado como una explicación del modo en que alguien o todos comienzan a entender o tratar a la práctica de hacer cola como una práctica normativa. Es una verdad general que la heteronomía precede a la autonomía, y que las concepciones o prácticas con las que nosotros nos comprometemos autónomamente usualmente emergen a través de procesos de socialización (cfr. capítulo XIV). Sea como sea que las personas hayan adquirido el sentido de la corrección de tomar sus turnos, parece que muchos están dispuestos a actuar sobre esta base, sin necesidad de la supervisión de alguna autoridad, en tanto los otros parezcan dispuestos a actuar del mismo modo, en una situación de creencias recíprocas ostensiblemente satisfechas.

servicios u oportunidades, proveedores de los servicios, etc. Personas diferentes tratando de articular versiones más concretas de la idea subyacente para una situación particular pueden llegar a diferentes formulaciones todas ellas razonables, pues según las suposiciones que se han hecho aquí no es necesario que exista una formulación normativa única que pueda ser aceptada universalmente, y no hay ninguna razón especial para suponer que entre un rango de interpretaciones razonables sólo una tiene que ser la correcta. La razón por la que no es necesario que exista una única correcta, radica en que basta la existencia de un consenso superpuesto, o una actitud ampliamente común, entre los participantes, para que una práctica de este tipo opere satisfactoriamente. Respuestas conceptualmente exactas a preguntas empíricamente vagas pueden ser iluminadoras, útiles, razonables y pueden tener cualquiera de las virtudes de este tipo, pero no la de ser la única correcta<sup>14</sup>.

Usando las reflexiones sobre las colas como base para una generalización, puede sugerirse con una confianza razonable que es posible el orden en los asuntos humanos en ciertos tiempos y lugares sobre algunas materias. Existe un orden cada vez que las personas se comportan en relación con otros sobre la base de una opinión que suponen recíproca sobre lo que es correcto hacer, en la medida en que se dé una suficiente comunidad (no perfecta identidad) en las opiniones que mantienen y sobre las que actúan. Yo actúo como creo que es correcto actuar, bajo la creencia de que tú también crees que es correcto y actúas recíprocamente sobre tu opinión, y así sucesivamente. Nosotros tenemos creencias recíprocas que son normativas en su contenido y suficientes personas deben actuar sobre la base de estas creencias para que sea el caso de que tales creencias recíprocas sean normalmente satisfechas y para que los casos de disconformidad sean tratados como criticables sobre la misma base. Normalmente, las personas reaccionan de un modo abiertamente hostil en contra de quienes han realizado conductas que consideran incorrectas, y esto puede implicar por cierto reacciones de considerable severidad aun cuando no se trate de ninguna sanción formal. No es necesario que exista una regla o conjunto de reglas articuladas explícitamente que constituyan la práctica en cuestión, basta con que existan interpretaciones recíprocas de creencias normativas recíprocas. Pero esto es inteligible sólo en la medida en que pensamos que ella puede referirse a alguna idea guía subyacente que es tanto normativa como evaluativa.

En conclusión: puede haber un orden normativo sin que existan normas explícitamente formuladas. Esto puede ocurrir cada vez que normas implícitas son de hecho largamente observadas y respetadas, sin ningún otro elemento de vigilancia, dirección o imposición que no sea la presión que

<sup>14</sup> SEUNG, 1993: 33-37. Cfr. BIX, 1993: 63-67.

proviene de una opinión normativa común (aunque no necesariamente universal o idénticamente expresada) entre quienes interactúan. Nos provee de un ejemplo el caso de quienes han llegado más o menos simultáneamente al mismo lugar para una oportunidad o servicio y han formado una cola, aceptando el orden de atención como apropiado y correcto.

## 5. SOBRE LAS CONVENCIONES: LAS PRÁCTICAS INFORMALES

La reflexión basada en la experiencia común hace obvio que la práctica de hacer colas puede, y lo hace de modo bastante frecuente, formarse de una manera completamente informal y desregulada, sin la intervención de ninguna clase de persona o agencia que esté dotada de algún tipo de autoridad sobre quienes hacen fila, o regulan o manejan la fila de alguna manera. Esto es, seguramente, algo en cierta medida culturalmente relativo. Se dice comúnmente que los ingleses («ingleses», por cierto, como distinto de «británicos») tienen un genio especial para las colas. En el antiguo bloque soviético, los tiempos de escasez hicieron de las colas un aspecto endémico de la vida de las personas comunes — existía un chiste muy conocido en Polonia sobre una persona que al encontrarse con el final de una cola mientras caminaba por una calle se unió a ella; al ser preguntada por quien llegó a continuación para qué era la cola, confesó no saberlo, pero que se había unido a la fila asumiendo que, sea lo que sea para lo que la cola fuera, sería para algo escaso o lujoso, y dijo que la oportunidad de obtener una cosa como ésa (sea la que fuere) no podía ser desperdiciada a la ligera—.

No obstante estos puntos de relatividad cultural, parece razonable concluir que un orden normativo puede existir bajo determinadas circunstancias culturales y sociales simplemente sobre la base de creencias recíprocas y normas implícitas, con una superpuesta y recíproca comprensión e interpretación del tipo que se ha descrito aquí. A tales prácticas las llamaremos aquí «prácticas normativas informales», y al tipo de orden que ellas constituyen lo llamaremos «órdenes normativos informales». La idea de una «convención» que utilizan los juristas constitucionalistas debe ser revisada bajo esta luz, junto con la reflexión sobre otros tipos y contextos de comportamiento que son regulados por convención antes que por mandatos dotados de autoridad<sup>15</sup>. Las costumbres que son consideradas normativas, sea en el derecho

<sup>15</sup> Cfr. MARSHALL, 1984. Es útil señalar que las convenciones constitucionales, a pesar de ser normas implícitas e informales en el sentido de carecer de una única formulación dotada de autoridad, regulan, sin embargo, el comportamiento de autoridades y organizaciones estatales que en su mayor parte son definidos de una manera altamente formalizada e institucionalizada. Citando a K. WHEARE, MARSHALL se refiere a las convenciones como «reglas vinculantes» (p. 7), pero en un contexto (pp. 7-13) en el que es claro que se trata de normas que carecen de una única

internacional y en las relaciones jurídicas internacionales o en otros casos, envuelven convenciones en este sentido y pueden muy bien estar compuestas sólo por convenciones<sup>16</sup>. Pues precisamente son estas orientaciones por normas implícitas, las que son constitutivas de los órdenes normativos informales que naturalmente denominamos «convencionales» o «convenciones». A pesar de que en muchos casos importantes, académicos y prácticos despliegan sus esfuerzos interpretativos para reducir una norma implícita a una formulación explícita, satisfactoria y clara, todos estos intentos, en la medida en que son meramente interpretativos, son intrínsecamente discutibles. Sólo en la medida en que a una formulación se le pueda atribuir autoridad como precedente o como una formulación institucionalmente válida, el acto de formular explícitamente una norma implícita tiene un efecto transformador. Pues por el mero acto de su formulación se convierte en alguna especie de regla o máxima. Aparte de los casos ya mencionados de las convenciones constitucionales y del derecho consuetudinario (internacional o nacional), una gran parte de las ideas sobre etiquetas y buenos modales, y muchos otros elementos importantes de nuestros usos sociales, así como también las normas gramaticales y semánticas de los lenguajes naturales, son convenciones en este sentido.

Este sentido debe ser distinguido claramente del uso de «convención» para referirse a tratados o acuerdos entre Estados formulados solemnemente, tales como las convenciones de Ginebra sobre refugiados y prisioneros de guerra y otras importantes fuentes del derecho internacional «convencional» (como distinto de «consuetudinario»). Por una evolución lingüística desafortunada tenemos dos usos jurídicos de los términos «convención» y «convencional». Éstos son claramente distintos, cuando no mutuamente contradictorios —el punto sobre los elementos convencionales informales del derecho constitucional es que son esencialmente consuetudinarios, mientras que «derecho internacional convencional» es la parte que emana de tratados multilaterales solemnemente adoptados y que es claramente distinguida de la parte consuetudinaria del derecho internacional—.

## 6. CONCLUSIÓN

Es importante entender la idea de lo normativo —la idea de que tenemos modos para diferenciar lo lícito de lo ilícito en lo que hacemos, de que

---

formulación oficial y que, por tanto, no cuentan como «reglas» en el sentido en que se usa aquí este término. Más en general, véase Lewis, 1986.

<sup>16</sup> Véase RUTTER, 2001: 122-127 para una explicación extraordinariamente clara de la naturaleza de la costumbre en el derecho internacional y en el derecho nacional.

tenemos concepciones comunes o superpuestas sobre lo que debe hacerse en varias situaciones recurrentes—. Las reacciones de las personas a tales concepciones de lo lícito y lo ilícito pueden coincidir de un modo recíproco incluso en situaciones bastante informales, de manera que exista algún tipo de orden en su comportamiento. Concentrarse en esto y aprehenderlo, es aprehender la idea básica de un orden normativo. Ya hemos descubierto un supuesto sobre la naturaleza humana. Los seres humanos son usuarios de normas, cuyas interacciones dependen en patrones de conducta recíprocos reconocibles que puedan ser articulados en términos de comportamiento lícito *versus* ilícito, o sobre lo que uno debe hacer en una determinada situación. Entender este uso de las normas es presupuesto para entender la posibilidad de la creación deliberada de normas que se convertirán en patrones de conducta.

En efecto, es posible crear normas deliberadamente. El uso de las normas puede adquirir un carácter formal, puede, por cierto, volverse «institucionalizado». Entender esto es entender la transición a un orden normativo institucional y, por tanto, al derecho.

## CAPÍTULO II

### ORDEN INSTITUCIONAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las convenciones no lo son todo. La práctica misma de hacer colas no es siempre un orden normativo puramente informal basado en convenciones sociales de la vida cotidiana. Es frecuentemente organizada bajo uno u otro tipo de autoridad. En los aeropuertos hay filas para facturar diferentes para quienes viajan en clase turista, ejecutiva y primera clase. Hay una cola también en la puerta de embarque a veces subreguladas según las filas de los asientos. Supermercados y oficinas de pasaportes, oficinas de correos, y las tiendas estatales monopólicas de licor en los países en que existen, proveen de tickets numerados a través de dispensadores, y la posición de cada uno en la fila es determinado por el orden numérico de los tickets. Bancos y estaciones de trenes tienen filas cerradas mediante cordones, en las que la persona que está al frente de la cola tiene acceso a la primera caja o taquilla que esté disponible. A la salida de estaciones y aeropuertos hay personas encargadas de organizar y vigilar las filas de taxis, tanto para asegurar un taxi rápida y equitativamente a los pasajeros como para asegurar una expedita provisión de taxis en las horas más congestionadas. Algunas veces (que se agradecen especialmente en lugares fríos) la fila de taxis incorpora el uso de dispensadores de tickets numerados, de modo que los pasajeros puedan esperar su turno guarecidos puertas adentro y no sufriendo el frío polar a la intemperie. En las escuelas, los profesores exigen de sus pupilos que formen filas para recibir lecciones personales o para el almuerzo e insisten en que observen un comportamiento ordenado. En las duras penitenciarías norteamericanas de las películas de ficción y, sin duda, en la triste realidad de los presos pe-

ligrosos, se observan ordenadas filas para la comida bajo la mirada hostil de gendarmes armados.

Estas instancias cotidianas nos recuerdan que existen muchos contextos en los que la práctica de hacer colas se realiza bajo la autoridad de algún tipo de administrador o director, de alguna persona con autoridad. Para recibir un servicio ofrecido, uno debe seguir ciertas normas establecidas por el proveedor del servicio, y el proveedor del servicio inmediato usualmente detenta una autoridad superior dentro de la organización relevante. Las normas por las cuales deben guiarse las personas que forman la fila no son meramente convencionales o implícitas, ni descansan simplemente (o quizás no lo hacen del todo) en expectativas y creencias recíprocas. Son normas explícitamente establecidas por quienes están a cargo de la provisión del servicio que se ofrece.

## 2. MÁS ALLÁ DE LA INFORMALIDAD

Cuando hacer colas es una práctica normativa informal, puede ser relativamente incierto cuándo una fila se ha formado, quién está en ella, en qué orden exactamente, y bajo qué legitimidad alguien puede guardarle un puesto a otra persona que está ausente porque, por ejemplo, ha ido al baño. Pero cuando una práctica está situada en un contexto oficial o comercial, alguien puede asumir la tarea de decidir tales cuestiones y un sistema, tal como el de los tickets numerados, puede volver determinado lo que en una situación informal es incierto. El funcionario o empleado a cargo usualmente tiene o asume la autoridad de resolver los problemas que surgen en el funcionamiento de estos arreglos en el día a día, cuando se presentan cuestiones que son poco claras, discutibles o que no han sido previstas. Esto es aún más natural en aquellas situaciones en las que existe una autoridad ya establecida o cuando una persona (o grupo) detenta poder sobre otros y este poder es usado para que el grupo sometido forme filas para las comidas, o para la distribución de trabajos, o lo que sea. Los profesores de escuelas y otros adultos en relación con los alumnos, o los gendarmes de prisiones en relación con los presos, los oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas en relación con sus subordinados, o los gerentes en relación con otros miembros del equipo en lugares de trabajo, son todos casos obvios. Es importante advertir que tales situaciones existen y que muestran cómo las actitudes hacia las colas pueden alejarse mucho de las de mutua cooperación voluntaria, aunque quizás nunca pierdan todo rastro de ellas. Considerar tales casos de filas dirigidas es considerar la posibilidad de la transición desde una práctica puramente informal a una más formal o formalizada. Las dudas que surgen sobre el orden de prioridad en una fila ya no son objeto de negociación entre diversas interpretaciones

de una convención incierta, sino que son objeto de decisión. En el caso de las colas con tickets numerados, existe una dificultad obvia respecto de las personas que no están presentes o atentas cuando sus números son llamados o anunciados. Si se llama al número cincuenta y nadie responde después de una breve espera, se llama al cincuenta y uno y, luego, si nadie responde, al cincuenta y dos —y así, sucesivamente—. Pero ¿qué sucede si cuando se llama al cincuenta y cuatro, aparece el portador del ticket número cincuenta y reclama ser atendido? ¿Acaso quien atiende en el mesón debe aceptar que el número cincuenta es el número menor presente y servir a su portador antes de atender al número cincuenta y cinco o algún número posterior? ¿O la respuesta correcta es que el cincuenta es ahora un ticket cuya vigencia ha expirado y, por tanto, que el portador debe volver al final de la cola tomando el próximo ticket numerado disponible? En una situación como ésta, no resta sino tomar una decisión, y en una primera instancia es quien atiende en el mesón quien decide. Pero el problema puede volverse recurrente y la inconsistencia entre las distintas personas que atienden en tiempos diversos puede perjudicar las relaciones con los consumidores. De este modo es muy probable que el dueño de la tienda o su administrador establezca una regla general y la comunique oralmente o por escrito al personal que atiende. Incluso puede ser recomendable que se ponga un anuncio junto al dispensador de tickets señalando cuál es la regla, para así evitar que los consumidores se confundan o se sientan tratados injustamente.

Cada vez que existe una autoridad con capacidad de tomar decisiones, existe en principio la posibilidad de tomar decisiones explícitas en casos dados sobre problemas de prioridad. Cuando tales problemas son recurrentes y por alguna razón es importante que el tratamiento sea consistente, se pueden tomar explícita o implícitamente decisiones de tal modo que se establezcan reglas generales destinadas a lidiar con estos problemas. A diferencia de las normas informales y las convenciones, las reglas creadas explícitamente tienen un texto expresamente promulgado. La interpretación de normas que tienen la forma de reglas explícitas envuelve necesariamente prestar atención a las palabras mismas que usó el creador de la regla, y reflexionar sobre el sentido que subyace a las palabras sólo cuando éstas parecen ser oscuras o cuando su significado evidente conduce en la práctica a extraños resultados. En contraste, las normas informales emergen de prácticas basadas en expectativas y creencias recíprocas, y cualquier intento de formular en términos explícitos la norma implícita descansa en la interpretación de la práctica y de su sentido. Aquí, la interpretación precede a la formulación. En el caso de las reglas explícitamente comunicadas, la interpretación sucede a la formulación.

Conforme a un uso común y comprensible se aplica la expresión «regla» particularmente al caso de una norma formalmente enunciada que ha sido

dada por alguien que está en una posición de autoridad para decidir. Decir «hay una regla sobre eso» en un contexto práctico de potencial disputa o conflicto interpersonal, es invitar a que nos desafíen a reproducir el texto de la regla y a mostrar quién la formuló y con qué autoridad. Cuando existe una regla en este sentido de la expresión, existe un texto fijo, el que fue emitido por una persona dotada de autoridad para hacerlo. Esto implica la existencia de una práctica de dos (o más) niveles. En los términos de nuestro ejemplo en uso, las colas, existe tanto una práctica de hacer colas como la práctica de autorizar a algunos individuos para dirigir filas de personas esperando por cualquier servicio u oportunidad de que se trate. Las colas siguen siendo una práctica normativa, que puede ser descrita en términos de normas sobre lo que debe hacerse, qué es lo correcto hacer, quién tiene derecho a ser atendido a continuación, y así en adelante. Adicionalmente, sin embargo, existe la práctica normativa de autorizar un supervisor que vigila la fila, para que asegure que cada persona que se une a la fila de un modo apropiado sea atendida en el orden correspondiente, y que nadie rompa el orden saltándose turnos o sufra la pérdida del turno que le pertenece por ser saltado. Igualmente normativo será el proceso de decisión sobre la pérdida de turnos por quienes no se presentan cuando son apropiadamente llamados, etc. Ahora, podríamos decir, existen normas sobre decisiones-sobre-colas, junto a las normas sobre las colas en sí mismas.

En este contexto estructurado y compuesto por más de un nivel, existe autoridad para emitir enunciados de normas de primer nivel sobre las colas. Lo que diga el supervisor determina cuál es la regla de prioridad operativa cuando se presenta un problema sobre quién se considera, propiamente, al frente de la fila ahora, etc. El administrador puede, en un grado considerable, clarificar cuestiones dando provisiones cada vez más detalladas acerca de cómo el arreglo ha de funcionar, si resulta que existen dificultades interpretativas que están (por ejemplo) causando molestia entre los consumidores, quienes, de lo contrario, podrían decidir buscar otros lugares alternativos.

La característica definitoria de este tipo de orden normativo es que hace posible no descansar exclusivamente en normas implícitas en alguna medida vagas. Problemas aparentemente endémicos en órdenes informales pueden ser sorteados recurriendo a la emisión de normas expresamente articuladas, que hagan explícito qué es lo que se debe hacer o decidir en circunstancias expresamente previstas. El efecto propio de que las normas sean explícitas es la reducción de la vaguedad. Considérese el siguiente ejemplo:

Si el número de una persona es llamado y el portador del ticket con ese número no se presenta, el supervisor deberá repetir por dos veces la llamada en voz alta y clara, y deberá verificar si en el área de espera no hay personas que parezcan tener alguna discapacidad auditiva o algún impedimento físico

que no les haya permitido presentarse; si nadie se presenta entonces, debe llamarse al siguiente número de la serie y así sucesivamente.

Si las cosas han llegado a este punto de claridad, parece fácil entender la necesidad de que se establezca una nueva regla por alguien, preferiblemente el supervisor, sobre cómo tratar el caso en que el portador aparezca después de la llamada. ¿Debe considerársele reintegrado a la fila, ahora al frente de ella porque tiene el número menor, o su posición previa debe considerarse cancelada, debiendo abandonar el intento o tomar un nuevo ticket numerado del dispensador y empezar de nuevo poniéndose el último de la fila? ¿Tiene el supervisor, en el último caso, alguna discreción para suspender la aplicación de la regla en casos particularmente aflictivos?

Necesariamente emergerá un problema de este tipo una vez que haya una provisión clara sobre lo que cuenta como no presentarse (perdiendo tres llamadas), pues ahora se presenta el dilema sobre cómo tratar la «no presentación» de quien eventualmente aparece de vuelta del baño, o de la cafetería, o que estaba absorto en sus pensamientos, etc. Sólo puede haber: o bien discreción pura por parte del supervisor, sin que se fije ninguna regla, o bien una regla «nuevo primero de la fila» o una regla «vuelta al final de la fila», con o sin discreción por parte del supervisor en casos especialmente aflictivos. (Niklas LUHMANN ha observado que todo intento de reducir complejidad a través de una provisión explícita de este tipo es apto para generar nueva complejidad por dilemas que aparecen en relación con la nueva provisión, y así sucesivamente)<sup>1</sup>.

### 3. NORMAS EXPRESAMENTE ARTICULADAS. «REGLAS»

Hemos llegado a la idea de regla, esto es, una norma explícitamente articulada (no más una puramente implícita). En el caso, la articulación explícita de la norma es realizada por una persona que detenta una posición de autoridad. Ésta puede consistir o bien en la autoridad para decidir cómo aplicar normas de primer nivel, tanto implícitas como explícitas, o bien en la autoridad para establecer normas explícitas que clarifiquen o modifiquen lo que antes era implícito y, por tanto, vago. Para una determinada esfera de actividad, se atribuye una autoridad especial a una determinada articulación de una norma, o a una parte de ésta. La articulación en cuestión tiene dos elementos esenciales: el primero especifica un tipo de situación que puede ocurrir, y el segundo establece qué ha de hacerse, o qué ha de ocurrir, o qué

---

<sup>1</sup> LUHMANN, 1985: 193-199.

ha de considerarse ser el caso, cuando esa situación se presente. En adelante se denominará «hechos operativos» o «HO» a la situación especificada, y «consecuencia normativa» o «CN» a lo que en tal situación ha de hacerse, ha de ocurrir, o a lo que ha de considerarse ser el caso. El tipo de norma explícitamente articulada que estamos considerando, por tanto, tiene la siguiente forma general:

Si HO, entonces NC.

El término «regla» es usado comúnmente para referirse a normas explícitamente articuladas que exhiben o pueden ser reconstruidas en esta forma. Una característica esencial adicional es que se atribuya cierto tipo de autoridad al procedimiento por el cual y/o a la agencia por la cual se hizo la articulación explícita. La palabra «regla» tiene muchos usos que tienen muchos matices, pero creo que es usada típicamente para denotar una norma con estas características estructurales y de origen. Como estipulación, para los fines de la teoría institucional del derecho que estoy desarrollando aquí, restringí a tales normas el uso del término «regla» sin mayores calificaciones.

Dado que las colas son nuestro ejemplo en uso, podemos considerar algunas de las reglas imaginables para filas formalmente administradas. Las siguientes serían ejemplos de normas válidas si fueran establecidas por una autoridad apropiada:

- Si una transacción es concluida, el personal que atiende debe verificar qué número es el siguiente en la serie que espera a ser llamado y llamar al portador de ese número.
- Si el portador de un ticket no se presenta después de tres llamadas, y luego de que se haya realizado la verificación correspondiente de que no esté presente una persona sorda o físicamente discapacitada, el ticket será [considerado] cancelado y se llamará al número siguiente.
- Si un ticket ha sido cancelado, su portador deberá tomar un nuevo ticket del dispensador y sólo será atendido cuando el número del nuevo ticket sea llamado en el orden debido.

¿Es la idea de una «regla implícita» de algún valor aquí, o debe restringirse el término regla sólo a tales formulaciones explícitas? Parece importante reconocer una categoría de «reglas implícitas». Un aspecto de la autoridad en la situación que estamos considerando consiste simplemente en la autoridad para dirigir y regular la cola, guiada por las reglas relevantes, como alguien que las interpreta y aplica. Usualmente será ejercida a través de simples decisiones, tales como: «No es su turno, tendrá que esperar». Pero cuando tal decisión viene acompañada por una explicación, esto puede significar una decisión parcialmente explícita sobre un aspecto dudoso en la interpretación de

las reglas. Por ejemplo: «Lo siento, pero dado que usted no estaba presente cuando su número fue llamado, deberá tomar un nuevo número e irse al final de la fila, por favor». Aquí, incluso cuando una regla tal no ha sido articulada hasta ahora, el que se hayan dado razones implica tomar la decisión implícita de que si el número de una persona ha sido llamado infructuosamente, el ticket queda cancelado. Se usará el término «regla implícita» para referir a la norma que puede derivarse de una decisión de este tipo. (La regla implícita es derivable de este modo, como se verá, en la medida en que se sostenga que tales decisiones son universalizables. Un ejemplo clásico de reglas implícitas de este tipo se encuentra en la doctrina del precedente, donde la elusiva *ratio decidendi* es la regla implícita establecida por el tribunal cuya decisión en un caso particular constituye un precedente aplicable de modo general<sup>2</sup>. Esto depende de las relaciones institucionales entre jueces y tribunales, y tanto de la estabilidad de las decisiones a través de las diferentes ocasiones en el tiempo como de la pura idea de universalidad).

#### 4. LA FUERZA PRÁCTICA DE LAS REGLAS: ¿«EXCLUSIÓN» O «REFORZAMIENTO»?

Todo esto puede parecer bastante claro, pero todavía queda un problema sobre las reglas que debe enfrentarse. ¿Cuál es su fuerza práctica? Algunas personas tienen la noción de que si se tiene una regla articulada en la forma «si HO, entonces CN», uno debe o bien darle una aplicación absoluta e invariable, o bien uno cae en el mero fingimiento o en la hipocresía. Algunas personas piensan que se puede tener una aproximación mucho más flexible sin dejar de tener una regla genuina. El vínculo que existe entre los hechos operativos y la consecuencia normativa es ciertamente, desde todo punto de vista, uno normativo, que guía el juicio y la acción del modo que se ha mostrado. Pero al parecer, puede existir desacuerdo sobre la fuerza práctica que se atribuye a este nexo normativo. Esto no debe ser interpretado como un desacuerdo conceptual en el cual alguien está en lo correcto y otro equivocado. La verdad es que esto es en sí mismo una pregunta práctica: ¿qué fuerza práctica se debe atribuir a las reglas? Permítanme sugerir un esquema para apreciar esto, distinguiendo tres posibilidades.

Las reglas pueden tener una fuerza práctica variable, pues pueden ser tratadas como reglas de aplicación absoluta, como reglas de aplicación estricta, o reglas de aplicación discrecional.

---

<sup>2</sup> Para una discusión en extenso de estos aspectos en el marco de la presente teoría institucional, véase MacCORMICK, 2005a: caps. 5 y 8.

—Una regla es de *aplicación absoluta* si ha de ser entendida y aplicada sobre la base de que siempre y en cada ocasión en que se presente HO debe ser seguida infaltablemente por CN, y CN no puede ser realizada excepto cuando HO ocurre o cuando se verifica la presencia de los hechos operativos de otra regla que al ser satisfecha provee CN de manera independiente. Ejemplos típicos de reglas de aplicación absoluta son aquellas reglas esencialmente matemáticas y de juegos cerrados como el ajedrez<sup>3</sup>.

—Una regla es de *aplicación estricta* si ha de ser entendida y aplicada sobre la base de que pueden darse ocasionalmente circunstancias relacionadas con los valores que ella protege de una manera tal que esos valores se verían considerablemente afectados si se invocara CN sólo por la presencia de HO. La regla según su espíritu no debiera ser aplicada, pero según su letra debería ser aplicada. A la persona encargada de aplicar la regla y de administrar la actividad en la cual la regla es aplicable, se le atribuye cierto grado de discreción guiada para hacer excepciones, o para preterir la regla en casos especiales o muy especiales.

—Una regla es de *aplicación discrecional* si se espera de quien decide que considere cada caso a la luz de todos los factores que parezcan pertinentes, dados los valores y fines de la actividad o empresa relevante, y que decida de acuerdo al claro balance de los factores, pero que cuando todas las cosas son iguales, o cuando el balance de los factores sea demasiado fino y difícil de juzgar, se espera que quien decide recurra a la regla como una guía más segura para decidir.

Se verá que las reglas de aplicación absoluta están en el extremo de un espectro en cuyo extremo opuesto se encuentran las reglas de aplicación discrecional. Entremedio, las reglas de aplicación estricta representan una cantidad variable en la medida en que pueden ser estrictas en diferentes grados<sup>4</sup>.

¿Qué determina a qué clase, o dónde en el espectro, una determinada regla o conjunto de reglas pertenece? Dado que por estipulación las reglas explícitamente formuladas tienen todas la misma forma canónica, la diferencia que se busca no puede encontrarse en el contenido de las reglas mismas. ¿Dónde entonces? La respuesta es obvia: no depende del contenido de las reglas de primer nivel sobre una práctica, sino de las normas de segundo nivel estableciendo los términos de la autoridad o del poder de quien decide.

<sup>3</sup> Cfr. ATRIA, 2002: 15, 25-26, 45-47, que sostiene un argumento similar con diferente terminología; en su versión anterior como tesis doctoral, este trabajo tuvo una influencia decisiva en el presente texto.

<sup>4</sup> F. SCHAUER sigue una argumentación similar en SCHAUER, 1991, en su capítulo 6 sobre «la fuerza de las reglas», pero la presente explicación, si bien aprovecha su propuesta, difiere bastante de ella.

«Aquí están las reglas que tienes que aplicar; las debes tratar como reglas de aplicación absoluta/estricta/discrecional».

Cuando las reglas son de aplicación estricta, que dejan a quien decide una discreción limitada a casos especiales, debe haber, como sucede con mayor razón en el caso de reglas que son de aplicación discrecional, un esfuerzo para asegurar que quien debe decidir tenga una adecuada comprensión de los factores o de los tipos de consideraciones que son apropiados para guiar el ejercicio de la discreción.

Cuando las reglas son aplicación absoluta o estricta, ellas pertenecen a la categoría que Joseph RAZ llama «razones excluyentes» o (en un trabajo más reciente) «razones protegidas»<sup>5</sup>. Frederick SCHAUER ha usado el concepto, muy semejante aunque más apto, de «generalizaciones reforzadas [*entrenched*]»<sup>6</sup>. Lo que «refuerza» una regla en el sentido relevante, de acuerdo con la presente tesis, son los términos en que se le ha conferido autoridad a quien decide. Lo que determina su carácter excluyente es el carácter absoluto o estricto de su aplicación, que viene exigido por los términos de la autoridad conferida. Si una regla es de aplicación absoluta, la única cuestión que se le plantea a quien debe aplicar la regla es si HO ha ocurrido o no. Los demás factores que normalmente tienen que tenerse en cuenta para determinar si, todas las cosas consideradas, CN es apropiada para el presente caso, no deben ser considerados por quien decide en el momento de tomar la decisión. Pues no deben ser tomadas en cuenta todas las cosas, no al menos por quien debe decidir, o no en el momento de cumplir la tarea de decidir que se le ha confiado. Si una regla es de aplicación estricta sigue siendo extremadamente importante si HO ocurre o no. Todavía es el caso que no deben considerarse todas las cosas en una forma completamente abierta. Pero hay ciertos factores que si están presentes deben ser considerados y tienen que ser evaluados con detención para determinar si se está frente a un caso especial o muy especial, que justifique la implementación de CN a pesar de que HO no ha sido completamente satisfecho, o la no implementación, o la implementación incompleta o cualificada, de CN a pesar de que HO es completamente satisfecho. Una regla de aplicación discrecional no es en sí excluyente, ni está reforzada, sino que es una forma de desempate cuando los demás factores relevantes no proveen de una guía clara o conclusiva. Así no es correcto de ninguna manera decir que las reglas de fuerza discrecional no sirven de nada o que son una mera fachada o fingimiento<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Véase RAZ, 1990: 193-199.

<sup>6</sup> SCHAUER, 1991: 38-52.

<sup>7</sup> En Inglaterra, si bien existen muchos precedentes que rigen la concesión de *equitable remedies*, los medios de protección en sí son discretionales. Éste es un caso relevante.

## 5. DISCRECIÓN: VALORES Y PRINCIPIOS

Sería bueno, de todos modos, decir algo acerca de la discreción, y de la idea de que puede haber una discreción «guiada». La discreción supone apelar al juicio de una persona de un modo que no lo hace la mera aplicación de una regla dado el acaecimiento de sus hechos operativos<sup>8</sup>. Si en una situación en que estoy decidiendo algo me pregunto cuál es la forma de actuar más sabia, más equitativa o más razonable, puede haber muchos aspectos de la situación que deben tomarse en cuenta. Si yo estoy a cargo de la organización y de la vigilancia de las filas de taxis, y veo mi trabajo como si debiera asegurar, o mis instrucciones son que asegure, que la fila de taxis avance lo más eficientemente posible, me concentraré en todo aquello que permita maximizar la rapidez con la que los taxis identifican los pasajeros, con la que éstos se suben a ellos, con la que los taxis logran salir dejando el sitio disponible para el siguiente. Esto me llevaría a pensar que no debiera quedarme esperando mucho a que el portador del ticket aparezca después de que llamo su número. Más aún, para evitar confusiones e incentivar que las personas que estén esperando un taxi estén atentas, parecería mejor desde este punto de vista tratar un número como cancelado con una no presentación después de que ha sido llamado. Esto puede parecer más justo con quienes aguardan atentos, que si permito a alguien aparecer después de la llamada de su número, cuando estoy ya diez o veinte números más adelante en la serie. Más aún, las circunstancias militan en contra de que entre en elaboradas discusiones con las personas que se sientan agraviadas por mis decisiones. De este modo, las consideraciones de equidad quedan en un segundo plano respecto de las consideraciones de eficiencia en este caso.

Si quien decide que debe atender primero a consideraciones de equidad más que a las de eficiencia, en el momento de sopesar qué hacer predominarán factores diferentes. En este caso se deben ponderar los intereses y expectativas de todos los afectados, y considerar el impacto que tendrá a lo largo del tiempo una u otra forma de hacerse cargo del problema. Si el encargo consiste en decidir «razonablemente», la tarea de ponderar que se deberá enfrentar se volverá aún más complicada, pues se tendrán que considerar las exigencias relativas de eficiencia y equidad, y tal vez de otros valores importantes, y aplicar el sentido común en el momento de elegir un curso de acción satisfactorio.

Como es bueno ser equitativo, sabio, eficiente y es bueno ser razonable, podemos reconocer estos conceptos como referidos a «valores». Se trata

---

<sup>8</sup> Cfr. DWORKIN, 1977: 31-32, 68-71.

de valores diferentes y, por tanto, un juicio fundado primariamente en uno diferirá de un juicio basado primariamente en otro. Dado que son valores, admiten ser satisfechos en mayor o menor grado y, en consecuencia, las situaciones pueden ser mejores o peores, no simplemente buenas o malas, al ser juzgadas según los términos de un valor determinado. Este aspecto de tales conceptos es expresado en ocasiones diciendo que son «estándares», porque se espera de quien tiene que decidir aplicando cualquiera de ellos que se asegure de que sean satisfechos al menos hasta cierto punto o hasta cumplir un estándar adecuado.

A diferencia de las reglas, cuyos hechos operativos identifican circunstancias de aplicación específicas, los valores son de relevancia ubicua. No sólo es bueno ser equitativo al administrar una cola, es bueno ser equitativo en casi todas las circunstancias de la vida, como sucede también con la eficiencia, la sabiduría («prudencia»), la razonabilidad y racionalidad, amabilidad y humanidad, y así. La lista de estos valores ubicuos es bastante larga, si bien hay quienes han creído que pueden ser agrupados bajo unas cuantas categorías generales<sup>9</sup>. En torno a cada uno pueden agruparse algunas generalizaciones normativas cuya observancia ayuda a asegurar el valor en cuestión. Ejemplos relevantes para la equidad son «en toda disputa deben oírse las dos partes de la historia», «no deben frustrarse las expectativas razonables de otro», «debe considerarse el impacto que la decisión tiene en el bienestar de todos quienes tengan un interés legítimo en el asunto». Dado que éstos son, como los valores en cuestión, de relevancia ubicua, normalmente no nos resulta útil estructurarlos de acuerdo a la fórmula «*si HO, entonces CN*». Son normas que resultan relevantes para decidir en casi cualquier circunstancia, por lo que no tiene sentido tratar de singularizar circunstancias particulares de aplicación. Son lo que normalmente llamamos «principios» o, por cierto, «principios generales». Los principios pueden ser excluidos de toda consideración por quien tiene que decidir aplicando reglas de aplicación absoluta, o pueden restringirse sus efectos en el caso de las reglas de aplicación estricta, pero no por ello nos detenemos a agregar calificaciones a los principios con fórmulas tales como «*se debe..., excepto cuando este principio es excluido*». Esto se subentiende sin necesidad de que se diga. Cuando, de modo cauto, se dice «*en principio, lo que se debe hacer, probablemente, es esto...*», llamamos la atención sobre la

---

<sup>9</sup> Véase BENTHAM, 1970a: cap. I, para una discusión de la «felicidad» como el valor básico único de la experiencia humana, entendida en términos del excedente de placer sobre el dolor. FINNIS, 1980 sugiere que hay siete bienes básicos, a saber, la vida, el conocimiento, la experiencia estética, la amistad, el juego, la religión, y la razonabilidad práctica, que no pueden ser reducidos unos a otros, ni pueden ser sustituidos, ni son meras instancias de un único *summum bonum*.

posibilidad de que puede existir una regla que excluya la respuesta que se deriva sólo de principios generales.

## 6. ESTÁNDARES EN LAS REGLAS

Es posible que las reglas explícitamente formuladas incorporen en sí mismas estándares en sus hechos operativos o en sus consecuencias normativas. Esto es, de hecho, muy común en muchas áreas del derecho, especialmente en el derecho privado y comercial, y en las ramas del derecho público distintas a la penal. El *Uniform Commercial Code* en los Estados Unidos (como el *Sale and Supply of Goods Act 1994* en el Reino Unido) está repleto de ilustraciones de esto; aquí va un ejemplo:

1. Cuando una oferta o entrega del vendedor sea rechazada por falta de conformidad y mientras no haya expirado el plazo para cumplir, el vendedor podrá, dentro del plazo estipulado en el contrato, realizar una entrega conforme, siempre que haya notificado *oportunamente* al comprador de su intención de cumplir.

2. Cuando el comprador rechaza por falta de conformidad una oferta que el vendedor tenga motivos *razonables* para considerar *aceptable*, con o sin compensaciones en dinero, el vendedor tendrá un plazo adicional *razonable* para sustituirla por una oferta conforme, siempre que notifique *oportunamente* al comprador (cursivas añadidas).

Aquí quien tenga que tomar una decisión, incluyendo al ejecutivo de negocios que tiene que decidir qué hacer, al abogado que tiene que dar un consejo, o al tribunal que tiene que decidir un litigio sobre una venta en relación con la cual los demás hechos operativos parecen satisfechos, tiene que evaluar la situación —¿oportuno o no? ¿razonable o no?—. Esto implica un enjuiciamiento de tipo restringido, porque sólo está en cuestión la oportunidad o razonabilidad en el contexto bastante específico de la compraventa de cosas determinadas por su género o sobre muestras, en el que existen probablemente conocidos usos del tráfico en el mercado respectivo.

La ventaja de articular reglas incorporando tales estándares consiste en que la regla en cuestión puede recibir una aplicación estricta, y aun una aplicación absoluta, sin caer en el riesgo de que se tomen decisiones que se aparten demasiado de las que tomaría una persona con un sentido común informado. Esto requiere, por cierto, que quienes ejercen discreción sean ellas mismas personas de buen juicio y discreción. En la medida en que lo sean, se obtiene un compromiso entre los méritos de claridad y previsibilidad que deriva de un uso estricto o absoluto de reglas para regular una situación, y los méritos de flexibilidad y sentido común que emergen cuando se puede

juzgar libremente en términos de los principios relevantes sin el constreñimiento impuesto por el efecto excluyente de tales reglas.

Desde el punto de vista del presente intento de proveer un marco analítico para la discusión que viene, no es necesario entrar con más detalle en la cuestión de las ventajas y desventajas de las diferentes aproximaciones a la formulación de las reglas y el uso de estándares, y respecto del grado de discreción que puede ser sabio que tenga quien decide en uno u otro contexto. Basta con apuntar que cuando las reglas son articuladas de modo que incorporen estándares, sus hechos operativos incluyen «valores operativos» como bien pueden llamarse<sup>10</sup>.

## 7. INSTITUCIÓN Y ORDEN

De cualquier manera, es de la mayor importancia considerar la diferencia que existe entre, por un lado, las normas informales o convencionales y, por otro, las reglas explícitas e implícitas que pueden ser introducidas o establecidas, o desarrolladas o reconocidas, por personas que gozan de alguna posición de autoridad. A este respecto, evitar un regreso al infinito exige, en último término, que se suponga que algunas normas que confieren autoridad deban ser convencionales más que institucionales. Hasta dónde puede mantenerse un tipo de cuasiconvención, aun temporalmente, a través de la fuerza y el temor, o incluso a través del terror, es una cuestión abierta. En el caso de las colas, se puede recordar que en muchos casos la formación de filas y el tomar turnos surgen en contextos bastante informales, sin que nadie las dirija o administre según los términos de un sistema establecido, del que proviene la autoridad que detenta el director o administrador para decidir. Las colas se forman frecuentemente como objeto de un orden normativo informal. Esto tiene un interesante impacto en el tipo de información que puede obtenerse a través de la observación. Yo no veo solamente una docena de personas paradas en una determinada relación espacial, por decir, en el borde de un pequeño lago, aunque de hecho eso veo. Veo lo que deduzco es una cola de personas esperando por un bote para que los lleve a la otra orilla. La información fáctica que tengo es infundida en una comprensión normativa. Asumo que ellos están haciendo algo que cada uno de ellos entiende gobernado por normas de un modo recíproco, aunque se trate de una norma cuya existencia se dé por descontada y sea del todo implícita. Sea cual sea el grado de presencia de algún tipo de fuerza o coerción, nuestra comprensión puede centrarse más

<sup>10</sup> Véase también MacCORMICK, 2005a: 73-75, y cap. 9 *passim*.

en interpretar la propia interpretación que los participantes tienen respecto de las amenazas y del comportamiento necesario para evitarlas, entre quienes ejercen la fuerza y quienes la experimentan.

De acuerdo con el uso institucionalista (al menos el que aquí se propone), se puede decir que la existencia de una cola es una cuestión de «hecho institucional», no simplemente una de «hecho bruto». El juicio sobre el estado del mundo no aparece simplemente en términos de hechos físicos puros y sus relaciones, sino en términos de una comprensión de tales hechos y relaciones como significativa para el hombre porque son atribuibles a normas humanas de conducta compartidas. Esto depende, por cierto, de las creencias que el observador tenga acerca de la interpretación que las personas tengan de la situación a la luz de lo que ellas entienden es una norma social común, a pesar de que sus concepciones e interpretaciones sean más bien superpuestas e inexactas que compartidas en los términos comunes explícitos, tales como los que la institucionalización hace posible. Sabemos por qué esto es así. Los seres humanos somos usuarios de normas. El respeto por las normas lleva a las personas a patrones de comportamiento. Nuestros propios intereses como seres humanos nos llevan a buscar un tipo de patrones de comportamiento que conecte con las expectativas y juicios de nuestros congéneres y no otros tipos, cuando nos involucramos en la vida práctica cotidiana más que en abstractas investigaciones científicas sobre ella. Nosotros no sólo observamos, sino que participamos —por ejemplo, si nosotros mismos esperamos cruzar el lago—.

Casos recurrentes de prácticas ordenadas atribuibles a las mismas o a normas genéricamente similares traen nombres, tales como «pararse en fila», o «hacer cola», o «dirigir una oración», o «correr una carrera» (como distinto de, simplemente, «correr»), o «baile de salón», o «dar una conferencia», o... la lista es interminable. De acuerdo a un uso común, que será adoptado aquí, todas éstas pueden ser consideradas «instituciones», tal como los juicios sobre un caso de ellas son juicios de hechos institucionales. Por supuesto, de hecho estas instituciones pueden ser muy informales, del mismo modo que las prácticas normativas pueden ser del todo informales y dependientes de convenciones más que de alguna regla articulada.

El orden, sin embargo, puede formalizarse. Puede decirse incluso que puede ser institucionalizado. Ya se ha visto cómo puede suceder esto, como cuando hay un funcionario que organiza y dirige las filas de taxis, o cuando hay un administrador que en las oficinas postales administra los arreglos sobre las colas. La existencia de un segundo nivel conduce a, o viene acompañado por, una progresiva articulación explícita del primer nivel de la práctica. Hay reglas explícitas, no meras convenciones. La posición que ostenta el funcionario o administrador constituye, casi con toda seguridad, un trabajo

expresamente creado, tal vez con una descripción formal del oficio configurado dentro de una organización dotada de una estructura de roles y oficios bastante elaborada, con funcionarios o empleados designados para llevarlos a cabo. En un contexto como éste, existe claramente lo que podríamos llamar un «orden normativo institucional», no solamente un «orden normativo informal» con instituciones informales.

Hay una característica de las instituciones formalizadas que por sus consecuencias vale la pena mencionar. En los casos en los que la formación de una fila o de una cola no es simplemente una respuesta de personas particulares en su mayor parte espontánea a un problema de coordinación, sino que es organizada en el contexto de los taxis de aeropuerto o de la oficina postal o en las taquillas donde se expenden pasajes de tren o en las cajas de supermercado, se vuelve mucho más difícil, si no imposible, saltarse la cola. Pues quienes están a cargo del servicio probablemente se negarán a prestar el servicio a quien no ha esperado su turno de acuerdo a las reglas establecidas. Imaginemos el caso de una persona que concibe que su estatus (a pesar de no ser esto reconocido por el proveedor del servicio) es tan elevado que la gente ordinaria debiera dejarlo pasar. Incluso ella, que se niega a reconocer la legitimidad o la justicia o incluso la existencia de la regla en relación con ella misma, debe enfrentarse con un hecho desagradable. Ella no obtendrá el servicio que busca si no actúa de acuerdo a esa regla. Esto es, no podrá hacerlo a menos que esté dispuesta a tomar un curso de acción violento que llegue al extremo de romper la paz, o aun robar o asaltar o, en el extremo, asesinar. Muchos de los que sin escrúpulos se saltan colas fijan el límite antes de llegar a estos ilícitos relativamente graves, por lo que se ven constreñidos por reglas que de otro modo despreciarían. Los hechos institucionales se vuelven, por esta vía, realidades duras, hechos que nos constriñen, no solamente normas que guían nuestro juicio autónomo.

#### 8. INSTITUCIONES DE DERECHO POSITIVO: OBSERVACIONES PRELIMINARES

El carácter constrictor de las colas, en tanto instituciones sociales organizadas, se ve replicado, de modo aún más claro, en el caso más formalizado de las instituciones que se insertan en la estructura del derecho positivo nacional, el derecho estatal. En el caso de los mesones para la venta de pasajes de tren, la cola administrada por quien está a cargo del local es, por supuesto, una cola para pasajes de tren. Detrás de esto subyace el derecho de un determinado Estado. Comprar un pasaje de tren implica celebrar un contrato de transporte, gobernado no sólo por el derecho general de contratos sino que por un considerable volumen de detalladas regulaciones especiales

sobre el transporte de personas por tren. Lo mismo puede decirse con respecto al transporte aéreo o marítimo, y asimismo sobre el seguro de viajes contratado por una persona prudente antes de embarcarse en un viaje en el que están presentes riesgos mayores o diferentes a los que afectan a la vida cotidiana del día a día.

En tanto esto está bajo la normatividad del derecho estatal, todo cae dentro del reino del «deber ser». Se debe obtener un billete para adquirir el derecho a un asiento en el tren o el avión. Si se es el titular legítimo de un billete, la empresa de trenes o la aerolínea tiene el deber de transportarlo cumpliendo todas las condiciones de transporte que se han acordado en virtud del contrato celebrado al comprar el pasaje. La empresa debe, además, de acuerdo con el derecho estatal, cumplir con todas las obligaciones regulatorias que son aplicables al modo de transporte de que se trate. Si se prueba la infracción a tales regulaciones pueden imponerse sanciones.

Por otra parte, resulta del todo imposible cualquier intento o propósito de entrar en un servicio regular de vuelo de una aerolínea comercial a menos que se tenga un pasaje, se haya facturado, y se haya cumplido con todo ese ritual tan familiar al viajero contemporáneo. La diferencia con los viajes en tren es sólo una cuestión de grado. De hecho, los viajes en tren son ahora controlados, en muchas líneas de trenes y en muchos países, a través de torniquetes que permiten el paso sólo si se inserta un billete válido. Es físicamente imposible (o al menos difícil) obtener acceso al servicio sin cumplir con las reglas de la institución. Las formas normativas resultan ser constreñimientos prácticos impenetrables, excepto para el violento pirata o para el astuto y desesperado polizón.

Asimismo, la propiedad depende profundamente de normas. Es más, se trata de reglas formalmente articuladas de modo muy detallado y que tienen una complejidad, en apariencia, laberíntica. Tener un derecho de propiedad sobre algún objeto físico, o sobre alguna (normativamente delimitada) porción de tierra, implica estar protegido por reglas que exigen a los demás no turbar la posesión ni el uso de la cosa o terreno (discutido en detalle más abajo en el capítulo VIII). Presupone que se ha adquirido el derecho en modos normativamente regulados: por donación, compra, ocupación o prescripción. Todo esto generalmente queda oculto tras el hecho social patente del control físico sobre, y del acceso a, la cosa o terreno, por el estado psicológico de seguridad y de cómoda familiaridad, por la irreflexiva aceptación de los demás, y porque de cualquier manera los otros también tienen cosas que pueden llamar propias, que esto es suyo y que es él quien decide qué sucede aquí, de qué manera y por quién se usará este auto o ese ordenador.

Percibimos el espacio que nos rodea como parcelado en terrenos con casas o tiendas o industrias o campos y montes de pastoreo, entre los que hay

interpuestos parques públicos, carreteras públicas y así sucesivamente. En la tierra hay cosas que pertenecen a las personas. Las personas acomodadas son propietarias de acciones y bonos y de otros valores intangibles, que presuponen por cierto todo un tejido normativo de leyes que regulan las deudas del Estado y una estructura de, y reglas sobre, acciones de participación en el capital de sociedades privadas. Normalmente, sin embargo, estas entidades abstractas (representadas generalmente a través de papeles impresos especiales) son vistas simplemente como otras más de entre las «cosas» que pueden ser objeto de propiedad. La cosecha de avena del próximo año, todavía sin sembrar, puede «cambiar de manos» del mismo modo que un saco de harina de avena del año pasado que ya ha sido cosechada. Los derechos sobre cosas futuras en tanto «cosas institucionales», son tan reales como lo son los sacos de avena en tanto cosas físicas — los derechos de propiedad sobre los sacos de harina no son en términos jurídicos más tangibles ni menos institucionales que los derechos sobre frutos futuros, o sobre opciones de compra de acciones, o cualquiera de las otras extrañas entidades imaginarias como éstas que hacen ganar o perder fortunas—. La fortuna que se gana o se pierde está constituida por dinero. Y el dinero es un medio de cambio que existe sólo gracias a la fe que los seres humanos tienen en las normas, que por lo demás son en su mayor parte reglas jurídicas explícitas de derecho estatal, que regulan los procesos de intercambio y el carácter de medio legal de pago, así como el derecho para acuñar monedas o para imprimir y emitir papel moneda. Recientemente, con el surgimiento de la moneda de curso en toda Europa, el euro, puede verse un relevante sector del derecho que es de naturaleza supraestatal.

## 9. AGENCIAS INSTITUCIONALES

Se debe decir algo acerca de las agencias institucionales\* y su rol en la institucionalización de un orden antes de concluir este capítulo. Se ha visto la posibilidad de que una práctica tenga dos o más niveles, por ejemplo, en relación con el caso de las colas. De una manera que no sorprende para nada a los abogados, se descubre que existen dos elementos distinguibles: el elemento de la formulación de las reglas y el elemento de la administración de las reglas. El primero es suficientemente obvio y claro. El segundo es a su vez divisible en dos o tres elementos más. Uno tiene relación con

---

\* N. del T.: En el texto se distingue entre «*executive and administrative function*» y «*law-enforcement function*» que en español suelen englobarse conjuntamente bajo la noción de «poder ejecutivo» o «función ejecutiva» — a veces, también, «función de gobierno y administración»—. Aquí para mantener la distinción hecha en el texto, se traducirá la primera expresión como «función ejecutiva» y la segunda como «función de imposición del derecho».

la decisión de cómo aplicar las reglas y el otro con la existencia de los medios adecuados, tales como los torniquetes o los tickets numerados. Puede también incluir la preocupación por la imposición de las decisiones y, de modo más general, la actuación destinada a asegurar la conformidad con la práctica correcta. No hay ninguna razón, desde luego, para suponer que estas responsabilidades respecto de estos diversos elementos deben ser atribuidas o asumidas por personas diferentes. Es posible, no obstante, dividir las funciones entre diferentes personas o equipos de personas, de modo tal que haya creadores de normas, aplicadores de normas, administradores de medios y agencias de ejecución.

Bajo el derecho de los Estados constitucionales modernos, no hay prácticamente necesidad de decir que las funciones de legislación, adjudicación, ejecución y administración e imposición del derecho están parceladas y distribuidas entre agencias sustancialmente diferentes, si bien no siempre sin que haya una cierta superposición entre ellas. El principio de separación de poderes, que correctamente muchos consideran esencial para la subsistencia de una sociedad libre que no está sometida a un poder despótico, exige la evitación de superposiciones indebidas. Por cierto, debe añadirse que no todos los casos de órdenes normativos institucionales, de derecho, han respetado o siquiera reconocido el principio de separación de poderes. Los imperios y las ciudades Estado de la antigüedad, las monarquías feudales medievales y los despotismos ilustrados modernos, tanto como (más discutiblemente) los Estados socialistas y los regímenes de partido único, han tenido un derecho de tipo propio sin separación de poderes, al menos en las formas que ésta asume ahora en los Estados constitucionales contemporáneos.

El presente trabajo se centra en el derecho tal como se manifiesta en un *Rechtsstaat* o «Estado de derecho» al cual me he referido hasta ahora como el «Estado constitucional moderno»<sup>11</sup>. El punto es tomar nota de que existen instituciones públicas distintas —que denominaremos «instituciones-agencias»— encargadas de las funciones de legislación, de adjudicación, de ejecución-administración y de imposición. Para la unidad y la coherencia del Estado al que estas instituciones pertenecen, es crucial que éstas en la realización de sus funciones, interactúen efectivamente de modo coordinado y equilibrado. Esta coordinación y equilibrio constituye una característica del orden institucional del Estado y el área del derecho en la que nos interesamos al tratar de entender este elemento de nivel superior de los órdenes normativos institucionales es, evidentemente, la del derecho constitucional. Esto se considerará en el próximo capítulo.

---

<sup>11</sup> Véase sobre el concepto de Estado de derecho o Estado constitucional, MacCORMICK, 1999: cap. 2; la cuestión es discutida con más detalle en el capítulo III, *infra*.

Por ahora se debe destacar, simplemente, que en el discurso de los abogados las «instituciones» son notablemente diversas en cuanto a su clase. Los parlamentos, los tribunales, los ministerios y los departamentos de gobierno, las fuerzas policiales y otras agencias de imposición del derecho son un tipo de institución —las podemos llamar instituciones-agencias, porque su sentido y función es actuar de varias maneras características. Las sociedades, corporaciones y fundaciones que están dotadas de personalidad jurídica por haber sido constituidas cumpliendo las condiciones legales son también agencias institucionales. Los contratos, los *trusts*, la propiedad, el matrimonio y la familia y otras instituciones de este tipo, no son en sí agencias sino que son figuras que resultan de los actos de personas y/o agencias institucionales. Aquí, cuando haya algún riesgo de ambigüedad, se les denominará «figuras institucionales»<sup>12</sup>. Además existen «cosas institucionales», en las variadas formas de «cosas incorporales», esto es, los objetos invisibles e intangibles que existen en virtud de disposiciones legales, tales como las acciones en sociedades, los derechos de autor, las patentes y otros «derechos de propiedad intelectual», sobre los que se hablará más en capítulos posteriores.

Puede discernirse una estructura especial en las reglas que gobiernan estos tres tipos de instituciones, esto es, las agencias institucionales, las figuras institucionales y las cosas institucionales. El primer conjunto, que llamaremos aquí «reglas institutivas», determina la clase de actos y procedimientos por medio de los que puede establecerse una agencia (reglas para establecer un nuevo cuerpo legislativo o sobre la constitución de una sociedad, por ejemplo), o una figura (las reglas sobre formación de contratos, por ejemplo) o una cosa (las reglas para la obtención de una patente, por ejemplo). Un segundo conjunto determina las consecuencias normativas de su existencia —un parlamento puede aprobar leyes y realizar otras cosas jurídicamente significativas, un contrato regula lo que las partes deben hacer para cumplirlo, y una patente funda pretensiones de exclusividad respecto de los procesos que especifica—. El tercer conjunto tiene relación con la terminación o disolución de la agencia, figura o cosa. Esta presentación triádica de reglas «institutivas, consecuenciales y terminativas»<sup>13</sup> corresponde a una estrategia expositiva usada comúnmente en las obras dogmáticas y que se refleja hasta cierto punto en el lenguaje de abogados y tribunales. En cada caso es necesario tener alguna noción del sentido de la institución en cuestión. Las legislaturas existen para la creación y reforma de las leyes. Los

<sup>12</sup> MacCORMICK, 1988a.

<sup>13</sup> Esta manera de representar las instituciones fue expuesta por primera vez en mi conferencia inaugural («Law as Institutional Fact») presentada en la Universidad de Edimburgo en 1973, véase MacCORMICK, 1974; también MacCORMICK y WEINBERGER, 1986: cap. 2.

contratos son un modo para hacer obligatorios los acuerdos entre personas. Los *trusts* son modos para dedicar propiedades a determinados usos o para el beneficio de determinada persona o bien público. Las patentes son una manera de asegurar derechos de exclusividad en la explotación de invenciones con la intención de promover la innovación y facilitar la cobertura de los costes de investigación y desarrollo, y así sucesivamente. Podría decirse que la explicación de cualquier institución requiere dar cuenta de las reglas relevantes a luz de su sentido. Esta idea de que las cosas tienen un sentido puede compararse con la idea aristotélica de que muchos tipos de entidades han de ser explicadas en términos de su «causa final»<sup>14</sup>. Que de una semilla se desarrolla una planta que, en su momento, produce más semillas si es fertilizada es importante para la comprensión de las semillas (vegetales). Esto es tanto más cierto en el caso de las instituciones, en la medida que sólo pueden ser explicadas cuando se sabe la finalidad para la que se supone que funcionan. Los contratos existen para obligarse, los clubes de fútbol para organizar equipos y partidos de fútbol y así. Esto no significa que no puedan ser usadas —en muchos casos de modo bastante legítimo— para toda la variedad de fines humanos para los que tales figuras puedan ser adaptadas. Pero en ese caso se trata de que una institución que funciona con una finalidad —su «causa final»— es adaptada para esos otros fines. Este punto es tratado con mayor detalle en el capítulo XVI de este libro. Basta con observar aquí que la distinción de John SEARLE entre reglas «constitutivas» y «regulativas» de las instituciones, incluso en la forma más elaborada que le ha dado Dick RUTER, me parece menos satisfactoria que la presentación triádica aquí propuesta, en la medida que sea complementada con la referencia a la causa final o sentido primario de la institución<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Compárese con ARISTÓTELES, 1912: 1252b-1253a: «cada ser en su estado más perfecto, que ciertamente es la naturaleza de tal ser, sea un hombre, un caballo, o una casa: adicionalmente, lo que sea que produzca la causa final y el fin que nosotros deseamos, debe ser el mejor; pero un gobierno completo en sí es tal causa final y lo que es mejor».

<sup>15</sup> El argumento completo tras esta concepción es desarrollado en MACCORMICK, 1988b: 36-44. SEARLE, 1969: 34-51 sostiene que existen «reglas constitutivas» que pueden ser reconstruidas con la forma «*x* cuenta como *y* en las circunstancias *c*». Esto parece que resulta ser demasiado amplio, pues casi cualquier cosa puede contar como cualquier otra en circunstancias apropiadas. Una botella puede contar como un arma en una riña dentro de un pub, sin que ninguno de estos conceptos pueda ser considerado como institución social, legal o cultural. Por otra parte, es cierto que una vasija de vidrio con cuello estrecho que se utiliza para contener líquidos cuenta como una botella. Esto puede muy bien decirnos algo acerca del sustantivo «botella» o aun sobre el concepto «botella» en el lenguaje español. Si algo de todo esto tiene que ver con algo que deba reconocerse como un elemento institucional, se relacionará con el sentido en que sustantivos o conceptos puedan caracterizarse como instituciones en el lenguaje; esto no nos da, sin embargo, ninguna pista útil sobre las instituciones en el sentido práctico de las que se ocupa la teoría institucional del derecho. Para una elaborada defensa de la concepción contraria véase RUTER, 2001: cap. 4.

### CAPÍTULO III

## EL DERECHO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

El capítulo anterior concluyó con reflexiones acerca del modo en que pueden aparecer agencias especializadas dotadas de autoridad para llevar a cabo tareas esenciales del gobierno bajo reglas de nivel superior. Éstas son las tareas de crear derecho y mantener al ejecutivo bajo fiscalización, las tareas del poder ejecutivo relacionadas con la persecución del interés general en la implementación de la ley o, si se quiere, dentro un marco legal, y las tareas de adjudicación que tienen por objeto el resguardo del derecho, tanto en los conflictos entre personas privadas como en asuntos que involucren a personas privadas y autoridades públicas. La distinción entre legislativo, ejecutivo y judicial es, como se ha notado, una característica propia del Estado constitucional moderno. El respeto del principio de separación de estos poderes es la nota distintiva propia de este tipo de comunidad política. Las formas democráticas de elección de los cargos públicos de quienes integran la legislatura o ejercen la jefatura o son miembros del poder ejecutivo, aunque no así en el caso de los cargos judiciales (con pocas excepciones), también se han vuelto una característica propia de esos Estados. Esto ha sido una consecuencia más que una causa del establecimiento de una exitosa separación de poderes dentro de una «constitución equilibrada»<sup>1</sup>.

Este capítulo comienza con una discusión acerca de los Estados y procede luego a la consideración de las constituciones como marco jurídico de los

---

<sup>1</sup> Cfr. CARNEGEM, 1995: 19-20.

Estados, para a continuación reflexionar sobre las instituciones de derecho público configuradas por o bajo las constituciones. De aquí prosigue con ciertas observaciones preliminares sobre «el Estado y la sociedad civil» que miran hacia la tercera parte, seguidas de una breve conclusión provisional sobre «el derecho como orden normativo institucional».

## 2. ESTADOS

Todos los Estados, sea que se conformen o no con el patrón de un Estado constitucional que aquí se discute, tienen cuatro características esenciales. Primero, son *territoriales*, esto es, pretenden tener y ejercen, en grado significativo al menos, un control efectivo sobre un territorio específico, de un modo que envuelve, cuando es necesario, el uso de fuerza coactiva en contra de amenazas externas e internas. Segundo, pretenden *legitimidad*: las autoridades gobernantes pretenden que ejercen de derecho tal control efectivo y que son apropiadamente reconocidas como quienes de derecho tienen autoridad sobre el territorio. Tercero, pretenden *independencia*, es decir, sus autoridades gobernantes pretenden que el pueblo del Estado tiene derecho a una forma de gobierno libre de interferencias de otros Estados. La cuarta característica, íntimamente relacionada, es el reconocimiento de estas pretensiones por parte de otros Estados. Pues según el derecho internacional, un Estado es un territorio con un *gobierno efectivo y reconocido*, y tiene el derecho a ser respetado bajo el principio de no interferencia mutua. (Hoy se reconoce cada vez más una excepción a la no interferencia en el caso de un deber de intervención humanitaria por masivas violaciones de derechos humanos fundamentales por parte de las autoridades estatales gobernantes<sup>2</sup>, cuestión a la que se volverá en un capítulo posterior).

El gobierno exige la mantención de algún tipo de orden y en la medida que tal orden sea asegurado con referencia a un cuerpo de reglas dirigidas a la población que sea tomado en serio por las agencias de imposición, existe un elemento jurídico en el gobierno. Es bajo estas mismas reglas que se prohíbe el uso no-oficial de la fuerza para perseguir pretensiones y actuar en contra de presuntas infracciones. Esto resulta esencial para el monopolio del uso legítimo de la fuerza que pretende detentar el Estado, si bien dicha pretensión aparece respaldada además por ciertas convicciones ideológicas de un tipo democrático, nacionalista, republicano o religioso. Los Estados, vistos de esta manera, son conceptualmente identificados en términos primariamente políticos y territoriales<sup>3</sup>. Además tienen una base en el derecho

---

<sup>2</sup> ROBERTSON, 1999.

<sup>3</sup> Cfr. MACCORMICK, 1999: 17-18.

internacional tal como surgió con posterioridad a la Paz de Westfalia de 1648 y vino a ser expresado por los teóricos del derecho internacional a partir de De Vattel en 1758<sup>4</sup> (se ha vuelto común describir, de un modo ligeramente anacrónico, a los Estados en la forma que adquirieron en el siglo xx como Estado «westfalianos»).

¿Bajo qué condiciones puede un Estado tener poderes de gobierno diferenciados y mutuamente equilibrados? La respuesta que se sigue de la discusión de los capítulos I y II es que puede tenerlos cuando existen prácticas apropiadas de un tipo tal que pueden ser reconstruidas en términos de normas, reglas y principios de conducta. Si se reconoce que todos en el Estado deben aceptar y actuar en conformidad con las leyes establecidas por un determinado parlamento, y se reconoce que los miembros de tal parlamento se determinan de acuerdo a algún procedimiento de elección en sí mismo regulado y reconocido, esto significa que existe una creación institucionalizada del derecho. Si se reconoce que el poder ejecutivo es ejercido por, o en nombre de, el jefe de gobierno, debiendo los ministros responder frente al parlamento, y que tal ejercicio del poder ejecutivo está sujeto a un determinado *rule of law* cuando afecta los derechos de las personas, el poder ejecutivo, entonces, está institucionalizado. Si se reconoce que en la interpretación de las reglas establecidas por la legislatura, incluidas aquellas que regulan la actividad ejecutiva, la autoridad final está constituida por un cuerpo de jueces organizado a través de un sistema de tribunales, entonces, el poder judicial está institucionalizado. He dicho «si se reconoce». La pregunta que se plantea a continuación es obviamente: ¿se reconoce por quién? La respuesta debe ser bastante similar a la que se aplica en el caso de las colas. Debe ser reconocido por la cantidad de personas suficientes para que la práctica sea viable. En un Estado, debe recordarse, la fuerza coactiva está organizada. Es improbable que sean eficaces las prácticas cuya legitimidad no sea reconocida por quienes dirigen las fuerzas estatales. Pero con respecto a las prácticas que dichas fuerzas apoyan como legítimas, el disenso de otras secciones de la comunidad puede no ser suficiente para hacerlas inviables.

Todo esto debe parecer bastante trivial y además parece ocultar más que lo que revela. Cualquier parlamento real supone un enorme y elaborado cuerpo de derecho electoral que determine su composición, la práctica de elecciones apropiada y la organización de los partidos políticos. Las reglas procedimentales que regulan el modo de funcionamiento del parlamento, así como el procedimiento que debe seguirse para establecer reglas estatales — «leyes» — vinculantes conforman asimismo un complejo enorme y ela-

---

<sup>4</sup> Vattel, 1883; cfr. Alot, 2002: 41-45.

borado. Lo mismo puede decirse del voluminoso cuerpo de derecho público relativo a la organización del poder ejecutivo y de las autoridades públicas subordinadas, incluyendo también probablemente autoridades regionales y locales. Igualmente voluminosas son las leyes que establecen y regulan los tribunales de justicia y los organizan diferenciando entre jurisdicción civil y criminal, probablemente también comercial, administrativa y tributaria, contemplando uno o dos niveles de cortes de apelación. Existe frecuentemente además un tribunal constitucional que de manera definitiva interpreta el derecho de la constitución y que mantiene todo el conjunto. Además de todo esto, todos los tribunales poseen conjuntos elaborados de reglas que regulan los procedimientos que deben observarse.

Más aún, en algunos Estados se reconoce abiertamente que las decisiones de los tribunales, particularmente los de mayor jerarquía, constituyen precedentes que los demás tribunales deben obligadamente seguir excepto en circunstancias especiales y que, por tanto, constituyen reglas de conductas para las personas en general, no sólo para los jueces. En otros Estados, se considera que los precedentes sólo tienen imperio en el caso particular, si bien se les reconoce cierto valor demostrativo que guía la interpretación del derecho en casos futuros similares. Sea de manera formalmente reconocida o no, el precedente puede constituir una fuente de reglas y principios y de aproximaciones a la interpretación, que conforman un «derecho de casos» [*case law*] que corre paralelo al derecho establecido a través de las leyes promulgadas<sup>5</sup>. Los distintos países que pertenecen a la tradición del *common law* han heredado de los tiempos premodernos un cuerpo de derecho fundado originalmente en la costumbre pero que en nuestros días reconoce su fuente más autorizada en los precedentes judiciales de los tribunales superiores, incluyendo precedentes de tribunales de eras jurídicas remotas. Las obras «institucionales» de juristas tempranos, como se ha dicho antes, constituyen una fuente adicional. Todo este derecho está sujeto, de todos modos, a las reformas que se establezcan por decisión de la legislatura contemporánea<sup>6</sup>.

La mayor parte de este derecho público especializado que regula la conducta de las distintas ramas del gobierno está altamente institucionalizado. ¿Cómo puede servirnos para dar cuenta de esto, entonces, una explicación tan simple como la del capítulo II que se refiere al paso de las colas informales a las formalizadas? El punto central que debe observarse como medio

---

<sup>5</sup> Una exposición de las diferentes aproximaciones a los precedentes y de las diferencias respecto de su reconocimiento formal como «fuente del derecho» en distintos sistemas jurídicos nacionales, véase MACCORMICK y SUMMERS (eds.), 1997.

<sup>6</sup> Cfr. LUHMANN, 2004: 363-364, sobre la emergencia de la democracia contemporánea y el desarrollo de la legislación.

para responder esto es que nada sale de la nada. El derecho constitucional así como todos los elementos especializados del derecho público son ciertamente normativos; son con toda seguridad estándares sobre cómo las autoridades y funcionarios públicos y otros deben —tienen que— comportarse. ¿Qué es lo que hace que sean normativos? ¿Qué les da su cualidad de «deber», sobre la cual se basa la crucial distinción entre lo que es lícito y lo que es ilícito? Mi propuesta a lo largo de este libro ha sido, en efecto, que la clave de la normatividad reside en lo que H. L. A. HART llamó el «aspecto interno» del comportamiento<sup>7</sup>. Para esto, tienen que existir estándares a los que los participantes de la práctica se refieran, explícita o implícitamente, para la formación de expectativas de conducta y para actuar en conformidad.

Lo que subyace tras cualquier tipo de creación o aplicación de reglas es esa capacidad humana —esa capacidad esencial y elemental— para interactuar coordinadamente<sup>8</sup> sobre la base de «lo debido». Pues el sentido de las reglas legisladas es que la legislatura las hace sobre la suposición de que deben ser obedecidas y que deben ser impuestas (y mientras mejor impuestas, más probable es que se obedezcan). El sentido de la adjudicación formal reside en la suposición de que los destinatarios del juicio deben aceptarlo e implementarlo, y si alguna de las partes prueba ser recalcitrante hay otras agencias que se encargan de ello. El sentido de una decisión ejecutiva de que deben destinarse determinadas sumas del presupuesto público a las fuerzas armadas y ciertas otras a los servicios de salud es que tales sumas deben entonces (si son aprobadas por la ley de presupuestos, sin duda) ser gastadas según lo autorizado, ni más ni menos. Ese «deber» que emana de tales procesos de decisión tiene que haber formado parte de ellos desde el principio. ¿De dónde proviene? La respuesta reside en convenciones informales, no-institucionalizadas, asentadas en los usos y costumbres de los ciudadanos del Estado, particularmente de aquellos que de tiempo en tiempo detentan cargos públicos. Al decir esto debe tenerse en mente, respecto de aquellos Estados que son democráticos con mayor o menor extensión, que presentarse a votar en las elecciones se considera, con razón, como el desempeño de una función pública esencial. Aun en los órdenes masivamente institucionalizados, entonces, detrás de los poderes de cada una de sus grandes instituciones yace una convención o costumbre<sup>9</sup> en virtud de la que deben llevar a cabo sus funciones según el modo en que éstas les han sido constitucionalmente conferidas. En la medida en que tal norma no sea observada,

<sup>7</sup> HART, 1994: 56-57, 88-90, 102-104. Existen ciertas dificultades relacionadas con esto que serán enfrentadas en el capítulo IV.

<sup>8</sup> Sobre los problemas de coordinación y las posibilidades de solución, véase LEWIS, 1986: 5-51; cfr. POSTEMA, 1982.

<sup>9</sup> Sobre la costumbre, véase BJARUP, 2005 (especialmente pp. 135-151).

la normatividad deja de existir, si bien puede quedar la ruda efectividad práctica del ejercicio de un poder físico desnudo.

Las convenciones y los usos compartidos cumplen otro rol vital en la manutención de un orden constitucional con separación de poderes. Los controles y contrapesos entre las distintas ramas del gobierno generalmente son reconocidos como algo esencial para un exitoso autogobierno constitucional de un Estado, especialmente para el mantenimiento de las condiciones de un gobierno libre, en contraste con la tiranía o el despotismo en alguna de sus formas<sup>10</sup>. La cuestión consiste en que cada rama del gobierno debe ser vigilada y controlada por otra, o debe contener prácticas de control interno, o ambas<sup>11</sup>. El ejecutivo debe perseguir la realización de políticas robustas en relación con la economía y las condiciones sociales de la nación y debe velar por mantener efectivamente la seguridad interna y externa, internamente a través de las agencias de imposición del derecho, externamente a través de las fuerzas militares (incluyendo los servicios de inteligencia). Pero mientras más robusto sea el ejecutivo, mayor es el riesgo de exceso o abuso de poder en detrimento de los ciudadanos o de un subconjunto de ellos. Es importante, entonces, que el ejecutivo sea políticamente responsable ante la legislatura y el principio de legalidad que rige los actos del gobierno —el «*Rule of Law*»— exige también que los actos que afecten a ciudadanos y otras personas privadas estén autorizados por ley. La legislatura controla, de este modo, el marco dentro del cual el ejecutivo puede actuar. Lo hace, al menos, si se supone que los tribunales detentan un poder e independencia adecuados para asegurar la legalidad de la actividad gubernamental cuando ésta sea impugnada a través del tipo adecuado de acción (tipos adecuados de acción deben ser establecidos, entonces, a través de las leyes y reglas que se refieren al tribunal respectivo). Los tribunales, a su vez, deben cuidarse de no usurpar el ámbito propio de la legislatura cuando les toca decidir acerca del contenido del derecho y las orientaciones de la reforma del derecho. Al mismo tiempo, sin embargo, los tribunales deben velar por el ámbito de la legislatura asegurando que no sobrepase las restricciones constitucionales que pesan sobre ella, o que actúe más allá de la autoridad que le ha sido conferida, cuando la cuestión verse sobre la autoridad que le ha sido concedida a la legislatura.

Los controles y contrapesos de este tipo han recibido interpretaciones diversas en los distintos Estados contemporáneos con tradiciones constitucionales diferentes, pero que se han desarrollando dentro de lo que es, esencialmente, una misma familia amplia de pensamiento constitucio-

---

<sup>10</sup> CAENEGEM, 1995: 168, 185.

<sup>11</sup> VILE, 1967; MARSHALL, 1971.

nal<sup>12</sup>. Todos enfrentan el riesgo de caer en un punto muerto. Cada uno de los órganos constitucionales principales puede bloquear o volver impotentes las acciones de los otros. Un equilibrio dinámico puede degenerar en parálisis e inmovilidad, provocando ese tipo de crisis constitucional que tan frecuentemente ha sido superada sólo a través de un «hombre fuerte» que suspende la constitución y asume un régimen personalista con el respaldo al menos de los militares. El problema del equilibrio para sostener un sistema con funcionamiento efectivo no puede ser resuelto a través de ningún mecanismo de creación formal de reglas —aunque sólo porque, en condiciones de crisis, el problema seguramente dirá relación con o incluirá la cuestión misma de quién tiene la autoridad para crear la regla que con autoridad ponga fin al punto muerto—. Dado que los mecanismos formales de creación de reglas nunca podrán asegurar del todo el equilibrio y la reciprocidad en la práctica, la alternativa a las intervenciones del «hombre fuerte» depende de las convenciones constitucionales —tal como ya han sido discutidas en el capítulo II—. Éstas son esenciales para la función de mantenimiento del equilibrio, y en sí dependen de un «punto de vista interno» compartido o superpuesto entre quienes ejercen roles determinados por la constitución en las tres ramas más importantes del Estado.

Esto dirige la atención a un hecho que David HUME destacó de una manera notable<sup>13</sup>. Si, dice él, las constituciones son algún tipo de contrato social sobre el cual han consentido todos los afectados y que es impuesto por voluntad popular, debería esperarse que los Estados estén tanto más consolidados mientras más cercanos estén a la adopción de una nueva constitución. En el caso del gobierno monárquico, la introducción de una nueva casa real, como en Gran Bretaña a principios del siglo XVIII, sería un caso paralelo. La historia, sin embargo, demuestra que la novedad de una constitución o de una casa real está lejos de ser algo que tienda a asegurar su estabilidad. Las constituciones se vuelven más estables mientras más vengán a ser guardadas por, o cimentadas sobre, la costumbre, los usos y la convención. Lo mismo puede decirse respecto de la legitimidad de una monarquía. El paso de un Estado idealmente estructurado a un orden constitucional operativo requiere tiempo y (sujeto a ciertas excepciones) con el paso de éste irá adquiriendo un aura de legitimidad cada vez mayor.

Puede pensarse que al decir esto, estoy cayendo en el error de generalizar a partir de un caso que me resulta familiar. La constitución del Reino Unido (si es que existe algo así) es fundamentalmente un asunto de costumbre y convención, que se complementa con varias leyes y tratados más o menos

<sup>12</sup> CAENEGEM, 1995: 150-174; CRAIG, 1990: 16-21, 56-58, 113-116, 159-160.

<sup>13</sup> Véase HUME, 1963.

solemnes y por precedentes judiciales. Más aún, su versión de la separación de poderes es bastante precaria<sup>14</sup>, pues la doctrina constitucional central de la soberanía legal del monarca en parlamento implica que la legislatura tiene la última palabra acerca de todo. En un contexto en el que existen partidos políticos fuertemente organizados y en el que el primer ministro tiene preeminencia como el líder del partido mayoritario, el carácter teóricamente absoluto de la legislatura puede acercarse peligrosamente a una situación en la que el ejecutivo tiene una posición casi absoluta. Ciertamente, el funcionamiento del Estado es más flexible y fluido, y el equilibrio entre los elementos más volátiles, que bajo la forma de Estado más normal en la actualidad, basada en una constitución «escrita» o, según voy a llamarla, «formal»<sup>15</sup>.

### 3. CONSTITUCIONES

Podría decirse, no sin algo de razón, que lo dicho hasta aquí en este capítulo constituye un rodeo innecesario. Es obvio que todos los Estados, en adición a las cuatro características que se han mencionado, tienen constituciones. Las preguntas de cómo se dividen los poderes y las funciones de gobierno entre las diferentes agencias y la de cómo se mantienen los controles y contrapesos entre y dentro de las diferentes ramas del gobierno, tienen una respuesta obvia. Para esto uno tiene que adoptar una constitución que tenga las disposiciones apropiadas y, luego, uno tiene que observar de buena fe la constitución que se ha adoptado. ¿Pero quién es este «uno» que debe adoptar y observar la constitución? Se enfrenta aquí una paradoja por mucho tiempo reconocida. Quienquiera que asume que el poder constituyente constituyó un Estado debe presuponer que ya existen miembros del Estado que se ha constituido<sup>16</sup>. De hecho, la nota distintiva de las nuevas repúblicas frente a los antiguos reinos es que las repúblicas fueron constituidas por la voluntad soberana de sus ciudadanos o de la nación (los reinos feudales surgieron de guerras y conquistas y sólo gradualmente, los reyes aceptaron que el derecho y las costumbres del reino que gobernaban les obligaba a ellos también). En la república, ni los ciudadanos ni la nación existen sino desde que la constitución les dio existencia o les confirió tal carácter<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Puede decirse, incluso, que MONTESQUIEU malentendió y malinterpretó completamente el sistema constitucional de Gran Bretaña («Inglaterra», la llama) al ver en él la existencia de una «separación de poderes». Véase CLAUS, 2005 — para una perspectiva diferente véase CAENEGEM, 1995: 123-124.

<sup>15</sup> Puede encontrarse una explicación de la distinción entre las constituciones «formales» y «funcionales» en MACCORMICK, 2005b: 39-46.

<sup>16</sup> Cfr. LINDAHL, 2004: 90-107.

<sup>17</sup> Cfr. TOMKINS, 2005.

Una forma de salir de este embrollo consiste en afirmar, con Hans KELSEN, que la autoridad de los constituyentes debe darse simplemente por su- puesta —ninguna regla positiva o puesta puede conferir a los creadores de la constitución la autoridad para ello—<sup>18</sup>. Se trata sólo de que todos deben actuar tal como si ellos hubieran tenido tal autoridad —al menos, debe hacerse eso en el evento de que la constitución creada por ellos se vuelva una base eficaz de la actividad estatal, en virtud de la cual los actos son lícitos o ilícitos, válidos o inválidos—. Dado un orden constitucional que es en términos generales eficaz, tiene sentido tratar la constitución como algo que debe ser respetado. Esto es, tiene sentido actuar sobre la base de que la coacción estatal debe ser ejercida sólo de acuerdo con las disposiciones establecidas por los constituyentes y que toda otra forma de coacción debe entenderse como contraria a derecho. Desde el punto de vista del teórico, entonces, en todos aquellos Estados en los que existe un orden normativo eficaz basado en una constitución, la constitución estatal está respaldada por una «norma fundante básica» o *Grundnorm*.

Cabe hacer dos consideraciones. Primero, esto presupone que se sabe lo que es una constitución. Este conocimiento está basado necesariamente en la comprensión de las funciones, ya discutidas, de atribución de poderes y de establecimiento de controles y contrapesos entre ellos. Es decir, sólo desde una apreciación del funcionamiento de un orden jurídico territorial con legislativo, ejecutivo y judicial, interrelacionados operativamente, puede explicarse lo que conlleva una constitución. En segundo lugar, la existencia de una constitución no es primariamente una cuestión de adoptar, a través de algún procedimiento, un documento formal que pretende distribuir los poderes de gobierno en el modo que se ha discutido. De nuevo, se trata de una cuestión de funcionalidad que dice relación con la reacción en el tiempo de los agentes políticos a las normas formuladas en el texto de la constitución. Éstas son o no tomadas en serio como normas rectoras del comportamiento. En un grado variable, pero al menos en la gran mayoría de las situaciones relevantes, los agentes deben orientar su conducta por estas normas y quienes se ven afectados por tales actos deben entenderlos sobre la base de esas mismas normas. Sólo aquellas que son tomadas en serio en este sentido son realmente constituciones operativas.

En el caso paradigmático de Estados modernos como Francia, Portugal, Polonia o Japón, o en modernas federaciones como Alemania, Estados Unidos, Canadá, Australia o Suiza, la constitución tiene tanto un aspecto formal como uno funcional. Formalmente, se puede apuntar a un texto que en su origen fue confeccionado por algún comité o convención y luego adoptado como

---

<sup>18</sup> KELSEN, 1967: 193-219.

la constitución del respectivo Estado o Federación por los ciudadanos cuya ciudadanía se ve así confirmada. El día de su adopción como las fechas de las reformas subsecuentes que han llevado al texto constitucional a su forma actual, pueden ser especificadas y, de hecho, son normalmente señaladas en el texto mismo en que se imprime la versión oficial vigente. Funcionalmente es, al menos en un grado razonable, o no es, ni siquiera en un grado razonable, una fuente genuinamente observada de normas genuinamente observadas por quienes ejercen roles públicos especificados por o de acuerdo con ella (incluyendo los roles de las fuerzas armadas del Estado)<sup>19</sup>. Sólo quien busque entender el comportamiento normativamente, del modo en que se ha discutido con detenimiento en los primeros dos capítulos del presente trabajo, puede decir si una constitución formal es también funcional en la vida del Estado, de sus funcionarios y de sus ciudadanos. Sólo en la medida en que una constitución formal sea funcional en un grado razonable, puede ser reconocida como una constitución genuina, más que una constitución fallida o mera apariencia.

De ningún modo todos los Estados o federaciones que han adoptado constituciones democráticas como base para un gobierno libre bajo el *rule of law* han logrado ser lo que pretendían mediante la adopción de la constitución. Dictadores (militares o civiles con apoyo de los militares) y oligarquías pueden arrogarse los roles de mando o dirección en el Estado y subvertir el equilibrio institucional que una constitución pretende establecer. Pueden incluso continuar con el *show* de elecciones parlamentarias y la pretensión de un poder judicial independiente, mientras en verdad la organización y ejercicio de los poderes de gobierno es centralizado, autocrático, arbitrario y (probablemente) corrupto. Aun en casos en los que no se alcanza a caer en este tipo de colapso del régimen constitucional, pueden existir un cinismo y corrupción más o menos extendidos. Sólo en algunos casos una constitución formal conforma o restringe verdaderamente la mayoría de las actividades del Estado a un nivel oficial, asegurando de esta manera un *rule of law* estable para sus ciudadanos y, por cierto, para todas las personas sujetas a la jurisdicción estatal por residencia o de otro modo. Aquí, podría decirse, existe una coincidencia entre la constitución formal y la funcional.

En conformidad a este análisis, puede existir, a la inversa, una constitución funcional incluso sin que se haya adoptado ningún documento formal o constitución escrita. Existen a lo menos dos ejemplos contemporáneos de esto, el del Reino Unido —que es un Estado— y el de la Unión Europea —que no es un Estado—, sino una confederación o «*commonwealth*» de Estados<sup>20</sup>. Históricamente, los estudios sobre el orden constitucional del Reino Unido (en aquella

<sup>19</sup> De nuevo, véase MACCORMICK, 2005b: 39-46.

<sup>20</sup> Cfr. MACCORMICK, 1999: 137-156

época comúnmente llamado «Inglaterra») en contraste con otras monarquías contemporáneas, dieron claves sobre la estructura de un Estado constitucional operativo. El más influyente de estos estudios ha sido, a pesar de todas sus inexactitudes<sup>21</sup>, el de MONTESQUIEU<sup>22</sup>. Junto con varios ensayos de teoría política sobre el «contrato social» por pensadores tales como John LOCKE<sup>23</sup>, David HUME<sup>24</sup>, y Jean-Jacques ROUSSEAU<sup>25</sup>, y sobre las constituciones mismas por autores como Tom PAINE<sup>26</sup>, estos estudios contribuyeron decisivamente al ideario de quienes a finales del siglo XVIII forjaron las nuevas constituciones. La de Estados Unidos ha probado ser notablemente estable, tras una guerra civil y más de dos docenas de enmiendas. Las de la Francia revolucionaria han tenido mayores discontinuidades, si bien en la actual constitución de la V República tienen una reconocible influencia a la que se ha venido a superponer las experiencias de los siglos XIX y XX. Las demás repúblicas han aprendido o adaptado el tipo de modelo que Estados Unidos y Francia, así como otros en esta línea de descendencia, han formado. Todavía existen, en un número notable de países, monarquías constitucionales contemporáneas, la mayoría de ellas aparentemente bastante estables. En ellos, las funciones de la monarquía bajo las constituciones han sido configuradas de diversas maneras tratando de hacer formalmente explícito lo que ha emergido de un proceso más evolutivo en el Reino Unido y otras antiguas monarquías como aquellas de Suecia, Dinamarca u Holanda. El Reino Unido, por su lado, ha ido reformando y ajustando sus arreglos constitucionales (nunca del todo formalizados) a la luz de las ideas políticas prevaletentes y necesidades pragmáticas. Sigue siendo un caso de constitución funcional que no ha alcanzado una expresión formal a través de un acto deliberado y holístico de creación de una constitución<sup>27</sup>.

Mientras tanto, en la Comunidad Europea han aparecido una serie de tratados que han establecido y extendido las Comunidades Europeas, equipándolas con órganos tales como la Comisión, el Consejo, y el Tribunal de Justicia. Ésta fue la base legal de la Comunidad que fue encapsulada en la Unión Europea a través del Tratado de Maastricht de 1992. Este conjunto de tratados ha sido considerado por el Tribunal de Justicia como conformando una «carta constitucional» de la Comunidad, ahora Unión, Europea<sup>28</sup>. En

<sup>21</sup> O presuntas inexactitudes. Sobre ellas según CLAUS, 2005: 419-452

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, 1989.

<sup>23</sup> LOCKE, 1966.

<sup>24</sup> Citado *supra*, n. 13.

<sup>25</sup> ROUSSEAU, 1994.

<sup>26</sup> PAINE, 1985.

<sup>27</sup> CAENEGEM, VAN, 1995, ofrece una clara explicación del desarrollo de la mayoría de los Estados nombrados en este párrafo y en los precedentes (Reino Unido, 196-200; Francia 200-217; Alemania, 217-229; Bélgica y Holanda 230-241). Cfr. WICKS, 2006.

<sup>28</sup> Asunto 294/83 *Parti Ecologiste «Le Verts» v European Parliament* [1983] ECR 1339; Dictamen 1/91 (*Draft Opinion sobre la EEA*) [1991] ECR I 6079; WEILER, 1999: 12-26.

esta línea jurisprudencial el Tribunal ha sostenido que los tratados necesariamente le confieren la autoridad interpretativa final sobre sus propias disposiciones. Bajo la interpretación favorecida por el Tribunal, y en el largo plazo la aceptada, con más o menos reservas, por los Estados miembros de la Unión, los tratados y las normas creadas en conformidad con ellos («Reglamentos», «Directivas», «Decisiones Marco») constituyen un orden jurídico con identidad propia<sup>29</sup>. Este orden jurídico tiene efecto directo para crear derechos y obligaciones tanto para los ciudadanos y personas jurídicas privadas como para los Estados mismos. Sus normas (según lo ha interpretado el Tribunal), dentro de los ámbitos de competencia que los Estados han transferido a los órganos de la Comunidad o Unión mediante los tratados, tienen primacía sobre las normas de los Estados miembros. Todo esto es autorreferencial —los tratados tal como son interpretados por el Tribunal, otorgan al Tribunal la autoridad para interpretar los tratados como un nuevo orden jurídico distinto tanto del derecho internacional como del derecho de los Estados miembros—. Esta autorreferencialidad es típica de los órdenes constitucionales independientes. Otro caso de autorreferencialidad, por cierto, se encuentra en la adopción por los ciudadanos de una constitución, que les otorga o confirma su estatus como ciudadanos<sup>30</sup>.

Una Convención establecida por el Consejo Europeo, durante los años 2002 y 2003, bajo la Declaración de Laeken y luego de amplias consultas e intensivos estudios, elaboró el texto de un proyecto de «Tratado que establece una Constitución para Europa». La Conferencia Intergubernamental que trabajó intermitentemente durante el 2003 y el 2004, le hizo ulteriores modificaciones, y los jefes de Estado y de Gobierno adoptaron una versión final del Tratado, suscribiéndolo el 29 de octubre de 2004. Por referéndum y por decisión de una mayoría bastante sustancial, el proceso de ratificación del Tratado, y por tanto, la adopción de la Constitución, se ha descarrado por el momento o, quizás, para siempre. Se tenía la oportunidad de sustituir la constitución funcional existente contenida en los tratados por una constitución formal, pero no provocó el entusiasmo suficiente para hacer de la posibilidad una realidad, y mientras tanto la antigua constitución funcional continúa operativa<sup>31</sup>.

Para concluir esta sección: la institucionalización de un orden jurídico en un Estado u otra comunidad política depende de la evolución o adopción de una constitución que establezca las agencias de gobierno esenciales y les atribuya poderes. Estas instituciones-agencias tienen que ser entendidas

<sup>29</sup> DOUGLAS-SCOTT, 2002: 516-520; SHAW, 2005.

<sup>30</sup> Sobre la autorreferencialidad, véase TEUBNER, 1993: 19-24.

<sup>31</sup> Para una versión personal sobre estos eventos y una evaluación de sus resultados, véase MACCORMICK, 2005b; más objetivamente, compárese con NORMAN, 2005 y LAMASSOURE, 2004.

en términos de las funciones distintivas que desempeñan, con referencia a cómo las personas adquieren el ejercicio de los cargos que las componen, a cómo deben conducirse en el desempeño de sus funciones y cómo pueden cesar en sus cargos. Todas las constituciones deben entenderse funcionalmente, si bien normalmente tienen además un texto formal y definitivo adoptado a través de un acto constituyente. La constitución formal tiene que ser también una constitución funcional —y estar *en funcionamiento*— si un Estado ha de ser o seguir siendo un Estado de derecho, en el cual el *rule of law* se realiza, en un grado sustancial, en el comportamiento de sus gobernantes. Una norma básica consuetudinaria o convencional es el fundamento normativo de toda la estructura.

#### 4. INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO

Debe hacerse una recapitulación del análisis institucional desarrollado hasta aquí. Pueden encontrarse, en relación con el derecho constitucional o, más ampliamente, con el derecho público en general, funciones atribuidas a agencias institucionales. Reglas institutivas las establecen como entidades jurídicas («Existirá un Parlamento Escocés» dice, por ejemplo, la primera subsección de la primera sección del *Scotland Act* 1998, y muchas reglas relacionadas enuncian con exactitud su composición y su modo de funcionamiento). Se le atribuyen así a tales instituciones potestades y deberes («consecuenciales») con límites expresos o tácitos. Estas reglas presuponen la existencia jurídica del ente en cuestión, dado que tienen la forma de enunciados en los que el nombre de la entidad figura como sujeto gramatical [«El Parlamento Escocés aprobará leyes, que serán conocidas como Leyes del Parlamento Escocés», por ejemplo, *Scotland Act* s 28(1)]. Las entidades de este tipo pueden llevar a cabo sus funciones —ejercer potestades y cumplir deberes— sólo si tienen seres humanos como sus miembros o agentes. Reglas institutivas adicionales establecen el modo en que alguien pueda obtener, ser designado o (como en el ejemplo del parlamento) ser electo para la posición de miembro correspondiente. Tales miembros tienen potestades y derechos consecuenciales, y aquellos que son ejercidos de modo colegiado cuentan como el ejercicio de las potestades que detenta la entidad constitucional en sí misma. Existen también reglas terminativas sobre cuándo y cómo cesa la membresía de sus miembros o es disuelta la institución misma.

De un modo bastante general, es posible replicar el patrón que se ha seguido para representar el carácter estructurado de las reglas constitucionales o subconstitucionales relativas a las entidades o agencias que ejercen funciones públicas. Todas tienen un comienzo, una duración en el tiempo y una posible terminación. Todas tienen miembros que adquieren su membre-

sía o cargo bajo ciertas condiciones, que ejercen efectivamente sus cargos en la medida en que observen las reglas consecuenciales que los rigen, y que eventualmente, aunque sea tan solo por muerte, pierden o cesan en sus cargos. Sólo reflexionando sobre las funciones o el sentido (causa final) de los diferentes tipos de agencias se puede apreciar el alcance y medida de las actividades que desarrolla un Estado o que provoca que se desarrollen en el ámbito público. Algunos de estos tipos son necesarios y omnipresentes.

Las legislaturas son un ejemplo. Una característica particular, y de hecho definitoria, de los órdenes institucionales es que contienen en sí la posibilidad de hacer explícitas las normas de conducta, dando a ciertos textos producidos por determinadas agencias fuerza y efectos obligatorios. Tales textos contienen enunciados que son lingüísticamente apropiados para expresar exigencias respecto del comportamiento, o para conferir potestades, o limitaciones en ellas a través de excepciones o exenciones, o por medio del establecimiento de incompetencias. Algunas veces, contienen otros materiales normativos (p. ej., sobre derechos) que están relacionados con tales exigencias o atribuciones de maneras que se examinarán más adelante. La anterior discusión introductoria acerca de las colas permite aclarar lo que quiero decir al afirmar que pueden entenderse como la explicitación de normas de conducta. En las colas, como se hizo notar, lo que puede ser atribuido en ciertas circunstancias a normas de prácticas implícitas e inexactas, expresadas en expectativas recíprocas sobre quién debe acceder al servicio a continuación, puede volverse en otras circunstancias una práctica sujeta a reglas formalmente establecidas. Los textos constitucionales, cuando existe una constitución formal, tienen esta propiedad de hacer una regla determinada lo que de otro modo sería una vaga convención sobreentendida de algún modo.

Las autoridades legislativas supremas y subordinadas —los parlamentos y similares— con su poder legislativo, esto es, con su potestad de creación de normas, son un elemento esencial de un orden normativo institucional. Su función definitoria es la capacidad para crear reglas generales de aplicación universal y uniforme a través del territorio del Estado, aplicables a todas las personas que lo habitan o a un determinado subconjunto que es en su integridad regulado universal y uniformemente. Las legislaturas como tales no son necesariamente incompetentes para crear además normas particulares o individualizadas, si bien en muchos Estados se mantiene una interpretación de los principios del régimen constitucional que lo prohíbe. En todas partes, su tarea principal consiste en la creación de reglas generales, cualesquiera que sean los otros poderes que tengan para llevar a cabo actividades más particularistas.

Al poder ejecutivo y a la administración, o a las agencias locales, les corresponde normalmente tomar las decisiones que tengan un efecto más

particular o temporal, o de corto plazo. Tales decisiones pueden también constituir normas, pero ellas pueden ser normas individuales, o normas que se aplican a un conjunto reducido de destinatarios. Ellas pueden, por ejemplo, en el ámbito de las licencias y en áreas relacionadas, tener la forma de permisos o licencias de carácter excepcional o tener un destinatario individual. Así, pueden existir reglas jurídicas generales que prohíban conducir vehículos motorizados en vías públicas excepto en el caso de personas que sean portadores de permisos o licencias de conducir válidas, que conducen vehículos debidamente inscritos. O puede estar prohibido realizar construcciones más allá del uso de suelo normal establecido excepto cuando se haya otorgado válidamente un permiso de construcción por la autoridad pública pertinente. En tales casos debe existir una agencia o agencias con la potestad para otorgar una licencia de conducir o permiso de construcción válidos. Esto tiene el efecto de hacer aplicable al beneficiario de la licencia o permiso la excepción a la prohibición general en cuestión. Los permisos que eximen de alguna prohibición general tienen un efecto normativo considerable. También son aptos para adquirir un valor económico, a veces significativo.

Toda la idea de «reglas vinculantes» (y la de excepciones efectivas) exige consideraciones adicionales. ¿Qué quiere decir que sea «vinculante» una regla fijada en un texto, como las contenidas en una sección de una ley? ¿A quién vincula y cómo? Parte de la respuesta ha sido dada ya al discutir la idea de una «norma básica». Si es obligatorio respetar la constitución, esto implica que es obligatorio comportarse de acuerdo a las normas que son a su turno válidas en conformidad a la constitución. Por tanto, es obligatorio respetar las reglas, decisiones y las órdenes o permisos que sean dados por agencias debidamente establecidas, y en consecuencia, por personas que integran esas agencias como miembros o funcionarios en ejercicio de un cargo debidamente asumido (esto normalmente puede ser impugnado a través de ciertos medios, en la medida en que tales actos pueden ser invalidados y dejados sin efecto cuando infrinjan límites constitucionales, incluidos aquellos garantizados en una declaración de derechos). ¿A quién vincula este carácter obligatorio? Desde un punto de vista interno al orden jurídico la respuesta es: a todos los que estén dentro del territorio que constitucionalmente pertenezca al Estado, exceptuadas aquellas clases de personas específicamente exentas, tales como aquellas que gozan de inmunidad diplomática, y a todos los que sean reconocidos por la constitución del Estado como quienes le deban fidelidad.

¿Se sigue que todos aquellos para los que esto es obligatorio lo reconocerán como tal, o se sentirán obligados o comprometidos, o le darán alta prioridad en su razonamiento moral al cumplimiento del deber de obedecer la constitución y la legislación creada bajo ella? Claramente, no; ninguna consecuencia empírica de este tipo puede ser deducida, y la evidencia que

proviene de la experiencia cotidiana sugiere que ningún Estado real obtiene un compromiso pleno de llevar una vida en conformidad con el derecho de la totalidad, o siquiera de una mayoría, de quienes están obligados de acuerdo con el derecho y la constitución. En el intento de entender los conceptos aquí involucrados no puede obtenerse ni debe construirse suposición alguna sobre actitudes empíricas<sup>32</sup>.

Consideraciones diferentes son aplicables, sin embargo, a personas que ostentan cargos en, o que son miembros de, agencias estatales. Juramentos o votos de fidelidad al derecho y la constitución (personificados quizás a través del compromiso de fidelidad de uno con la persona que encabeza el Estado, como ocurre en algunas monarquías) son necesarios para la asunción del cargo, y mientras más alto sea el cargo, más solemnes son. Éstos son, mirados con detenimiento, más que meras solemnidades formales. Expresan algo lógicamente implícito en la tenencia de un cargo del tipo que ahora se examina. Estas agencias, y estos cargos que las integran, sólo existen como hechos jurídicos institucionales. No hay posición alguna que se pueda tener a menos que el derecho así lo declare y este derecho sea eficaz. Sería una autocontradicción pragmática aceptar formalmente un cargo y explícitamente declarar que uno se resiste a mantener el derecho, o que uno lo mantendrá sobre una base selectiva<sup>33</sup>. Sería como afirmar la siguiente proposición «me niego a hablar español» con la intención de negarse a hablar para siempre español (pues se abandona la resolución de no hablar español en el mismo acto de afirmarla en español). En este sentido, existe lógicamente un compromiso con una «norma básica», que la constitución y el derecho creado en conformidad con ella deben ser obedecidos, en el acto de asumir o ejercer un cargo público.

Esto no implica, sin embargo, que todos quienes detentan un cargo público cumplan, de hecho, con este deber fundamental del oficio. Siempre puede existir hipocresía o corrupción, y es una cuestión abierta la de cuánta prevaricación oculta puede soportar un Estado, asumiendo (como debe hacerse) que siempre existe probablemente algún grado de corrupción y prevaricación. Pero la prevaricación en tanto tal tiene que ser siempre *oculta* y no puede ser, de ningún modo, públicamente defendible. El deber de fidelidad, si bien no garantiza que será respetado, acompaña necesariamente cualquier cargo público. La posibilidad de mantener una constitución funcional que sea verdaderamente compatible con la constitución formal viene condicionada por el cumplimiento sustancial del deber de fidelidad por la mayoría

<sup>32</sup> Sobre los riesgos de suposiciones empíricas infundadas, véase TAMANAH, 2001: 58-65.

<sup>33</sup> Una excepción existe en el caso de aquellos cargos políticos electivos de parlamentos o similares respecto de quienes buscan ser electos sobre la base de campañas de desobediencia civil selectiva y son elegidos sobre esa base.

de quienes son titulares de cargos públicos durante la mayor parte del tiempo. Sólo cuando esto se da, puede considerarse que el Estado posee «una constitución en sentido pleno»<sup>34</sup>. Para la existencia de la Constitución es crucial que, en términos de KELSEN, ella sea en su mayor parte eficaz<sup>35</sup>. La tesis de HART, de que la «regla fundamental de reconocimiento» tiene que ser aceptada «desde el punto de vista interno» por los funcionarios del sistema, es similar en sus consecuencias<sup>36</sup>. Pero su concepto de «regla de reconocimiento» es diferente del concepto de «norma básica» desarrollado aquí, que es heredero de una línea de pensamiento que proviene de KELSEN. La idea de HART ocupa un lugar diferente en una visión de conjunto (véase *infra*, pp. 79-80).

Existe otro aspecto vinculado a la eficacia de la constitución y de las leyes que se relaciona más con la imposición del derecho que con su obligatoriedad como tal. La institución de la legislación hace posible la estructuración formal de instituciones-agencias públicas y de las condiciones que permiten ejercer un cargo en ellas. Hace posible, además, que las normas de conducta que imponen exigencias tanto a los funcionarios públicos como a las personas que no detentan ningún estatus público sean formuladas como reglas explícitas. Las reglas acerca de qué conductas son incorrectas y en este sentido prohibidas, tienen, como ya se ha visto, un lugar fundamental entre las exigencias jurídicas. Estas conductas antijurídicas se subdividen en un Estado moderno en dos tipos clásicos de ilícitos, los ilícitos penales, que conllevan responsabilidad penal, y los ilícitos civiles, que conllevan algún tipo de responsabilidad civil tal como la indemnización de perjuicios.

Si el Estado ha de ser el teatro de una paz civil relativa, y si su derecho ha de ser un derecho de paz que promete protección a los ciudadanos y a los demás habitantes, es necesario que la mayor parte de las personas eviten realizar conductas que el derecho haya estigmatizado como antijurídicas. Es necesario, en consecuencia, que el Estado mantenga agencias de imposición del derecho que sean eficaces. Las conductas sancionadas penalmente hacen necesario que existan fuerzas policiales y ministerio público, tribunales penales y agencias (servicios penitenciarios, etc.) encargadas de la implementación de las sentencias judiciales condenatorias que impongan responsabilidad penal. En el caso de las conductas que constituyen ilícitos civiles, se hace necesaria la existencia de tribunales civiles y de procedimientos que permitan que la pretensión de quienes reclaman haber sido dañados por una conducta civilmente ilícita sea adecuadamente oída por ellos, permitiendo

<sup>34</sup> La idea de que cada vez que coinciden largamente las constituciones funcionales con las formales se puede discernir una «constitución en sentido pleno» es propuesta en MACCORMICK, 2001.

<sup>35</sup> KELSEN, 1967: 211-214.

<sup>36</sup> HART, 1994: 148.

al mismo tiempo que sea oída la defensa de quien es el presunto civilmente responsable. Tienen que existir mecanismos de ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales en materias civiles, a través de agencias públicas asociadas.

En la medida en que tales instituciones existan y funcionen adecuadamente, todas las personas tienen razones para tomarse en serio las exigencias que impone el derecho. Y tienen razones para hacerlo aunque no estén dispuestas a considerar tales exigencias jurídicas como moralmente correctas o como moralmente obligatorias, y aunque estén dispuestas a perseguir sus preferencias personales cuando divergen de lo que el derecho exige. Existen poderosas razones para la conformidad, y éstas pueden tener una realidad intimidante incluso para alguien que, con una buena base, no está de acuerdo, por razones fundamentales, con las reglas estatales que exigen una determinada conducta. Éste puede ser el caso en relación con reglas tales como aquellas que mantienen el *apartheid* o que exigen la condenación pública de los judíos o la discriminación de minorías étnicas o religiosas, para citar casos que han tenido o tienen una amarga realidad. Las reglas que se imponen pueden ser malas reglas, y aquellos que perciben su maldad, e incluso o especialmente aquellos que las resisten abiertamente, son los que están plena y dolorosamente expuestos al riesgo o a la actualidad de las acciones de imposición. La paz del Estado institucionalizado y de su derecho institucionalizado no es en todos los casos la paz de la justicia.

En ninguna parte la imposición del derecho es llevada a cabo de un modo perfecto, pero en todo Estado viable hay necesariamente un esfuerzo oficial serio y sostenido para imponer la mayoría de las exigencias legales en contra de la mayoría de quienes han cometido delitos y de la mayoría de las personas que no cumplen las condenas impuestas por sentencias civiles desfavorables. Mientras más esfuerzo se invierta en la imposición del derecho, más razones —fundadas tanto en la prudencia como en la reciprocidad— tendrán los ciudadanos y residentes para comportarse en conformidad al derecho, pues todos tendrán una razón para suponer que la autosujeción a las reglas jurídicas no generará espacios para que otros obtengan ventajas ilegítimas con facilidad. No es de la esencia del derecho el ser un sistema coactivo, como muchos autores han sostenido<sup>37</sup>. Los Estados, sin embargo,

---

<sup>37</sup> Véase los recientes trabajos de LAMOND, 2000 y LAMOND, 2001. Lamond discute la tesis sostenida en MACCORMICK, 1982b conforme a la que la coacción jurídica interviene en el momento de la imposición de las consecuencias jurídicas civiles y de las sanciones penales, pero que la mera existencia de reglas que prevean dichas consecuencias jurídicas civiles y sanciones penales no constituye una forma de coacción. Él, sin embargo, no se detiene a desarrollar una explicación convincente sobre su rechazo al concepto restringido de coacción por mí defendido. Además yerra, según mi parecer, porque no se da cuenta de que es el Estado el que es una asociación

son por definición asociaciones coactivas y territoriales, que reclaman el monopolio del uso legítimo de la coacción dentro de sus territorios. (En estricto rigor, la pretensión estatal de que se detenta el monopolio del uso *legítimo* de la coacción, sólo puede sostenerse cuando el Estado es exitoso en la protección de ciertos derechos humanos básicos y no se involucra él mismo en la violación de derechos o en crímenes contra la humanidad. Lamentablemente, aquellos menos genuinamente legítimos son los que menos están dispuestos a reconocer esto, y por tanto, a admitir que ellos deben arrebatar el monopolio que pretenden ejercer, normalmente con violencia extrema). Es una característica necesaria del derecho estatal, en consecuencia, su imposición coactiva a través, cuando es necesario, de medios físicos para compeler a la obediencia. El derecho estatal es una forma tanto coactiva como institucional de orden normativo.

Esto tiene a su vez profundas implicaciones para la idea de «orden normativo institucional» en el teatro del Estado. Las agencias estatales y los funcionarios que las representan o integran no existen sólo en el dominio insustancial de una realidad normativa accesible a la contemplación de la mente. Son un aspecto omnipresente de la realidad social contemporánea, que ejercen tanto coerción como también, aunque de una manera más difusa, una influencia enormemente persuasiva en la motivación de las personas. Así es como intervienen sobre todo el tejido de la realidad social humana. Los poderes normativos no son en sí lo mismo que el poder físico o que el poder económico o que el poder social del prestigio<sup>38</sup>. Pero el poder conferido a través del derecho estatal contribuye incalculablemente a éstas y otras formas de poder. Es discutible que esto signifique que el derecho y el Estado sean esencialmente instituciones «violentas». El argumento de que las constituciones se originan en revoluciones y de que, de cualquier manera, están fundadas en la amenaza de violencia dado que siempre existe un salto entre el anuncio de una constitución y su aceptación, parece artificioso<sup>39</sup>. Incluso lo que ha comenzado violentamente puede con el paso del tiempo comenzar a funcionar de una manera primariamente pacífica, aunque no sin la amenaza del uso de la fuerza coactiva en contra de quienes infrinjan el derecho. La tesis de que toda constitución operativa depende de la costumbre y la convención sugiere que hay una tendencia a la disminución de la violencia con el tiempo, pero no que pueda ser eliminada alguna vez, dada la condición humana.

---

coactiva, tanto en su sentido amplio como en mi sentido restringido de coacción. La coacción en ambos casos sería un atributo del derecho estatal no del derecho en tanto tal.

<sup>38</sup> *Infra*, capítulo IX.

<sup>39</sup> DERRIDA, 1992: 19-36; cfr. DAVIES, 1992: 77 y WARD, 1997: 75. Cfr. TAMANAHA, 2001: 65-71.

La adjudicación ya ha aparecido en la explicación del orden normativo institucional. No sólo existen agencias institucionales (tal vez se trata de un término demasiado gris para capturar la majestad y solemnidad de un parlamento democrático en términos generales, pero justificado para los presentes fines teóricos) que pueden crear y crean reglas jurídicas. No sólo están los jefes de Estado y de gobierno, con gabinetes de ministros organizados en torno a ellos y todo tipo de ministerios y agencias especializadas dispuestas bajo la órbita de los ministros, y las autoridades locales y regionales que replican en localidades determinadas algunos de los atributos del gobierno central. Existen además tribunales y jueces, y conjuntos de funcionarios subalternos y otros funcionarios. Para muchas aproximaciones teóricas al derecho, éstas son las instituciones jurídicas esenciales, si bien no todas han sido articuladas en torno a las razones para adoptar lo que Hamish Ross ha llamado una aproximación «*Iudexiana*» como él lo ha hecho<sup>40</sup>. Su argumento consiste en que el único punto de vista que nos permite apreciar con la mayor claridad las propiedades más prominentes del paisaje jurídico es el del juez que integra el tribunal estatal de mayor jerarquía.

Ya se ha visto una razón de importancia crítica para el mantenimiento de una estrecha relación entre la idea del derecho y la idea de tribunal al menos en el contexto del derecho estatal. La imposición de las exigencias de las reglas jurídicas y otros aspectos del reconocimiento de efectos a potestades jurídicas válidamente ejercidas, une la «juridicidad» como propiedad a los procedimientos de imposición. La función esencial (causa final) o el sentido de los tribunales y de los jueces que los integran es el conocimiento y la resolución de causas jurídicas en cada caso en que sea necesaria una decisión vinculante respecto de una causa correctamente sometida a su decisión. Los tribunales ejercen diversos tipos de jurisdicción. Así, por ejemplo, hay jurisdicción civil y criminal, hay tribunales especializados en causas de derecho público, de derecho de familia y de derecho laboral, hay tribunales o consejos constitucionales, *Conseils d'Etat* que aplican el derecho administrativo de una manera que va más allá de la esfera de lo judicial estrictamente hablando. Pero ciertamente todo derecho impuesto regularmente lo es a través de alguna clase de tribunal o agencia de tipo judicial. En consecuencia, si el que se trate de un orden normativo institucional coactivamente impuesto es una característica definitoria del derecho estatal, entonces, la existencia de un sistema institucionalizado de cortes y tribunales es parte de esa característica definitoria.

---

<sup>40</sup> Ross, 2001. Implícitamente comparten la concepción explicitada por Ross, H. L. A. HART, R. DWORKIN, y más o menos todo el «realismo» estadounidense y los *Critical Legal Studies* en su forma norteamericana. Puede ser que se trate de una característica propia de la teorización jurídica en los países del common law el estar centrada en los jueces.

Más aún, es importante recordar que el concepto o término «derecho» y sus derivados están referidos en el uso cotidiano a tales órdenes. El uso en este escenario da lugar a ese sentido específico del término «derecho» de acuerdo con el cual las reglas que pretenden ser jurídicas sólo cuentan como reglas jurídicas genuinas y válidas, pertenecientes al orden respectivo, en la medida en que son reconocidas y aplicadas por las cortes y los tribunales. Si una regla pretende tener un pedigrí apropiado en el marco de una institución de creación del derecho, pero esa regla no es considerada por ningún tribunal que ejerza una jurisdicción relevante, ¿puede decirse que se trata de una *regla jurídica* de ese sistema jurídico? ¿O se trata de otra cosa? ¿Se trata de una mera convención o de un parámetro o estándar extrajurídico o, en el mejor de los casos, de algún tipo de «*soft law*»?

Hemos entrado derechamente en el campo de la conocida «regla de reconocimiento» de Hart. Según la teoría del derecho de Hart, en la cima de todo sistema jurídico existe una «regla de reconocimiento última» que contiene un conjunto jerarquizado de «criterios de validez» del derecho. Esta regla existe en la forma de un hecho social complejo que dice relación con el reconocimiento mutuo de actitudes compartidas y recíprocas entre los funcionarios superiores del sistema jurídico. Cada uno de estos funcionarios superiores debe reconocer que tanto ellos como los demás tienen la obligación de observar y aplicar todas las reglas que satisfagan un determinado conjunto de criterios de validez y sólo ellas<sup>41</sup>. Este criterio es normativo, claramente. Los criterios de validez enuncian aquello que debe ser aceptado como derecho, no lo que es de hecho. Así, una ley (por ejemplo) es ya derecho incluso antes de que haya existido alguna oportunidad de ser aplicada por algún tribunal. Pues todo juez tiene el deber de reconocer que toda regla creada por el parlamento es válida como derecho, y debe ser aplicada como tal.

Esta teoría, como era de esperarse, parece dar una buena explicación del modo en que funciona un Estado altamente centralizado que tiene la tradición de confiar toda litigación y todas las causas criminales a un determinado conjunto de tribunales de *common law*, encabezado por uno que es también técnicamente una de las cámaras legislativas. Éste es el caso del Reino Unido. Ahí existe una determinada élite de jueces cuyas decisiones bajo la doctrina de los precedentes vinculantes generan por sí cierta clase de derecho (el «derecho de casos»). Ellos han desarrollado la doctrina de la soberanía del (monarca en el) parlamento. Así, todas las reglas creadas, válidamente aprobadas por el parlamento, tienen que ser reconocidas como derecho vinculante cualquiera que sea su contenido, y cualquiera sea lo que

---

<sup>41</sup> Hart, 1994: 100-109.

hasta ese momento haya sido reconocido como derecho y deba considerarse derogado de cara a un acto posterior incompatible del parlamento. De hecho, esta visión simplificada nunca fue aplicada uniformemente en todo el Reino Unido, y desde el desarrollo de la Unión Europea, y con la adopción de los principios de efecto directo y de supremacía del derecho comunitario europeo en el Reino Unido, debe matizarse severamente<sup>42</sup>. Como ha sido puesto en evidencia por otros, los criterios de reconocimiento — y las reglas de reconocimiento — son relativos al tribunal. En los sistemas federales, los tribunales tienen diferentes criterios, según sean estatales o federales. En muchos Estados, existe una diferencia entre los tribunales de derecho público y los derecho privado, y en los Estados cuasifederales pueden existir otras diferencias localizadas<sup>43</sup>. La elegante simplicidad de la regla de reconocimiento de HART, por tanto, le impide ser una explicación general satisfactoria del derecho en todos los Estados constitucionales. Si existe una regla última en todo sistema normativo institucional, esto es en el derecho estatal, no puede ser una regla de reconocimiento. Los tribunales de toda clase deben por cierto tener criterios de reconocimiento que identifiquen qué reglas tienen la obligación de aplicar como derecho sus miembros, en el cumplimiento de sus funciones constitucionales específicas, y debe existir cierta coherencia de conjunto entre las varias jerarquías de tribunales dentro de un Estado. Pero la consecución de tal coherencia es una tarea de la constitución y del derecho constitucional (o incluso para la política constitucional). Si algo puede ser concebido como una regla última única y unitaria de un sistema jurídico estatal como tal, eso tendría que ser la regla de que la constitución como un todo debe ser respetada. Esto nos lleva de vuelta a una variante nueva de la *Grundnorm* de Kelsen, no a una versión de la regla de reconocimiento de HART.

Como se ha reconocido más arriba, el carácter del derecho estatal en tanto derecho impuesto es, desde luego, afectado decisivamente por el hecho de que la imposición del derecho en casos individuales tiene que ser mediada a través de los juicios de tribunales y cortes. Esto implica que el derecho tal como es impuesto es necesariamente el derecho tal como los tribunales lo interpretan, siendo sus órdenes y decisiones pasos necesarios de su imposición. Los tribunales tienen inevitablemente un poder para interpretar y, por tanto, un poder para determinar ulteriormente el significado del derecho tal como ha sido establecido a partir de normas constitucionales generales que autorizan los actos legislativos, a través de actos legislativos que instituyen reglas jurídicas generales, hasta decisiones judiciales. Sus decisiones inter-

---

<sup>42</sup> Para una explicación detallada de esta y otras materias relacionadas, desde el espíritu de la teoría institucional del derecho, véase MACCORMICK, 1999 (especialmente el capítulo 5).

<sup>43</sup> GREENAWALT, 1988; cfr. BAYLES, 1992: 77-83.

pretativas dan a tales normas y reglas promulgadas un sentido concreto para casos específicos, exista o no alguna doctrina de respeto a los precedentes, o una práctica de respetarlas, que invista estas decisiones de los tribunales con algún tipo de efecto creador de derecho para casos futuros.

«¿Qué es el derecho?» puede ser un problema general de teoría del derecho, o puede ser un problema práctico situado dentro del contexto de un orden jurídico estatal relacionado con las exigencias que se aplican a una determinada persona en una situación concreta. En este último sentido, no tendría mucho valor una respuesta que no tomara cuidadosamente en cuenta las conclusiones que sobre la validez de las reglas, y las interpretaciones de las reglas válidas y los precedentes relevantes, los jueces han adoptado o es probable que adopten. Esto sería importante, por ejemplo, para el caso de quien en el ejercicio de una profesión jurídica da recomendaciones jurídicas a un cliente. Que el derecho es, para estos fines prácticos, lo que los tribunales y los jueces dicen que es, es una verdad trivial. Esto no es aplicable del mismo modo, sin embargo, al problema general de teoría del derecho. Los jueces no tienen ninguna posición particular como teóricos del derecho, no obstante su necesaria autoridad en tanto juristas prácticos<sup>44</sup>.

La teoría de los órdenes institucionales permite explicar los sistemas jurídicos en todas sus manifestaciones y dar cuenta, por ejemplo, de las diferencias que existen en las reglas y las prácticas sobre el reconocimiento de precedentes vinculantes de un sistema a otro. Esto a su vez hace posible ver qué estatus especial privilegiado se le atribuye a las determinaciones de un juez respecto de cuestiones prácticas particulares dentro de la jurisdicción (competencia «para decir el derecho») que le corresponde en un sistema particular.

## 5. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ESTADO: INTRODUCCIÓN

Las constituciones y el derecho público infraconstitucional no son por sí solos suficientes para constituir o facilitar la existencia de la sociedad civil dentro de y junto al Estado. Sociedad civil es ese estado de cosas en el que las personas pueden interactuar recíprocamente entre sí como iguales, al menos formalmente, sin importar cuán diferentes sean en carácter, creencias, origen o recursos. La sociedad civil es el contexto de las asociaciones voluntarias y de las actividades económicas entre personas libres. Las ac-

---

<sup>44</sup> Una posición totalmente diferente sobre este punto es la adoptada por R. DWORKIN, para quien el problema de «¿qué es el derecho?» es siempre un problema práctico; siempre, de hecho, el mismo problema práctico, sin importar quién lo plantea. La discusión al respecto será pospuesta para el capítulo XVI (véase la nota n.º 8 y el texto que la acompaña).

tividades contempladas incluyen las orientadas tanto a fines no lucrativos (religión, filantropía, especulación política y movilización, ambientalismo y demás similares) como las comerciales y económicas. La sociedad civil requiere la existencia de un cuerpo de derecho efectivamente garantizado. Esto significa que las obligaciones constitucionales de los tribunales deben incluir la obligación de mantener y aplicar un cuerpo adecuado de derecho privado, incluyendo al derecho comercial, y de derecho penal. Éstos son cuerpos de derecho que permiten sostener la estructura de la sociedad civil, y que existen junto al derecho constitucional explícito y a esas otras ramas subordinadas del derecho público que regulan a las agencias estatales. Un cuerpo de derecho tal supone un conjunto articulado de reglas expresas (complementadas o no por precedentes y por las, parcialmente implícitas, reglas del «derecho de casos») referidas a las personas, a las cosas (derechos de propiedad y derechos sucesorios), a las obligaciones entre personas privadas, y a los tipos de acciones a través de los que puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones civiles y reivindicarse las cosas. Debe existir además un cuerpo de reglas que determinen los tipos de ilícitos penales, y que en general prohíban la comisión intencional de delitos, junto con la autorización para que funcionarios públicos persigan la intervención judicial correspondiente para que las presuntas infracciones a las normas penales sean en su caso debidamente juzgadas. El derecho comercial debe tratar las cuestiones especiales relativas a las personas jurídicas, y los derechos y obligaciones que mediante ellas se generan, así como los derechos y potestades derivados de las relaciones laborales. Las potestades y obligaciones envueltas en las transacciones comerciales deben ser definidas y también conectadas con disposiciones que regulen la litigación ante los tribunales o ante árbitros con poderes en parte definidos por el derecho comercial general y en parte por convenios comerciales privados.

En la medida en que efectivamente los tribunales y las demás agencias estatales respeten y sostengan estos cuerpos legales, en conformidad con el espíritu de la constitución, el derecho estatal adquiere esa realidad institucional de la que se ha hablado. Las instituciones particulares del derecho civil y comercial de las que recién se ha hecho mención adquieren esa actualidad que les permite efectivamente limitar las acciones imponiendo exigencias de conducta. Esta actualidad que permite imponer limitaciones es la contraparte prácticamente necesaria de su normatividad en tanto reglas que detentan validez formal y que pueden ser, por tanto, coactivamente impuestas dentro del marco del sistema constitucional. Esto no presupone que todas las personas involucradas tienen iguales oportunidades para participar en la sociedad civil, o en las ventajas que ella hace posible para al menos algunos de sus miembros. Tampoco implica que todas las personas que están sujetas al derecho lo conozcan de modo completo, o que se consideren obligadas por éste en conciencia,

o que deban asumirlo como un esquema de justicia interpersonal. Parece ser, sin embargo, una necesidad práctica que algunos, con más alta probabilidad aquellos que vean que las cargas que les impone el derecho son compensadas por los beneficios que les confiere, acepten el derecho como vinculante tanto por razones morales como prudenciales. Tales grupos e individuos pueden ser considerados como quienes voluntariamente mantienen el derecho y libremente le reconocen carácter vinculante a las normas jurídicas envueltas. Son las personas que se encuentran en esta posición las que típicamente ven sus expectativas recíprocas, y sus otras expectativas normativamente dirigidas, reforzadas por la actividad estatal. Para tales personas, la seguridad que provee la regular, si no uniforme, imposición estatal del derecho, le otorga un sentido adicional de legitimidad a las normas así sustentadas y a las expectativas y juicios fundados en esas normas.

Es cierto, indudablemente, que sin poder político efectivo, y sin efectiva coordinación política entre quienes detentan el poder, un Estado no puede seguir existiendo. También es cierto que una constitución y un Estado constitucional no pueden existir sin un poder que sustente las normas tanto de la constitución misma como de todo el sistema jurídico que la constitución valida como derecho vinculante para funcionarios y ciudadanos. Aun así la legitimidad popular es una fuente poderosa de poder político. Los seres humanos se conducen más por la opinión que por la fuerza, y la opinión de que el poder es ejercido en conformidad a derecho lleva notablemente a aceptar como autoridades legítimas a quienes ejercen de hecho el poder político sobre el territorio que el Estado reclama como suyo. El derecho puede contribuir de este modo al poder tal vez tanto como el poder contribuye al derecho, dondequiera que el pueblo suscriba una ideología que proclame el valor del gobierno racional sujeto al derecho<sup>45</sup>. Pues aun el más cínico y retorcidamente motivado funcionario público tiene una fuerte motivación para actuar según el público cumplimiento del compromiso con el derecho, sin importar cuán poco esto exprese sinceramente una motivación interna de la voluntad privada.

## 6. CONCLUSIÓN: EL DERECHO COMO UN ORDEN NORMATIVO INSTITUCIONAL

La constitución y el derecho público infraconstitucional de cualquier Estado envuelve una enorme cantidad de material normativo. Y aun así ya

---

<sup>45</sup> LOUGHLIN, 2004: 75-76, me atribuye incorrectamente la negación de los puntos de vista expresados en esta sección y en la precedente.

se está en una posición que permite ver cómo las instituciones que aquéllos establecen crean la base para la formalización y para la articulación de estas mismas reglas y otras muchas reglas para la conducción de la vida humana y para los asuntos de los ciudadanos y los miembros de la sociedad civil. El carácter normativo del todo depende de una norma convencional conforme a la cual todas las personas que ejercen una función pública deben observar y dar sustento a la constitución y a las leyes válidamente creadas en conformidad con ésta. El cumplimiento de esta norma básica convencional o consuetudinaria es esencial para la existencia de un Estado constitucional en el que el «*rule of law*» pueda desarrollarse —esto es, un Estado de derecho o *Rechtsstaat*—. En virtud de esto, un vasto complejo de reglas y principios adquieren vigencia dentro del territorio del Estado, y esto determina la situación jurídica de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado y de todas las relaciones que se den entre las personas, de maneras de las que en ocasiones pueden no ser conscientes. Lo mismo se aplica, *mutatis muntandis*, para las comunidades políticas dentro del Estado, tales como Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte en el Reino Unido, o los *Länder* en Alemania, o las comunidades autónomas en España, y para las comunidades políticas confederadas o las comunidades políticas que unen diversos Estados sobre la base de una soberanía dividida y compartida, como en la Unión Europea.

## CAPÍTULO IV

### UN PROBLEMA: ¿REGLAS O HÁBITOS?

#### 1. INTRODUCCIÓN

La explicación de las normas, reglas y principios que se ha dado aquí hasta el momento, sugiere que las normas deben ser vistas fundamentalmente no desde la perspectiva del «creador de las normas» sino del «usuario de las normas». En esto se inspira considerablemente en el trabajo de H. L. A. HART, particularmente en relación con aquello que él llamó «el aspecto interno» de las reglas y las conductas gobernadas por normas<sup>1</sup>. Lo que HART sostenía era que, cuando las reglas están operando, no sólo pueden constatarse en el comportamiento de las personas regularidades externamente observables, sino que también pueden ser miradas desde el interior, por así decirlo, y ver que existe una razón para las regularidades. Así, por ejemplo, no sólo vemos personas paradas en fila; también inferimos que cada una ha tomado su lugar en la cola para algún servicio. HART decía que esto descansaba en una «actitud crítico-reflexiva» de los participantes en el patrón de conducta, quienes toman este patrón de conducta como un estándar para juzgar el comportamiento propio y ajeno. Otro ejemplo es el comportamiento frente a los semáforos<sup>2</sup>. Uno puede pararse en una intersección y observar qué está sucediendo. Como estadístico uno

---

<sup>1</sup> HART, 1994; cfr. MACCORMICK, 1981. Para una valiosa crítica de la distinción interno/externo tal como la formuló HART, incluyendo críticas al uso que se ha hecho de ella por Joseph Raz y por mí, véase TAMANAHA, 1997: 180-181. A lo largo de este trabajo, he tratado de evitar caer en los errores identificados por TAMANAHA.

<sup>2</sup> HART, 1994: 87-88.

podría producir observaciones conformes a las que el 99,9 por 100 de los vehículos se detiene cuando se aproxima a la intersección cuando la luz está en rojo, mientras que uno o dos vehículos no lo hacen. Según HART, esto podría justificar la conclusión: «Las personas de esta ciudad tienen el hábito de detenerse ante los semáforos». Como todo el mundo sabe, sin embargo, esta no es toda la verdad. La luz roja del tráfico no es sólo un signo a partir del cual se puede inferir o predecir la probable detención de los vehículos. Mirada desde el punto de vista de los conductores, la luz roja es una señal para que ellos se detengan. La mayoría de los conductores actúan en conformidad con la señal y de hecho se detienen cuando la luz cambia a, o está en, rojo. Visto de esta manera, uno se da cuenta de que las personas tienen un conjunto de concepciones «crítico-reflexivas» acerca de la conducción de vehículos, incluyendo una actitud hacia el patrón expresado: «deténgase ante la luz roja».

Ésta es una buena y clara ilustración del punto de HART. Pero ¿cuán convincente es? Alguien podría objetarla en los siguientes términos:

Eso suena bastante claro, pero yo, en los hechos, simplemente tengo el hábito de detenerme ante los semáforos. Nunca pienso acerca de ello. Simplemente me detengo cuando veo una luz roja. No realizo ninguna meditación a través de actitudes crítico-reflexivas ni nada parecido, es simplemente «ahí hay una luz roja y te detienes sin pensarlo», y eso me parece que es lo que todo mundo hace.

El comienzo de una respuesta sería apuntar a que cuando uno aprende a conducir (y por cierto cuando uno aprende a comportarse como peatón) se le enseña que los vehículos *deben* detenerse ante las luces rojas. Y además, que uno no debe cruzar la calle cuando la luz esté roja, y quizás hasta que la señal verde de un hombre no se ilumina. Lo que debe aprenderse es una regla sobre el modo correcto de conducir y una similar sobre las precauciones más importantes que deben tener los peatones. Y ciertamente, cuando alguien se pasa una luz roja, o es lento para arrancar cuando la luz cambia, o cuando uno camina descuidadamente sin atención al tránsito, desde el entorno aparece un ensordecedor ruido de bocinas. Otros conductores o transeúntes se permiten proferir reacciones críticas más rotundas, si bien no particularmente «reflexivas». Hasta ahora todo bien, pero esto todavía no es suficiente para mostrar la pretendida distinción entre regla y hábito.

## 2. UNA RECONSIDERACIÓN SOBRE HÁBITO Y REGLA

Es importante tomar en cuenta en este momento una consideración de Martin KRYGIER<sup>3</sup>, a saber, que mientras que es cierto e importante que las reglas y el comportamiento guiado por reglas tienen eso que HART llamó «aspecto interno», también lo tienen los hábitos. En *El Concepto de Derecho*, HART fue insistente en que «hábito» es un tipo de concepto del observador externo, como en el ejemplo de quien hace reportes estadísticos acerca del comportamiento de los vehículos o los conductores de detener la marcha<sup>4</sup>. Esto pertenece a la concepción que HART le atribuyó a John AUSTIN<sup>5</sup>. Bajo esta concepción, se está interesado exclusivamente en constatar patrones regulares en lo que sucede, y se pueden hacer informes estadísticos, y así descubrir qué hacen las personas, y eso no envuelve nada más que un punto de vista «externo» puro de lo que ocurre. Que la teoría del derecho de John Austin está formulada en términos del punto de vista externo en este sentido es central para la crítica que le hace HART. Como Austin define a los «soberanos» a partir del hábito de obediencia que tienen para con ellos sus súbditos, y define a las normas jurídicas como los mandatos del soberano, HART insiste en que lo que debe estar operando es algo más que un mero hábito de obediencia (regularidad estadística de conducta de obediencia). Detrás de todo ello debe existir una regla que le otorgue algún tipo de autoridad a quien da las órdenes y es obedecido.

KRYGIER contraargumenta que tal caracterización de los hábitos realmente no es correcta. Los hábitos pertenecen al mismo universo de discurso que las reglas. Ambos pueden ser usados para explicar una acción que se ha realizado, y si bien, como es evidente, la explicación que cada uno ofrece difiere, la diferencia proviene desde dentro del «punto de vista interno». Las personas pueden volverse muy aficionadas a sus hábitos, y pueden actuar sobre la base de sus cómodos hábitos sin pensar que están siguiendo ningún tipo de regla, tal como ellas pueden estar muy comprometidas a actuar conforme a las reglas que adoptan como las máspreciadas. Las personas pueden molestarse cuando sus hábitos son perturbados tal como se molestan cuando se rompen las reglas. Es molesto cuando el camino que uno normalmente toma para ir al trabajo está cerrado debido a reparaciones o a excavaciones

<sup>3</sup> KRYGIER, 1982: 170-171: «como se sabe, muchas personas son bastante aficionadas a sus hábitos» —pero los hábitos no son el tipo de cosas que uno «obedece»—, como el mismo KRYGIER agudamente observa.

<sup>4</sup> HART, 1994: 55-60.

<sup>5</sup> AUSTIN, 1995: capítulos 1 y 2. R. MOLES ha sugerido, bastante convincentemente, que HART malinterpretó la concepción de Austin acerca de los hábitos. Véase MOLES, 1987.

para la instalación de tuberías o lo que sea. Esto perturba los hábitos de uno y (aunque quizás de un modo más bien tenue) enoja o irrita. Algo parecido sucede si se agota el diario que uno suele leer en el punto de venta respectivo. Las personas tienen todo tipo de hábitos y en general se sienten cómodos con ellos. Las reglas nos importan, pero los hábitos nos importan también y los hábitos de uno pueden ser, del mismo modo que las reglas, una razón para hacer cosas. Así, pues, existen varias cosas importantes que decir acerca del punto de vista interno, pero tratarlo sólo como una nota diferenciadora entre reglas y hábitos no es la forma del todo indicada para llevarlo adelante.

Esto puede conectarse además con temas filosóficos más importantes. Considérese la afirmación de ARISTÓTELES<sup>6</sup> de que la marca de la persona realmente buena es que hace el bien más a partir del hábito que de la reflexión. Para decirlo de manera más coloquial, si uno quiere encontrar una persona realmente buena, alguien cuya presencia uno realmente valora, uno no quiere alguien que siempre esté luchando con su deber, pues las personas que luchan con su deber frecuentemente no cumplen con él. Uno quiere a alguien que sin mayor reflexión haga lo correcto. ARISTÓTELES discute cómo algo así puede suceder y concluye que con el tiempo las personas pueden *aprender* los hábitos de la virtud. Para comenzar, a uno le enseñan y está bajo la presión de los pares y de los padres, maestros y similares (un ejemplo tomado de este libro podría ser que ellos insisten en que uno se mantenga en la fila y tome su turno y aprenda a no estar empujando al frente todo el tiempo). Más tarde, quizás, uno piensa a través de las razones morales que se aplican en la situación dada y decide lo que es correcto hacer en ese caso. Conscientemente, e incluso esforzadamente, uno ajusta su conducta de acuerdo con ello. Después de un tiempo, sin embargo, si uno sigue haciendo el esfuerzo, se vuelve más fácil. Uno adquiere así el hábito de hacer lo correcto sin pensar o esforzarse mucho en ello. Lo que sostiene ARISTÓTELES es que las personas realmente buenas son las habitualmente buenas, no las reflexiva y pensativamente buenas. Ellas ya han pensado y reflexionado y lo han hecho bien, por lo que hacer lo correcto ahora es su «segunda naturaleza».

Por contraste, KANT sostendría que lo realmente bueno es la buena voluntad, esto es, la voluntad que se ajusta a lo que es debido porque es debido<sup>7</sup>. Tal vez podría tratarse de argumentarse que KANT daría su aprobación a quien ha adquirido el hábito establecido de hacer lo que debe y concebiría este hábito establecido como una instancia de la buena voluntad<sup>8</sup>. Aun así,

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, 2000.

<sup>7</sup> KANT, 1965: 10-14.

<sup>8</sup> Por contraste véase, por ejemplo, O' NEIL, 1996: capítulo 7.

todavía existe un real contraste entre el acento puesto en la autorregulación activa del agente autónomo y la imagen aristotélica de la persona que actúa habitualmente (por ejemplo) del modo en que el imperativo categórico exige. Esta última lo hace más a partir de una disposición constante que a través de una consideración reflexiva caso a caso de las situaciones de elección, con actos conscientes de formación de la voluntad envueltos en la toma de decisiones. Queda todavía por ver si «hábito» es en este sentido de interés, y por cierto de valor, ético o potencialmente teórico-jurídico.

Volvamos a la obra de AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* y a sus tesis acerca del soberano y el hábito de obediencia. Éstas son conocidas y han sido convincentemente refutadas por pensadores tan diversos como James BRYCE<sup>9</sup> y H. L. A. HART<sup>10</sup>. Menos conocida es la obra de AUSTIN, *A Plea for the Constitution*<sup>11</sup> en la que presenta la visión ultraconservadora que mantendrá en sus últimos años acerca de la reforma constitucional en el Reino Unido. En ella se encuentran unas interesantes líneas marginales sobre los «hábitos». AUSTIN no dice simplemente que, por definición, hay derecho siempre que existe un soberano y que soberano es la persona o grupo de personas a las que el pueblo habitualmente obedece. Él dice que es bueno que las personas tengan el hábito de obedecer el derecho. La única manera en que la existencia del derecho es segura consiste en que el pueblo acepte habitual e irreflexivamente las órdenes que sean dadas por sus superiores. Hay un eco de David HUME en estas reflexiones de AUSTIN<sup>12</sup>. Si uno está interesado en la estabilidad constitucional, en lo que hace que el sistema jurídico funcione bien, no debe buscar una población reflexiva y crítica; debe buscar una población que habitual e irreflexivamente viva en conformidad al derecho.

Éste es uno de los elementos del argumento de AUSTIN en contra de toda reforma constitucional que vaya más allá de la concesión de derecho electorales a la clase media (alta) que había sido concedida en el Reino Unido a través de la Reforma de 1832. Hablar de reforma, pensaba AUSTIN, podía llevar al pueblo a reflexionar sobre la racionalidad del orden político tal como hasta entonces había sido y podía hacer que las masas malentendieran esa racionalidad. Así las personas comunes y trabajadoras podrían ser estimuladas a considerar sus condiciones de vida, lo que a su vez podría llevarlas a

<sup>9</sup> BRYCE, 1901: 537-541.

<sup>10</sup> HART, 1994: 50-78.

<sup>11</sup> AUSTIN, 1897 discutido por MORISON, 1982: 122-125 respondiendo a RUBEN, 1977 (especialmente 20-21).

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, HUME, 1963: 37: «El hábito consolida rápidamente lo que otros principios de la naturaleza humana han fundado imperfectamente; y una vez que los hombres se han acostumbrado a obedecer, nunca piensan en separarse de ese camino, por el que ellos y sus ancestros han andado constantemente...».

cursos de acción que serían dañinos para la utilidad general y, por tanto, para sus propios prospectos de felicidad. Ellas querrían cambiar cosas que en su verdadero interés propio no deberían ser cambiadas.

Así, aparece otra cuestión: según parece, no sólo sería verdad que la línea divisoria entre reglas y hábitos es menos significativa de lo que HART pensó. La cuestión es que podría sostenerse incluso que los hábitos son más valiosos que las reglas. Esto se puede presentar en el agradable modo aristotélico, o en la incómodamente reaccionaria forma austriana. Argumentos similares se pueden encontrar en F. A. HAYEK<sup>13</sup>. Tomando todo esto en consideración, uno podría empezar a pensar que hay mucho más que decir acerca de los hábitos y su lugar en el pensamiento constitucional, jurídico y político de lo que la versión ortodoxa de la teoría del derecho del último medio siglo ha permitido.

Este argumento precisamente es el que ha defendido Sundram SOOSAY, quien lo conecta con los actuales resultados de las ciencias cognitivas y de la psicología<sup>14</sup>. Él sostiene que uno debiera tomar con reservas mucho, o la mayoría, de lo que los juristas analíticos han escrito acerca del derecho como un sistema de reglas, especialmente con aquello que pretende ser o pasar por observación sociológica o que presupone tesis psicológicas no explicitadas ni probadas. Esta es una observación seria. Por ejemplo, en un pasaje en *The Concept of Law*, HART dice que KELSEN debe estar equivocado cuando afirma que la norma que establece la sanción es la forma primaria de derecho. Para dar un ejemplo de lo que KELSEN quería decir, piénsese en el hurto. KELSEN sostiene que la forma primaria de derecho en contra del hurto expresa que si una persona se apropia de cosa ajena, entonces, debe ser condenada y que debe ser condenada a una pena privativa de libertad que no exceda de cierto máximo. Esto exhibe lo que realmente caracteriza al derecho en tanto que técnica social específica, sostuvo KELSEN, y el así llamado «deber de no hurtar» es meramente derivativo. Es una inferencia secundaria del derecho en su forma primaria y de modo similar todas las potestades conferidas por el derecho pueden ser entendidas como condiciones de aplicación de sanciones conforme al derecho más o menos elaboradas.

La objeción de HART a todo esto es incisiva: «sobre las reglas que confieren potestades se piensa, se habla y son usadas en la vida social de modo diferente que las reglas que imponen deberes, y son valoradas por diferentes razones»<sup>15</sup>. Aun así, se trata de una afirmación bien osada si uno piensa en

<sup>13</sup> HAYEK, 1982: capítulo 5, donde arguye que es usualmente preferible el irreflexivo derecho consuetudinario que ha evolucionado a través de precedentes por sobre el derecho legislado.

<sup>14</sup> Véase SOOSAY, 2005a. Cfr. SOOSAY, 2005b.

<sup>15</sup> HART, 1994: 41.

ella. Ha existido una cierta controversia a la luz de la biografía de HART escrita por Nicola LACEY, acerca de cuánto realmente él se interesó, o debió haberse interesado, en la sociología descriptiva a la que hace referencia en el prefacio de *The Concept of Law*<sup>16</sup>. Pero mucho de lo que él dice sobre las actitudes hacia las reglas suponen afirmaciones empíricas no respaldadas por evidencia empírica. SOOSAY argumenta que, cualquiera que haya sido el caso en 1961, hoy existen extensas fuentes disponibles provenientes de la psicología moderna y, en particular, de la ciencias cognitivas. Lo que los científicos cognitivistas han demostrado es que la mente humana, el cerebro humano, es capaz de autoadaptarse a todo tipo de problemas conductuales y de otro tipo, precisamente a través de la rutinización, esto es, la formación de hábitos.

Para comenzar podría considerarse una habilidad adquirida con esfuerzo. El aprender a conducir es un buen caso. Se ha demostrado que en actividades de este tipo, el cerebro desarrolla atajos cognitivos que eliminan el esfuerzo y que gradualmente permiten al principiante enfrentar exitosamente las situaciones problemáticas, lo que resulta en un método rutinario. Este proceso retira de la consciencia lo que era inicialmente un procedimiento consciente de seguimiento de reglas y otros patrones. Volvamos, en el contexto de los conductores, al ejemplo de la luz roja del semáforo. Cuando uno está aprendiendo a conducir, lidiar con los semáforos resulta ser una experiencia cargada emocionalmente. Todavía uno tiene que pensar conscientemente en pisar el embrague y pasar los cambios para bajar la marcha, luego frenar y poner en neutro la caja de cambios al mismo tiempo que se tiene que prestar atención a los otros autos y a los peatones y estar atento a los semáforos y sus cambios. Cuando uno por primera vez se acerca a un cruce regulado, aun cuando uno conoce los significados de los diferentes colores y de sus combinaciones, uno sufre una experiencia atemorizante, pues debe hacer muchas cosas al mismo tiempo y debe hacerlas bien. Uno debe actuar correctamente tanto en un sentido técnico, logrando un control adecuado del vehículo, como en uno legal, para no pasarse una luz o para no cruzarlas a la carrera sin prestar atención a lo que sucede alrededor. Todo esto es bastante complicado y, mientras se aprende, todos ven con envidia a quienes ya son más experimentados y pueden manejar de verdad, y que no se ven presa del pánico por la repentina aparición de un semáforo que está cambiando de amarillo a rojo.

Así y todo la gran mayoría de quienes han pasado por esta experiencia salen de ella como conductores competentes y (más o menos) cumplidores de la ley. Los científicos cognitivistas han ofrecido una explicación de cómo

---

<sup>16</sup> Véase LACEY, 2004: 228-233, 336-337.

ocurre todo esto. Dicho crudamente, ellos sostienen que el cerebro se habitúa a nuevas habilidades produciendo rutinas. Esto empieza con la enseñanza de las exigencias técnicas y de las reglas, hasta el punto en que uno ha dominado las técnicas y ha internalizado completamente las reglas. En esta etapa, dejan de ser una parte del contenido de la consciencia, que se ve así liberada para cuestiones menos rutinarias tales como planear una ruta hasta el destino y pensar en cómo enfrentar el asunto que te lleva allá, o lo que sea. La adquisición final de la habilidad marca el punto en el que las reglas, que son como un tipo de puntal, desaparecen de la vista. Es algo similar a la escalera de WITTGENSTEIN por la que uno sube y luego abandona. Esta es la imagen que uno debe tener. Las reglas pueden ser herramientas para el aprendizaje de habilidades, pero las habilidades ya adquiridas trascienden las reglas.

Más allá de la evidencia técnica, esto parece muy convincente para el sentido común cuando se piensa en habilidades físicas tales como conducir un vehículo o jugar al golf (aprendiendo cómo usar los palos de golf y a tener un buen *swing* y cosas de ese tipo). ¿Se aplica también al derecho o a otros dominios de lo que es en cierto sentido obviamente normativo? Saco de mi billetera un pedazo de plástico de color. Todos sabemos que este objeto funciona como un modo de obtener crédito para realizar compras. Funciona de este modo en virtud del derecho de contratos y porque un largo formulario estándar ha sido firmado por todos los usuarios de tarjetas, pero que ha sido leído alguna vez sólo por una pequeña minoría probablemente. Esto establece los términos del contrato entre el usuario de tarjetas y la compañía de crédito o el banco, junto con una serie de condiciones adicionales impuestas por la legislación vigente sobre créditos de consumo.

Aquí parecen existir muchas normas jurídicas relevantes. Bajo su luz, no existe sólo un pedazo de plástico de color sino una tarjeta de crédito que habilita a su usuario a comprar bienes a crédito bajo el supuesto de que la deuda correspondiente será debidamente pagada, junto con los intereses que se hayan devengado. Existen muchas normas que la mayoría de los usuarios de tarjetas ignoran completamente o en gran parte. Tales usuarios, sin embargo, tienen ciertamente hábitos relevantes bien establecidos. Sobre la base de los estudios de los psicólogos cognitivistas que se han mencionado, el argumento de SoosaY exige saber qué hace que personas como yo, sigamos diciendo: «Sí, pero son las reglas las que dan sentido a las tarjetas de crédito». ¿Qué me hace estar tan seguro de que éstas son la infraestructura necesaria, los andamios que necesariamente rodean las compras con tarjetas de crédito? El hecho es que las personas utilizan las tarjetas sin pensar en las reglas. Así es como funciona el mercado crediticio, porque las personas no dependen de las reglas. Ellas simplemente saben cómo usar su tarjeta, tienen su clave PIN, tienen una idea aproximada de cuáles son sus débitos, de cómo

aumentan y de cómo van a pagarlas. Algunas personas se meten en terribles problemas con las deudas, pero el sistema funciona porque la mayoría de las personas pueden administrar sus deudas, no porque estén pensando sobre reglas. Y funciona porque no están pensando acerca de ellas, porque han adquirido rutinas que les permiten administrar este medio jurídico-financiero sin pensar demasiado en ello.

Se podría argumentar que es la falta de reflexión acerca de las reglas, no la presencia de esta reflexión, la que permite que funcione la moderna economía crediticia. Por lo que si se está interesado en *The Concept of Law*, a la luz de la pretensión del autor de que constituye no sólo un ensayo de análisis filosófico sino también de sociología descriptiva, se encuentran aquí algunas dificultades. No se trata sólo de que la vida cotidiana de hecho transcurre sin prestar mucha atención al vasto conjunto de reglas que regulan a las tarjetas de crédito y a su uso. El hecho es que el modo en que los seres humanos o el cerebro humano funcionan exige poner de lado estas cosas, adquirir las habilidades y luego olvidar los andamios. Lo que es más interesante es que *no* se piensa, ni se habla acerca de las reglas ni son usadas conscientemente en la vida social cuando ésta transcurre tranquilamente.

Tomadas en conjunto las observaciones hechas por KRYGIER, ARISTÓTELES, AUSTIN y SOOSAY, es claro que existen razones para volver a evaluar los «hábitos» en la vida y en el derecho. Los hábitos son la evidencia exterior de la adaptación de nuestro cerebro a las propiedades regulares del entorno en el que nos desenvolvemos. La vida cotidiana es posible gracias a que somos capaces la mayor parte del tiempo de descansar en ellos sin sufrir sorpresas desagradables, a fin de poder aplicar la inteligencia reflexiva donde es necesaria, para situaciones o incidentes actual o potencialmente sorprendentes o problemáticos. La sociología del derecho de Niklas LUHMANN argumenta de modo similar sobre la necesidad de «redundancia» y de la reducción de la sorpresa que los sistemas como el derecho obtienen<sup>17</sup>.

Se podría afirmar que cualquier formulación explícita de una regla con la que se intente capturar el sentido de alguna práctica habitual establecida está condenada a ser, en parte, artificial. Sin ir más lejos, mi intento de formular una norma acerca de las colas constituye un ejemplo simple. Parece posible sostener que muchas personas siguen la práctica de pararse en línea para recibir un servicio sin nunca formular ninguna regla explícita acerca de ella y que no es muy probable que alguna formulación les parezca correcta a todos o más que a unos pocos participantes. Pierre BOURDIEU ha afirmado que los antropólogos de una cultura que toman como campo de estudio otra cultura y tratan de describirla en los términos de sus reglas implícitas,

---

<sup>17</sup> LUHMANN, 2004: 60-62.

inevitablemente la describen inadecuadamente sólo por el hecho de que los participantes no formulan por sí mismos reglas explícitas<sup>18</sup>. En la vida real, una regla sólo llega a ser formulada, normalmente, una vez que la práctica ha comenzado a ser violada o a ser cuestionada.

Se puede agregar, sin embargo, que la institucionalización constituye claramente un contexto en el que se da lugar a la formulación explícita de reglas, por el tipo de razones que hemos discutido a propósito de las colas en supermercados o en los aeropuertos. Con mayor razón, el contexto del Estado constitucional contemporáneo es un escenario donde aparecen una cantidad inmanejable de reglas formuladas. Éstas son formuladas por la legislatura, por el ejecutivo o por las autoridades locales en ejercicio de potestades delegadas, por las compañías de ferrocarriles, como cláusulas estándar en contratos para los consumidores, en las regulaciones y directivas de la CE, y así. No es concebible que un ciudadano lego —ni, de hecho, un abogado— conozca detalladamente más que de una pequeñísima fracción —si es que de alguna— de este colosal y disperso conjunto de textos de reglas. ¿En qué se convierte entonces el «punto de vista interno»? ¿Cómo puede la discusión de prácticas normativas informales como las colas contribuir en algo a la comprensión del sentido y los usos de estos textos en gran parte desconocidos? ¿Cómo pueden éstos contribuir a la existencia humana en sociedad?

### 3. HÁBITOS SOBRE REGLAS

Una forma de responder a esto consiste en volver a la tesis avanzada en el capítulo III de que en la base de todo orden constitucional viable existe necesariamente una práctica o convención que puede ser formulada como una regla según la cual la constitución y las leyes vigentes conforme a ella deben ser obedecidas. Como se ha visto, existe una buena razón para sostener que nadie que pretenda detentar y ejercer un cargo público bajo una constitución puede coherentemente negar comprometerse abiertamente con una regla tal una vez formulada, sin importar cuán corrupto esté dispuesto a comportarse en secreto. Un orden constitucional depende obviamente del compromiso activo de la mayoría de los que ejercen funciones públicas y del esfuerzo por sostener los controles y contraprestos de modo consistente. Los órdenes jurídicos institucionalizados dependen de hábitos acerca de reglas, esto es, de la referencia habitual en ciertos contextos a una clase especial de textos tales como los que se contienen en las leyes y en los informes de los decisiones judiciales.

---

<sup>18</sup> Véase BOURDIEU, 1977: 2.

Esto supone mantener una actitud práctica estable hacia textos de reglas institucionalmente establecidos (legislación, precedentes o lo que sea), cuando éstos son citados o referidos como relevantes en un determinado contexto. Los abogados envueltos en un litigio o en la persecución de un delito tienen que poner a la vista del tribunal el conjunto de leyes, de precedentes y similares que consideran relevante para la pretensión que pretenden hacer valer. Los funcionarios públicos, en el ámbito bajo su responsabilidad, deben mantenerse informados acerca de los materiales que rigen sus potestades y deberes en el ámbito en cuestión, y cuando es necesario deben comunicar a los ciudadanos las exigencias relevantes. Los abogados que ejercen privadamente necesitan mantener un alto grado de conocimiento y dominio de los cuerpos de derecho vigente que tienen relación con los asuntos de sus clientes o con los litigios en los que sean parte o con los que puedan producirse. Y así sucesivamente. El hábito o disposición práctica del personal involucrado en tareas jurídicas debe incluir la disposición a respetar y a hacer respetar cualquier disposición contenida en los textos legislativos vigentes y en los precedentes vinculantes, leídos a la luz de los principios y valores de los que son expresión. (Quizás en algunos casos se tratará más bien de encontrar una manera de sortearlos, reconociendo que existen y que se puede caer en ellos como en una trampa).

Estos textos legislativos y precedentes, validados por la constitución, se aplican según sus términos a muchas, muchas personas —ciudadanos y residentes permanentes o temporales— que en gran medida o del todo ignoran las reglas jurídicas que contienen, incluso más si se considera un alto nivel de detalle. Sólo en la medida en que la reglas encarnen principios razonables y popularmente aceptables, puede esperarse que la aplicación de las reglas no cause excesiva sorpresa o rechazo. Pero esto es bastante menos que cualquier tipo de compromiso activo a través de una «actitud crítico-reflexiva» respecto de cualquier regla jurídica todo el tiempo.

Brian TAMANAHA ha documentado el caso de un Estado constitucional contemporáneo —Micronesia, en particular la isla de Yap— donde existe, exactamente del modo en que yo he sugerido más arriba, una constitución operativa y un aparato estatal viable y efectivo. Y sin embargo, los «ciudadanos» de ese Estado llevan a cabo su vida familiar y sus negocios y casi todos sus asuntos sobre la base de un orden normativo por completo diferente del estatal —uno que es expresivo de la costumbre inmemorial—. Ellos interactúan con los funcionarios estatales y aceptan sus fallos y decisiones sólo en la medida es que esto sea una necesidad práctica. Pero aparte de esto, el derecho estatal no toca sus conciencias en lo absoluto<sup>19</sup>. Hasta qué punto

<sup>19</sup> TAMANAHA, 2001: 145-146, basado en TAMANAHA, 1993; cfr. WATSON, 1993.

los Estados aparentemente más «normales» —el Reino Unido, por ejemplo— difieren realmente en esto de Yap es una cuestión empírica abierta. El sentido común sugiere que probablemente países como el Reino Unido o Francia difieren en parte, en que no tienen, por ejemplo, un completo cuerpo de costumbres único paralelo al derecho «oficial». Los hábitos de muchas personas en muchos segmentos de la sociedad probablemente armonizan razonablemente bien con las normas del derecho oficial, pero pueden existir otros segmentos de la sociedad en los que esto está lejos de suceder. Esto, sin embargo, es en el mejor de los casos una mera observación desde el escritorio, que no está respaldada por ningún estudio empírico metodológicamente respetable. TAMANAHARA ha sostenido con razón que trabajar en tales tópicos sería altamente significativo e instructivo y él ha sugerido algunas aproximaciones posibles para llevar a cabo tal investigación<sup>20</sup>.

#### 4. *MIND THE GAP!*

En el metro de Londres, los andenes de algunas estaciones quedan alineados bastante lejos de los vagones del tren cuando están detenidos en la estación. «*Mind the gap!*» [¡atento a la brecha!] dice una voz incorpórea a través del sistema de comunicaciones públicas de la estación, cuando los trenes llegan y se detienen en estas estaciones exponiendo a los pasajeros al riesgo de una horrible caída entre el tren y el andén. Una advertencia similar debería dirigirse a los trabajos académicos de doctrina sobre el derecho, incluyendo a los trabajos de la teoría del derecho institucionalista, por las razones ahora exploradas. El mismo hecho de la institucionalización del poder legislativo significa que el resultado del ejercicio de tal potestad consiste en textos legislativos que pueden ser cumplidos imperfectamente, si es que en algo, como reglas operativas desde el punto de vista de un usuario de normas cualesquiera. Las normas convencionales no pueden ser tan divergentes con lo que las personas realmente hacen, pues su existencia está determinada por lo que en los hechos las personas hacen. Tratándose de las normas institucionalizadas sí puede haber divergencia, aun cuando la base de su institucionalización dependa del hábito compartido de respetar la constitución y aun cuando este hábito esté bastante extendido.

Debiera tenerse en mente que existen potencial o realmente dos tipos de brechas<sup>21</sup>. Primero, jueces y abogados y otros funcionarios judiciales tie-

<sup>20</sup> TAMANAHARA, 2001: 131-155.

<sup>21</sup> Para una explicación ya clásica, véase NELKEN, 1981: 35-61, que concluye acerca del modo en que «una investigación [relevante] puede atender además a la manera en que políticos, funcionarios públicos y otros profieren afirmaciones en nombre del derecho, los factores que

nen probablemente sus propias rutinas, hábitos y modos de llevar a cabo su trabajo profesional o función pública. Aun cuando éstos empiecen con el tipo de aprendizaje de reglas que envuelve el aprender a manejar, las reglas formales serán modificadas y cubiertas con otras consideraciones y hábitos en las omnicomprendidas formas folclóricas de trabajo en la vida jurídica de cualquier situación real. Más aún, al menos algunos asesores legales verán (y pensarán que tienen el derecho a mirar) las reglas oficiales como una serie de obstáculos al modo en que sus clientes llevan sus negocios. Por lo que tratarán de «respetar» el texto de estas reglas por la vía evadirlas sin incurrir en infracciones o al menos sin hacerlo de manera evidente —ellos no se aproximan a las normas como si indicaran patrones de comportamiento que consideren buenos en sí mismos—. El gran «realista norteamericano» Karl LLEWELLYN llamó la atención sobre este tipo de fenómenos hace ya un buen tiempo<sup>22</sup>. Desde entonces, existe una gran cantidad de interesantes trabajos en la sociología del derecho y en la sociología de la profesión jurídica, así como en criminología, que exploran y dan evidencias acerca de estas y otras posibles «brechas» entre el derecho tal como es establecido y el derecho tal como es en la práctica, incluso en el trabajo jurídico de funcionarios públicos y abogados<sup>23</sup>. Más aún, existe una variación cultural no despreciable entre diferentes culturas nacionales y entre subculturas dentro de los Estados que aparentemente influyen la aproximación general, quizás no hacia la idea misma de que las leyes deben ser en cierto sentido respetadas, pero sí hacia la cuestión de qué cuenta como debido respeto<sup>24</sup>. Los abogados exitosos en el ejercicio privado de la profesión no ignoran el derecho —por supuesto que no—. Pero su éxito depende en gran parte más del conocimiento práctico, *know how* y sabiduría, que de aquello que puede ser extraído de no importa qué voluminoso dominio de todo el cuerpo de textos legislativos, sea o no complementado con la lectura voraz de casos y precedentes.

El segundo sentido de «brecha» es uno que ha sido particularmente destacado por TAMANAHA y que puede ser denominado la «brecha de la eficacia»<sup>25</sup>. Sea como sea que los funcionarios públicos o quienes ejercen profesiones legales se relacionen con el derecho, es una cuestión abierta cuánto del derecho oficial influye en la conciencia de los legos. Es discutible también hasta qué medida su sentido de lo correcto y lo apropiado depende y cuánto diverge de lo que el derecho oficial ordena ya sea en el sentido de

afectan sus resultados y la extensión con la que tal “brecha” es percibida por otros en la sociedad» (60). TAMANAHA, 2001: 131-132 pone al día el argumento.

<sup>22</sup> LLEWELLYN, 1940 y LLEWELLYN, 1951; véase, además, TWINING, 1973: 170-203.

<sup>23</sup> Véanse las citas en NELKEN y TAMANAHA, *supra* nota 21.

<sup>24</sup> Cfr. NELKEN, 2002.

<sup>25</sup> TAMANAHA, 2001: 131 (advirtiendo en contra de cualquier asimilación demasiado fuerte entre «brecha» en este sentido y en el otro sentido aquí considerado).

textos abstractos o mediado a través del filtro de la práctica profesional o de los funcionarios. Un filósofo del derecho envuelto en una investigación interpretativo-analítica sobre las instituciones del derecho debe reconocer que tales brechas son inevitables y que la investigación que se tiene entre manos no contribuye en nada a la comprensión de la extensión de ninguno de estos tipos de brecha en ningún caso particular.

¿Por qué seguir con ella entonces? Hay dos respuestas para esto. Primero, debe considerarse que existe un amplio aparato conceptual que está disponible para que las personas recurran a él y al cual recurren frecuentemente. Las personas saben que tienen derechos y ocasionalmente los hacen valer. Las personas saben que hay cosas que son delitos y usualmente evitan cometerlos, al menos cuando es probable ser atrapado. Ellas saben qué les pertenece y desean que los demás respeten sus pertenencias. Si un oficial de policía les llama la atención, pueden decir con indignación que tienen derecho a hacer lo que estaban haciendo. El lenguaje de lo bueno y lo malo, de los derechos y deberes, de la propiedad y el hurto, forma parte del lenguaje corrientemente usado a diario como la lectura de cualquier periódico de noticias o de cualquier novela popular, o el contenido de cualquier telenovela hace completamente obvio. Por cierto, las personas se involucran en este tipo de cosas sólo de modo episódico —no son monstruos de los derechos siempre obsesionados sobre sus derechos. Pero, con bastante frecuencia, les preocupan mucho sus derechos y los ilícitos que los demás cometen. Entonces ¿cómo saben acerca de estos derechos e ilícitos? ¿qué hay por saber? ¿Debemos leer estos conceptos a través del aparato interpretativo de los «órdenes normativos institucionales» como se ha explicado hasta aquí? La respuesta a esta cuestión es afirmativa y es una respuesta desplegada extensamente en la parte segunda de este libro, que comienza en el próximo capítulo.

La segunda respuesta a la pregunta de por qué seguir con una teoría institucional a pesar de que hay «brechas» que la afectan como se ha admitido, descansa en otras características sobresalientes de la vida en las condiciones contemporáneas. Existen Estados y ellos efectivamente ejercen el poder de gobierno territorial, aunque los estándares internacionales de conducta aceptable sean cada vez más vinculantes para las autoridades estatales. Existen nuevos fenómenos que desafían las categorías políticas y jurídicas tradicionales por la vía de la organización de confederaciones de Estados, tales como la Unión Europea, y que llevan a dejar de lado oscuras observaciones acerca de su carácter *sui generis*, sobre la base de que parecen ser organizaciones de una «clase propia», que no pueden ser adecuadamente subsumidas bajo ninguna categoría existente<sup>26</sup>. Existen empresas transnacionales y exis-

---

<sup>26</sup> MACCORMICK, 2005b; también MACCORMICK, 2005c.

te una economía siempre más globalizada, y aun así estas transnacionales deben tener alguna casa matriz en algún Estado y deben reconocer las condiciones legales para el reconocimiento de su actividad societaria donde sea que tengan negocios.

Incluso cuando se habla acerca de la sociedad, normalmente es posible posponer como sufijo alguna etiqueta estatal o nacional —«la sociedad británica...», «la sociedad francesa...», «la sociedad malaya...», y así. Si bien Estado y sociedad no son conceptos idénticos, se trata de contextos superpuestos de la existencia y de la actividad humanas. Otro sufijo interesante que se puede posponer a «sociedad» es «civil» —«sociedad civil». La importancia de esto es que parecen existir múltiples y muy cercanas relaciones entre el derecho, el Estado y la sociedad civil. Esa nota especial sobre la sociedad civil, como el nombre sugiere, consiste en la civilidad que puede obtenerse entre personas que son relativamente extrañas entre sí —o incluso totalmente extrañas—<sup>27</sup>. La civilidad es el opuesto del estado de actual o potencial guerra de todos contra todos que Thomas HOBBS tipificó como el «estado de naturaleza» que los seres humanos tendrían que sufrir si el Estado hubiera desaparecido<sup>28</sup>. (Debe recordarse que HOBBS vivió en medio de una amarga y violenta guerra civil, por lo que él habla de algo de lo que tenía experiencia propia). La civilidad es una condición en la que las personas pueden ocuparse de sus asuntos sin ir armadas, sin tener alguna razón especial para temer que las otras personas con las que se encuentren las atacarán. También tienen razones para suponer que lo que amenace con alterar este estado de cosas será enfrentado por la acción policial organizada a través del Estado en nombre de la sociedad civil.

Cuando se obtiene la condición de la sociedad civil, el discurso político es posible. Las personas pueden tratar de resolver los desacuerdos mediante argumentos, debates y votaciones, no blandiendo espadas. Además, ellas pueden participar en una serie de relaciones con extraños y tomar parte en todo tipo de intercambios y negocios, confiando en que la moneda emitida por algún Estado o confederación será un medio de cambio tolerablemente estable y en un sistema de tribunales que harán cumplir si es necesario los contratos que hayan sido infringidos. La civilidad no sólo hace posible la política, sino que también hace posible una economía libre, más que una

<sup>27</sup> La civilidad es más que la mera ausencia de violencia y que la extensión de la confianza, si bien éstas le son esenciales. Véase SELZNICK, 1992: 387-427: «La civilidad gobierna la diversidad, protege la autonomía y sostiene la tolerancia» (387); KRYGIER, 2005: 163-176 discute los «usos de la civilidad» en términos similares a los sugeridos aquí, pero explicando además las más amplias ramificaciones de esta idea: «La sociedad civil maximiza las posibilidades de que se den relaciones no predatorias entre extraños» (173).

<sup>28</sup> HOBBS, 1997.

mantenida a través de la planificación coactiva. Donde el Estado, y la interacción de muchos Estados, son caracterizados por la civilidad, la economía y la política se vuelven posibles. Pero al parecer tal civilidad depende en alguna medida del respeto por el *rule of law* interno a los Estados y entre ellos. Así es posible entender que tanto el derecho, la política y la economía son subsistemas de un sistema social mayor que los comprende y al que realizan contribuciones decisivas que no son reducibles a la que proviene de ningún otro. Más aún, cada uno es una condición para el desarrollo de los otros —no hay derecho sin política, ni política sin derecho, ni crecimiento económico sin ninguno de estos dos, ninguno de los cuales pueden desarrollarse sin una economía capaz de crecer—. En este contexto, el eslogan kelseniano de que, consideradas como tal, «las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido»<sup>29</sup> no puede ser seriamente admitido. Por cierto que hay muchas variaciones entre lo que puede ser promulgado como derecho o adoptado como precedente vinculante. Es verdad que no hay un código moral inscrito en el corazón humano o en algún otro lugar que pueda simplemente ser leído y llevado hacia nuestros textos legales. Pero separar al derecho penal, al derecho público y al derecho privado de las funciones que ellos cumplen en el aseguramiento de la civilidad, estructurando la actividad política y facilitando la economía, es inconcebible. Al menos algunos lectores de este libro se considerarán personas que habitan en una sociedad caracterizada por un grado sustancial de civilidad, en un Estado con un orden político que es bastante estable más allá de las vigorosas oposiciones mutuas de los partidos y en las condiciones de una economía que funciona razonablemente bien. Tales lectores deben considerar si la experiencia que han tenido no es la mejor evidencia que ellos pueden tener de que el derecho es razonablemente operativo hasta cierto punto en el Estado en que viven. Al reflexionar acerca del derecho en la sociedad, por cierto que tenemos que estar ¡atentos a la brecha!, pero no podemos suponer que sea una total ruptura. Una disquisición más profunda acerca de las interacciones entre el derecho, el Estado y la sociedad civil será llevada adelante en la parte tercera de este libro.

---

<sup>29</sup> Kelsen, 1961: 113.

SEGUNDA PARTE  
PERSONAS, ACTOS Y RELACIONES



La exposición académica y doctrinaria de los materiales jurídicos supone la aplicación sobre ellos de determinados procedimientos de «reconstrucción racional»<sup>1</sup>. Esto hace necesario considerar el tipo de estructura conceptual a través de la cual materiales de esta clase son expuestos. Hay todo un vocabulario de «derechos, deberes, privilegios, potestades e inmunidades» (por nombrar unos pocos) del que se hace uso. Ese vocabulario forma parte del discurso ordinario sobre el derecho, cuando las personas discuten sus posiciones jurídicas entre ellas o con profesionales en algún asunto de importancia. El uso de estos términos y de los conceptos a los que éstos refieren, no descansa en falsas (o en algunas) suposiciones empíricas acerca de las actitudes de las personas en la sociedad. Su sentido puede ser revelado a través del análisis conceptual de las clases de materiales que un orden normativo institucional contiene.

La base de este análisis es que un orden normativo tiene por objeto regular el comportamiento y los asuntos de las personas, tanto entre ellas como en relación con el uso que hacen de las cosas. Tales regulaciones establecen una clase especial de relaciones —relaciones normativas— entre personas. En la medida en que el orden se encarna en una práctica social, tales relaciones son consideradas de importancia por las personas que se encuentran envueltas en ellas. Una instancia de tal relación sería que A tuviera el deber de darle lecciones de piano a B, y B tuviera el derecho a recibir estas lecciones de piano por parte de A. La posibilidad de usar el piano dependerá de quién sea su dueño y de que su dueño —un tercero, supongamos— haya dado la autorización para que sea usado en la lección de piano. Se encuentran aquí, entonces, relaciones relevantes entre A y B, y entre éstos y el tercero dueño del piano. Esto incluye varias relaciones con respecto a la cosa, el piano.

---

<sup>1</sup> MACCORMICK, 2005a: 28-29.

Al tratar con este material pueden identificarse muchas clases de atributos. Algunos implican posiciones normativas, otros relaciones normativas. Algunos son simplemente posiciones normativas, como la de ser una persona dotada jurídicamente con determinadas capacidades de acción. Los seres humanos o grupos de seres humanos y tal vez otras clases de entidades pueden tener este atributo. Adscribirle este atributo implica interpretar el ser viviente biológico como una persona en sentido jurídico. La personalidad en el derecho es así una cuestión de hechos institucionales. También lo es el ser una persona con un determinado derecho en contra de otra persona, porque aquí interpretamos un aspecto de la relación entre estas dos personas en términos de normas jurídicas. No es, por cierto, necesario adoptar tal interpretación, pero es siempre una posibilidad y normalmente es de mucho interés para la gente de carne y hueso saber, y hacer valer, sus derechos y reconocer los deberes mutuos y actuar en conformidad con ellos. Algunos atributos, tales como tener un derecho respecto de otro, son intrínsecamente relacionales<sup>2</sup>. No son simples atributos tales como el de ser persona, pues los atributos relacionales son atributos tales que el que una persona tenga un atributo tal implica que existe otra persona que tiene un atributo correspondiente aunque diferente. Si alguien es un marido, se sigue que se trata de una persona de sexo masculino que está en una determinada relación con otra persona, de sexo femenino, que tiene el atributo de ser una mujer casada y que, por cierto, es la mujer *de él*, tal como él es el marido *de ella*. Por cierto, es la relación de matrimonio lo que permite que estos atributos relacionales sean adscritos a individuos. Es una característica muy común entre la mayoría de los atributos normativos la de ser relacionales en este sentido (piénsese en empleador/empleado, comprador/vendedor, arrendador/arrendatario y así).

Aquí se procederá a su análisis comenzando con la entidad jurídica más básica de todas, la persona —o, si se quiere, el atributo más básico reconocido por el derecho, el de ser una persona—. A continuación se considerarán los ilícitos y los deberes (capítulo VI), luego los derechos tanto pasivos como activos (capítulo VII) y los derechos en relación con las cosas (el derecho de propiedad y otros derechos reales —capítulo VIII—), y finalmente (capítulo IX) se ofrecerá una explicación de las potestades y las inmunidades.

---

<sup>2</sup> Debo esta convicción íntegramente al Dr. M. STEPANIANS, quien desarrolló esta idea en su *Habilitationsschrift* exitosamente presentada ante la Universidad de Saarland el año 2005. Véase STEPANIANS, 2005: 41. STEPANIANS a su vez ha desarrollado su idea sobre la base de su lectura de ARMSTRONG, 1989: 65 ss. Aquí, sin embargo, se habla de «atributos relacionales», más que de «propiedades relacionales» que es la terminología acuñada por STEPANIANS, con el objeto de evitar posibles confusiones cuando se llegue a discutir las relaciones de propiedad en sentido jurídico.

## CAPÍTULO V

# LAS PERSONAS

### 1. INTRODUCCIÓN

Todavía ahora en el siglo XXI uno puede decir, de modo similar a como GAYO lo dijo hace ya veinte siglos, que todo el derecho tiene relación con las personas, las cosas y las acciones<sup>1</sup>. El derecho impone exigencias a las personas respecto de su conducta. Lo hace también con la vista puesta en la protección de las personas frente a la conducta inapropiada de los otros. Regula el acceso de las personas a las cosas que necesitan para su supervivencia, salud y confort. Provee de un sistema de intercambio a través del que las personas pueden obtener unas de otras las cosas que necesitan. Cuando se incumple con lo acordado o cuando se causa daño o uno se apodera sin título de las cosas de otro, puede haber reacciones sancionatorias a instancias de personas privadas o de autoridades públicas, resultando en la imposición de sanciones penales o de consecuencias jurídicas civiles. La comprensión de qué es el derecho y de cómo funciona, por tanto, supone reflexionar acerca de la idea de persona y acerca de las clases de relaciones que existen entre ellas dentro del contexto del tipo de orden normativo que el derecho, en particular el derecho estatal, constituye. Se debe reflexionar además acerca de las relaciones entre personas y cosas. El punto de partida obvio, no obstante, son las personas. ¿Qué son? Tras responder a esta pregunta, este capítulo prosigue con las variadas capacidades de las personas, tanto pasivas como activas, y concluye con una discusión acerca de estatus.

---

<sup>1</sup> ZULUETA, 1945-53: I.I.

## 2. ¿QUÉ SON LAS PERSONAS?

No podría haber orden normativo alguno sin personas, pues lo ordenado es la conducta de las personas y el tratamiento que deben recibir. El orden normativo institucional en sí mismo institucionaliza el concepto de persona<sup>2</sup>. El art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de hecho, establece que: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». El ser persona es algo adicional a ser humano, aunque todos quienes sean humanos tienen el derecho a este reconocimiento adicional.

Para la existencia de una persona es algo fundamental la capacidad para tener intereses y para sufrir daños, y la capacidad para actuar racional e intencionalmente. Éstos son los fundamentos para el reconocimiento de entidades como personas, pero no los criterios jurídicos de reconocimiento de la personalidad, pues cada sistema jurídico establece sus propios criterios para determinar quién o qué cuenta como persona. La personalidad tiene tanto aspectos activos como pasivos. El aspecto activo de la personalidad se refleja en el carácter normativo del derecho. El derecho estatal establece reglas y principios de acuerdo con los cuales determinadas acciones u omisiones son ilícitas y el comportamiento opuesto es obligatorio. Por tanto, quienes crean o enuncian tales reglas y principios necesariamente contemplan la existencia de seres racionales conscientes capaces por su propia voluntad de ajustar a ellos sus acciones intencionales, o por cierto para infringirlos. Todo acto de creación o de establecimiento de reglas de conducta tiene como presupuesto la existencia de personas activas. El aspecto pasivo predomina cuando se considera qué reglas y exigencias de comportamiento es razonable adoptar mediante una ley. Es razonable que ellas busquen, al menos en parte, proteger los intereses de las personas de los menoscabos que puedan ocasionarle lo que los demás hacen o dejan de hacer. Las leyes existen para la regulación del aspecto activo de las personas con la vista puesta, al menos parcialmente, en la protección de las personas en sus aspectos pasivos, esto es, protegerlos frente a daños (invasiones de sus intereses) y tal vez con la vista puesta también en la satisfacción de sus intereses. Algunas personas, como se verá, reciben protección pasiva aun cuando no sean, o no sean todavía, reconocidas como personas capaces de actuar en derecho.

Tanto los aspectos activos como los pasivos de los fundamentos de la personalidad implican la continuidad de las personas en el tiempo y un cier-

---

<sup>2</sup> Cfr. RUTTER, 2001: 102-106.

to grado de conciencia de ésta, real o imputada<sup>3</sup>. Pues la intencionalidad en la acción supone un agente que anticipa en el pensamiento una acción que será realizada por el mismo agente en algún momento posterior; y la intencionalidad racional supone la capacidad para tomar decisiones con una concepción acerca de su coherencia con un plan general de vida. Y, por otro lado, los intereses de los seres racionales no están confinados a estados presentes y momentáneos de gratificación sino que incluyen más significativamente todo aquello que conduzca al general bienestar de la persona a lo largo del tiempo. Se sigue que debe existir algún criterio de la identidad personal a través del tiempo y algún modo de determinar la duración de la existencia de una persona como tal. Todo lo cual puede ser mirado como nada más que una forma oscura de decir que los seres humanos nacen, viven y mueren, y que en algún sentido son la misma persona desde el nacimiento hasta la muerte.

El hecho de que estos procesos sean oscuros, sin embargo, se debe más a la moderna tecnología médica que a nuestra forma de hablar acerca de ellos. Tanto para fines morales como jurídicos, la cuestión del momento en que comienza la existencia como persona del ser humano resulta ser difícil y discutible. Considérense las siguientes cuestiones: ¿en qué circunstancias, si es que las hay, un feto humano puede ser abortado? ¿o creado y mantenido fuera de un útero y utilizado para propósitos diferentes que su implantación en el vientre de una mujer que quiere ser madre o que de otro modo es estéril?<sup>4</sup> ¿Qué deberes de cuidado, si es que los hay, se deben hacia o con respecto al aún no nacido o [en el caso de las pretensiones fundadas en el «perjuicio de nacimiento» o «nacimiento erróneo» («*wrongful life*»)] al feto aún no concebido?<sup>5</sup> ¿Qué derechos, si es que los hay, pueden existir en favor o ser de titularidad de un niño en el momento de nacer en virtud de eventos previos al nacimiento que lo afectaron beneficiosa o

<sup>3</sup> LOCKE, 1975: libro II, capítulo xxvii, s 9: «Para saber en qué consiste la identidad personal, se debe considerar qué significa ser una *persona*; que es, pienso yo, un ser pensante e inteligente, que tiene razón y reflexión, que puede reconocerse a sí mismo como sí mismo, la misma cosa pensante, en tiempos y lugares diferentes...». El prominente interés en el problema de la continuidad de la personalidad se ha mantenido en la discusión filosófica más reciente: véase PARFIT, 1984: cap. 11, s 80 y las citas ahí contenidas. Si es que la continuidad psíquica y la autoconsciencia han de ser consideradas esenciales para la personalidad jurídica es claramente una cuestión dudosa, si es que la distinción entre personas naturales y jurídicas es tomada de acuerdo a su comprensión tradicional —aunque esta comprensión es en algún sentido puesta en cuestión en este capítulo—.

<sup>4</sup> WARNOCK, 1985; véase también Cmnd 9314 (1984): 29-35. Cfr. MASON y LAURIE, 2005: 98-103, 412-167.

<sup>5</sup> Cfr. SCOTTISH LAW COMMISSION, *Liability for Antenatal Injury* [Scot Law Com No 30: Cmnd 5371 (1973)]; además *Report of the Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury* [Cmnd 7054-I (1978)] paras 1414-1453, 1478-1486. Sobre inexistencia de acciones en el derecho inglés para pretensiones fundadas en «*wrongful life*», véase *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] QB 1166.

dañinamente?<sup>6</sup> ¿Qué derechos, si es que los hay, tienen los padres u otras personas por daños infligidos al feto que se encuentra en el vientre materno o debido a defectos congénitos que la asesoría o consejo genético o los exámenes y controles fallaron en advertir debidamente?<sup>7</sup> ¿Qué derechos, si los hay, se adquieren bajo convenios de «maternidad subrogada»?<sup>8</sup>

Éstas y otras cuestiones del mismo tipo reflejan una profunda incertidumbre acerca de cómo exactamente, y con qué consecuencias, tiene que establecerse el momento en el que los seres humanos comienzan a ser «personas naturales». Existe una antiquísima (pero aún razonable y relevante) doctrina en los sistemas de derecho civil resumida con el brocardo jurídico: «*nasciturus pro iam nato habetur quamdiu agitur eius commodum*». Esto significa que «el que está por nacer debe ser tratado como ya nacido en aquello que sea para su beneficio». Así, por ejemplo, en el derecho sucesorio, un niño que estaba en el vientre materno al tiempo de la muerte del padre recibe la misma cuota en el legado «a cada uno de mis hijos» que sus otros hermanos, a pesar de que sólo los nacidos vivos pueden ser titulares de derechos sucesorios y éstos sólo se adquieren desde el nacimiento<sup>9</sup>. Siguiendo el espíritu de esta máxima y tomando en cuenta el modo en que ha sido aplicada en muchos sistemas jurídicos, podría argumentarse que una aproximación sensata a la cuestión de cómo tratar el comienzo de la vida sería la siguiente. Actos que afectan a la mujer durante el embarazo, o incluso antes, pueden ser dañinos para ella y dañinos para el feto de modo que afectan adversamente al niño una vez nacido, asumiendo que ha sobrevivido tales lesiones. La cuestión que entonces aparece es si el niño con posterioridad al nacimiento debería tener algún derecho a indemnización (o a alguna otra forma de reparación) por este daño, suponiendo que la persona que causó el daño lo hizo de un modo que pueda ser caracterizado en principio como jurídicamente ilícito. El derecho a reparación<sup>10</sup> por tal daño estará sujeto a la condición de que nazca vivo y será adquirido por el niño nacido. Antes del nacimiento, el

<sup>6</sup> SCOTTISH LAW COMMISSION, *Liability for Antenatal Injury* (supra nota 5); SMITH, 1962: 245-246; *Elliot v Joicey* 1935 SC (HL) 57 en 70.

<sup>7</sup> Cfr. *Soutar v. Mulhern* 1907 SC 723; WALKER, 1981: 716-717.

<sup>8</sup> WARNOCK, M. (ed.), 1985: 42-47; MASON y LAURIE, 2005: 105-118; cfr. *A v C* [1985] FLR 445 (CA) y *Re C* [1985] FLR 846. Podría parecer injusto que una madre natural que ha cumplido con su parte en un convenio de maternidad subrogada y que ha consentido en la adopción por los padres subrogantes, no reciba, sin embargo, ningún pago o sea obligada a restituir cualquier pago que haya recibido previamente. Aún así parece ser más conforme con el interés general, privar de todo reconocimiento jurídico a todos los elementos de esos convenios.

<sup>9</sup> Véase, además, WELLMAN, 2005: 70-73 sobre la regla «nacido vivo» del derecho anglo-norteamericano.

<sup>10</sup> En el derecho privado, una persona que sufre un daño ilícito, o cuyos derechos son de alguna otra manera violados o invadidos, tiene lo que algunas veces es llamado un «derecho a reparación» [*remedial right*] o «derecho secundario», esto es, un derecho para que quien cometió el ilícito compense el daño o realice alguna otra acción que ponga término a la invasión. Tales de-

feto no adquiere ese derecho ni siquiera en abstracto. Pero la reparación recaería sobre el daño infligido al ahora nacido niño mientras éste estaba en el útero. En muchos sistemas jurídicos, la base de la responsabilidad por daños negligentemente causados exige tanto la existencia de un deber de cuidado, que exige evitar causar daños previsibles, como la infracción a este deber. En tales sistemas, el único análisis razonable en el caso del daño prenatal es que la infracción al deber se produjo al causarse el daño y que no surge ningún derecho de reparación respecto de éste sino hasta (y si es) que nace vivo el niño. Conceder la reparación implica conceder que puede existir un deber con respecto al *nasciturus*, aunque sin que tenga consecuencias prácticas en favor del *nasciturus* sino hasta que nazca.

Esto, por cierto, parece tener sentido. Cuando las empresas venden fármacos para que sean recetados a mujeres embarazadas, por ejemplo, para el control de las náuseas que se producen durante el embarazo, el riesgo que las empresas deben considerar y prevenir es precisamente que el fármaco podría lesionar tanto al feto como a la mujer. Algunos comentarios acerca de este tipo de casos sugieren que el deber sólo surge y sólo puede ser impuesto en el momento del nacimiento. Esto no es convincente. Estos comentarios suponen que debe entenderse que el derecho impone un deber en un momento en el que ya no puede guiar la acción que se supone debe guiar. Pues la guía relevante es que se adopten prevenciones hacia la mujer durante el embarazo con el objeto de evitar el riesgo de que los fármacos desarrollados para ser administrados durante el embarazo lesionen al niño que se está gestando en el vientre materno. Para expresar el sentido de esta área del derecho de un modo inteligible, se debiera insistir en que la imposición del deber se hace con referencia a una guía para la acción que es dada y en que se trata de un deber que se tiene tanto respecto de la madre como del feto. Los derechos de reparación o las obligaciones de reparación pueden ser adquiridos o pueden surgir en favor de seres humanos en el momento del nacimiento, no antes, pero pueden, ciertamente, relacionarse con daños y lesiones causadas previamente. Esto implica que el deber se debe al mismo tiempo al feto o *nasciturus* y respecto de él, y que las infracciones a ese deber devienen judicialmente exigibles bajo la condición de que nazca vivo, y sólo bajo tal condición. Esto implica que al feto se le atribuyen derechos de tipo exclusivamente pasivo que pueden ser ilícitamente infringidos; y por tanto, que alguna forma mínima de personalidad existe desde el momento de la concepción<sup>11</sup>.

---

rechos pueden ser impuestos judicialmente con el propósito de restablecer el «derecho primario» violado. Esto discutido con más detalle, *infra*, en el capítulo VII.

<sup>11</sup> Para una posición claramente contraria, véase WELLMAN, 2005: 80-85. La teoría general de los derechos de WELLMAN supone lo que podría considerarse una fusión de derechos primarios

Lo que no se sigue es que los mismos derechos tengan que existir en favor del feto en contra de todas las personas con las mismas consecuencias, en particular en contra de la madre. Y es que no es ni ilógico ni conceptualmente absurdo afirmar los derechos del feto en contra de terceros mientras que se permite (bajo ciertas condiciones) la realización de un aborto a petición de la mujer embarazada<sup>12</sup>. La cuestión de si esta solución es moralmente correcta o no es hoy objeto de una profunda discusión. Una parte de esta controversia gira en torno de la cuestión de si puede existir un derecho a demandar la evitación del daño respecto de seres que pueden, en ciertas circunstancias, ser lícitamente privados de vida. A mí me parece que no existe ninguna razón por la que no, si es que se reconoce que el derecho condicional a interrumpir el embarazo corresponde sólo a la mujer y no es una cuestión de pura elección. Esto constituye al menos una aproximación coherente. Las únicas alternativas coherentes hoy disponibles son la que sostiene que la vida humana comienza desde la concepción y que desde ese momento el feto tiene moralmente la titularidad de todos los derechos humanos normales a la vida y a la protección frente al daño, lo que debe ser reconocido legalmente; y la que sostiene que la vida humana comienza al nacer y que sólo desde ese momento el neonato adquiere moralmente la titularidad de todos los derechos humanos normales a la vida y a la protección frente al daño, lo que debe ser reconocido además legalmente. La posición intermedia sugerida parece preferible a estas dos opciones.

Del mismo modo, para la continuidad de la identidad de las personas a través del tiempo, las cirugías de transplantes han dado origen a problemas conceptuales cuyas soluciones todavía se mantienen en el nivel de la ciencia ficción y la especulación filosófica<sup>13</sup>. Supóngase que apareciera un transplante de cerebro en el caso en que una parte estuviera afectada por una enfermedad degenerativa del cuerpo y otra afectada por un grave daño cerebral. ¿La entidad resultante sería Campbell, cuyo cuerpo sobrevive con el cerebro de Cameron dentro, o Cameron, cuyo cerebro sobrevive con el

---

y secundarios que conforma lo que él llama «dominio». Si tal paso no es correcto, parece que las conclusiones que arriba se han alcanzado son firmes. Para una discusión de esta y otras cuestiones en torno a la teoría del «control», véase, *infra*, capítulo VII.

<sup>12</sup> *Vo v. France* ECHR Nº 5392/00, ss 41, 62-64, 70, 84. La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del 8 de junio de 2004) sostuvo, en un caso en el que un acto ilícito culposo había interrumpido el embarazo de una mujer, que el derecho a la vida establecido en el art. 2 de la Convención de Derechos Humanos no da lugar a ninguna acción legal en favor del feto. Esto, sin embargo, no da ninguna luz acerca de la cuestión de si existe un derecho a reparación por lesiones no fatales sufridos por un feto que posteriormente nace vivo pero menoscabado. Véase además *Paton v. British Pregnancy Advisory Council Trustees* [1979] QB 276 y *C v. S* [1988] QB 135; en Inglaterra, a un feto no se le concede curador para la litis [*«be made Ward of the Court»*]: *Re F (in utero)* [1988], lo que es bastante consistente con la línea que se ha adoptado aquí sobre la restricción temporal relacionada con la adquisición de derechos de reparación.

<sup>13</sup> Véase PARFIT, 1984: parte III, especialmente caps. 10 y 11.

cuerpo de Campbell? ¿Qué sucede si Cameron era una mujer y Campbell un hombre? ¿Puede la identidad humana sobrevivir un cambio de sexo? (¿Y qué sucede con la continuidad de la identidad de los transexuales que han tenido operaciones de cambio de sexo? ¿Si esta persona estaba casada, es el matrimonio anulado *ipso iure*, o debe ser disuelto?<sup>14</sup> ¿Si de ese matrimonio nacieron hijos, cuándo adquieren éstos los derechos a suceder a su «padre»? Si, como parece ser lo mejor, se trata a la continuidad psíquica como necesaria (aunque quizás no como suficiente) para la continuidad de la identidad de la persona, esto resolvería o ayudaría en principio a resolver algunos de los rompecabezas que estos casos presentan. Pero se generarían otros problemas. Así, si se dieran casos de «doble personalidad» tales como los que son ficticiamente explorados por James HOGG en *Justified Sinner*<sup>15</sup> o por R. L. STEVENSON en *Jekyll and Hyde*<sup>16</sup>, se seguiría al parecer que un cuerpo físico puede ser el *locus* de (o «pertenecer a») dos personas distintas. ¿Qué sería lo legalmente procedente, para qué decir lo justo, si una de las personas es debidamente condenada y privada de libertad por la comisión de un delito, mientras que la otra interpone recursos para la excarcelación de su cuerpo?

Los trasplantes de órganos ya han introducido implícitamente la cuestión de la determinación de la muerte. Al parecer se encuentra bien establecido, y ahora apoyado por precedentes judiciales, que en principio el método correcto para determinar la muerte es aquél referido con el concepto de «muerte cerebral o encefálica»<sup>17</sup>. En consecuencia, una vez que una persona ha sufrido muerte encefálica, ninguna operación posterior que cause daño orgánico u otro evento tal como la cesación del pulso cardiaco o de la ventilación pulmonar constituirá, para todos los efectos legales, un homicidio jurídicamente relevante. Si esta concepción es correcta, implica necesariamente que, con independencia de cualquier otra cosa que sea verdad acerca del caso hipotético de Campbell y Cameron, Campbell está en este caso muerto y no puede ser tenido por revivido por la inserción del cerebro de Cameron. En efecto, si la persona resultante no continuara siendo Cameron, no parece haber otro resultado que el que Cameron ha sido muerto o incluso asesinado. Pero si esta concepción no es correcta, todos quienes participan

<sup>14</sup> Cfr. *Corbett v. Corbett* [1971] P 83, que declara nulo de acuerdo al derecho inglés un «matrimonio» entre dos personas que habían sido de sexo masculino al nacer, una de las cuales se había realizado una operación de cambio de sexo. Tal vez en similares circunstancias, una «unión civil» bajo la reciente legislación a favor de parejas del mismo sexo hubiera sido posible, en los sistemas jurídicos que reconocen tales uniones.

<sup>15</sup> HOGG, 1992.

<sup>16</sup> STEVENSON, 2006.

<sup>17</sup> *Finlayson v. H. M. Advocate* [1979] JC 33. MASON, 1988: 42-55; ahora, véase MASON y LAURIE, 2005: 465-474.

en cirugías de trasplante usando los órganos de personas muertas son autores de, o les cabe alguna participación accesoria en, alguna forma de delito de homicidio.

No es necesario llegar aquí a ninguna conclusión final acerca de estos problemas. Exponer estos problemas permite mostrar, sin embargo, que a pesar de que es evidente que todos los seres humanos son concebidos, luego nacen y luego viven por un determinado espacio de tiempo al término del cual mueren, no es trivialmente cierto que cuestiones tales como el comienzo, duración o término de la personalidad han sido resueltas por el derecho. Éstas tienen que ser respondidas sobre la base de algunos principios razonables. Idealmente, deberían serlo a través de la formulación de reglas jurídicas para evitar dudas o dificultades en áreas como las que aquí se han considerado. A este respecto existe una perfecta analogía con otros portadores de personalidad jurídica que no son individuos de la especie humana —sociedades, corporaciones y fundaciones, y cualquier otro objeto o entidad que sea admitido bajo la clase de las «personas jurídicas»—.

Por sólo haber cambiado nuestra forma de hablar y empezar a referirnos a las «personas jurídicas» podría parecer que se está dando apoyo a la idea que sostiene que la personalidad jurídica de los seres humanos, o de las así llamadas «personas naturales», es un tipo de hecho natural, mientras que la de las otras entidades existe sólo en virtud del derecho. Desde HANS KELSEN esta idea ha sido sometida a amplias críticas. Él correctamente apuntó al hecho de que los sistemas jurídicos excluyen ciertos seres humanos de la categoría de personas o los admiten sólo en formas restringidas de ésta. El que las personas sean tratadas jurídicamente como personas depende tanto de las disposiciones jurídicas que se hayan establecido, como depende el que las sociedades, corporaciones y fundaciones (o lo que sea) sean tratadas jurídicamente como personas. Éste es un buen argumento. Es cierto, en efecto, que *en derecho* la personalidad de los seres humanos no es ni más ni menos «jurídica» que la de cualquier otra entidad a la que el derecho se la reconoce<sup>18</sup>. A pesar de todo esto, las razones para reconocérsela a los seres humanos difieren de las razones para reconocérsela a las sociedades, corporaciones y fundaciones, y similares, por lo que tiene sentido mantener alguna distinción terminológica tal como la que existe entre las que son jurídicamente «personas naturales» y las que son en esos términos personas «jurídicas» o «artificiales».

Para generalizar: se puede afirmar de cualquier tipo de entidad dotada de personalidad jurídica que deben existir principios y reglas jurídicas relacionados con el comienzo de la persona cualquiera sea su tipo, con su

---

<sup>18</sup> KELSEN, 1967: 168-192.

duración y su identidad a través del tiempo, y con su terminación final, sea por muerte natural o civil, liquidación voluntaria o involuntaria, disolución o lo que sea. Más aún, para toda persona o clase de persona reconocida como tal por el derecho debe ser posible especificar en términos generales qué tipo(s) de protección le otorga el derecho mientras existe. Debe ser posible además especificar qué tipos de actos son reconocidos como aquellos que puede realizar y de los que se hace responsable. Comúnmente estas materias son tratadas bajo el término «capacidad» y se distingue a la luz de lo que recién se ha dicho, entre «capacidad pasiva» y «capacidad activa». Personas o clases de personas diferentes pueden disfrutar o ejercer diferentes capacidades, bajo las condiciones, limitaciones y cualificaciones apropiadas.

Para introducir la cuestión de la diferencia entre las capacidades pasivas y las activas se debe volver al fundamento del reconocimiento de la personalidad que se ofreció originalmente<sup>19</sup>. Esto es la «capacidad para tener intereses y para sufrir daño, la capacidad para actuar racional e intencionalmente». Ahora es oportuno considerar una posible objeción a esta propuesta. La posible objeción consiste en que sólo los individuos de la especie humana satisfacen este criterio, dado que sólo ellos tienen la capacidad real para actuar o sufrir. Por tanto, toda otra «persona» lo sería en virtud de una mera ficción, o por especial creación o concesión del derecho<sup>20</sup>. Tal objeción es falsa pues gira en torno a una concepción falsa acerca de la acción y del objeto de una acción. Un hecho esencial que debe ser notado es que los seres humanos son por naturaleza seres sociales y colaborativos y que existen ciertos actos que sólo pueden ser actos conjuntos de individuos colaborativos, tales como engendrar un niño o ganar un partido de fútbol o interpretar la *Quinta Sinfonía* de Beethoven. De modo similar, hay ciertos daños y desgracias que son necesariamente colectivos. Esto incluye la pérdida sufrida por una familia por la muerte de uno de sus miembros, o la derrota de un equipo en un partido de fútbol, o la de un país en guerra. Piénsese en el caso de ser interrumpido o silenciado mientras se interpreta la *Quinta* de Beethoven o se representa la obra *Hamlet*. Estos ejemplos no son, o no lo son primariamente, ejemplos jurídicos o que envuelvan necesariamente la aplicación del derecho, pero sí llevan a considerar hechos sociales reales de los que el derecho debe dar cuenta de algún modo. Las acciones colectivas o grupales son algo enteramente natural en los seres humanos, aunque ciertamente esto depende de

---

<sup>19</sup> Vale la pena repetir aquí que es el fundamento a partir del cual resulta apropiado y razonable reconocer a una entidad como persona, pero que no es en sí un criterio de atribución de personalidad. Los criterios de este tipo son determinados por el contenido del derecho positivo de cada sistema jurídico y, en este respecto, algunos criterios resultan más razonables que otros.

<sup>20</sup> Sobre la discusión entre las teorías de la «ficción» y las «realistas», véase PARON, 1972: 407-419.

convenciones, invenciones y organizaciones humanas. La convención, la invención y la organización son también naturales en los seres humanos.

Éste es el tipo de realidad que siempre ha sido reconocido, por ejemplo, por los abogados escoceses que aceptan que las asociaciones constituyen una realidad que trasciende a los asociados del momento y que, por tanto, las asociaciones tienen a los menos una cuasipersonalidad. En esta ocasión sólo queda por lamentar el hecho absurdo de que en la mayoría de los puntos en que este perceptivo reconocimiento de la realidad social pudo haber sido aprovechado en favor de un real desarrollo jurídico, el derecho ha sido impedido de obtener tales logros<sup>21</sup>. Lo que sucede en estos casos a decir verdad, es que en ocasiones la *no personificación* jurídica de ciertas realidades sociales colectivas resulta mucho más ficticia que las concesiones de personalidad jurídica que se han hecho en favor de otras. La ficción no es que el Banco Real de Escocia tenga personalidad jurídica, lo que sí es una ficción es que el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Banca carezca de personalidad jurídica. En efecto, clubes, sindicatos y otras asociaciones sin personalidad jurídica frecuentemente tienen mucho más realidad (como ha sido apuntado por F. W. MAITLAND)<sup>22</sup> que otras entidades que sí están dotadas de personalidad jurídica como la sociedad de un hombre en el famoso caso *Salomon v. Salomon and Co. Ltd*<sup>23</sup>. En los sistemas del *common law* existen una serie de mecanismos de manipulación del derecho de los *trusts*, del mandato y de los contratos, para acomodar las realidades sociales a las que no se les reconoce personalidad jurídica. La artificialidad de estos artilugios parece ser bastante más obvia que la pretendida artificialidad de la personalidad jurídica.

No se pretende desconocer, sin embargo, que la utilización en estos casos de la ficción de la no personificación puede estar fundada en razones de política legislativa conscientemente adoptadas, como en el caso de los sindicatos británicos. Si no hubieran sido dejados así, habría sido imposible para el Parlamento proteger los fondos que habían sido enterados por los trabajadores frente a las acciones indemnizatorias que se interpusieran por los daños causados por huelgas. En ese tiempo, la mayoría del Parlamento suscribía la opinión de que el desarrollo judicial del derecho civil relativo a

<sup>21</sup> HEMPHILL, 1984: 208.

<sup>22</sup> MAITLAND, 1936: cap. 5. Compárese con la introducción del mismo MAITLAND a su traducción en GIERKE, 1900: xviii-xliv.

<sup>23</sup> *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.* [1897] AC 22. El Sr. Salomon formó una sociedad anónima [«company»] con seis otros miembros de su familia. Él era el accionista mayoritario, los demás sólo tenía una acción nominal cada uno. La sociedad con el tiempo tuvo grandes dificultades comerciales y tuvo que ser liquidada. El problema que se planteó es si la sociedad anónima constituía en realidad una persona diferente de su dueño sustancial, el Sr. Salomon. La Cámara de los Lores sostuvo que sí lo era y que en consecuencia el Sr. Solomon no era personalmente responsable por las deudas de la sociedad.

las acciones ilícitas colectivas estaba injustamente perjudicado en favor de los intereses de los empleadores. El hecho de que los tribunales encontrarán formas de eludir esta decisión política<sup>24</sup> resulta comprensible en términos de la realidad social, pero en el contexto significó la ruptura del equilibrio que la legislatura había tratado de alcanzar.

Reconocer que algunas acciones humanas son esencialmente colectivas o grupales no identifica *eo ipso* cuáles son. Ciertamente, en el ámbito de las personas jurídicas siempre resulta esencial determinar qué actos, decisiones e intenciones humanas son imputables<sup>25</sup> a qué persona jurídica, y bajo qué descripción y con qué consecuencias jurídicas para los derechos y la responsabilidad de la persona jurídica. Aun con independencia del derecho, la imputabilidad de actos a grupos o asociaciones depende necesariamente, en todos los casos, de reglas y convenciones, pues sólo los grupos organizados pueden actuar o sufrir algo en tanto tales y no como meras colecciones de seres humanos actuando o sufriendo socialmente. La organización de grupos o asociaciones es una organización a través de y conforme a reglas y convenciones que entre otras cosas determinan qué intereses son intereses colectivos y qué actos de qué personas en qué circunstancias cuentan como actos del grupo o asociación organizada. Lo que el derecho hace es establecer una estructura relativamente clara de reglas que determinan estas materias para aquellos grupos o asociaciones cuya identidad organizativa está jurídicamente reconocida, lo que supone que al grupo le ha sido conferida la personalidad *jurídica*. Esto supone un efecto similar a lo que en todos los sistemas jurídicos le atribuye personalidad en términos jurídicos a algunos seres humanos y a todos los seres humanos en aquellos sistemas jurídicos que excluyen la esclavitud y junto con ella la reificación (y, bajo el mismo signo, la de-humanización) de los seres humanos.

En breve, la técnica de la personalidad jurídica es un mecanismo que sirve para reconocer que varios tipos de actividades grupales entre seres humanos están dotados de una voluntad y una finalidad unitarias. A través de este mecanismo, ciertos actos o eventos son reconocidos por el derecho como constitutivos de un grupo que está dotado de personalidad propia, distinta a la de cualquiera de los seres humanos que son jurídicamente sus miembros, empleados o agentes<sup>26</sup>. La consecuencia que se sigue es que ciertos actos, decisiones e intenciones pueden ser imputadas al grupo como sus actos, de-

<sup>24</sup> Considérese *Taff Vale Railway Co v. Amalgated Society of Railway Servant* [1901] AC 426 y véase GRIFFITH, 1997: 63-98.

<sup>25</sup> Sobre la imputación o «atribución», véase KELSEN, 1967: 76-83 y 188-191 y compárese con el similar concepto de «atribución» que desarrolla GRAY, 1985: cap. 2. Cfr. HART, 1983b: 43-47; véase, además, HART, 1954: 54-56.

<sup>26</sup> Cfr. CANE, 2002: 145-147.

cisiones e intenciones. Más aún, determinados estados de cosas pueden ser considerados intereses jurídicamente relevantes de la organización. Ciertos seres humanos apropiadamente identificados pueden actuar como agentes o empleados de la organización mientras ésta exista. Tal existencia no es, sin embargo, perpetua, pues el derecho también establece que el acaecimiento de determinados actos o eventos implican la terminación de la existencia de la organización como una persona para todos los efectos legales. Como con las otras personas, el derecho regula en general y en particular las capacidades jurídicas que pueden detentar las personas jurídicas. Es el momento, entonces, de enfrentar el tópico de la «capacidad», considerando tanto sus elementos pasivos como activos.

### 3. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: CAPACIDAD PASIVA

#### 3.1. Capacidad pasiva pura

La capacidad pasiva es identificada apropiadamente como la capacidad jurídica de una entidad para ser la beneficiaria de una o más disposiciones jurídicas, en el sentido de que ellas han de ser interpretadas como teniendo el propósito de proteger tal entidad respecto de un daño o de permitir la realización de algún interés de esa entidad. Esto depende de la interpretación que se adopte con respecto a los fundamentos que respaldan esa u otra ley. Por ejemplo, si la ley a través de la que se castiga como acto ilícito punible el delito de lesiones se justifica al menos en parte sobre el fundamento de que tiende a proteger a los seres humanos frente a la amenaza o el ejercicio actual de la violencia física respecto de su cuerpo, entonces se presume que una finalidad de la ley es proteger a los seres humanos o a algunos seres humanos de ese daño. No obstante, si la única verdadera justificación fuera que esas leyes protegen la paz pública en atención al interés del Estado, entonces la finalidad presupuesta no sería la protección de los seres humanos, a pesar de que los medios para la promoción del verdadero objetivo que es el interés estatal sean también beneficiosos para los seres humanos. Por contraste, uno puede con completa seguridad presumir que la prohibición jurídica de demoler edificios con valor histórico tiene como finalidad satisfacer un interés cultural de los humanos, no la integridad física de los edificios (esta última sólo es un medio para finalidad que justifica a la ley). El caso de las leyes que prohíben la crueldad con los animales es en este respecto un caso problemático, pues según algunas concepciones estas leyes se justifican primariamente con miras a la promoción del interés humano en la conducta humana, según otras se justifican primariamente por la protección de los animales respecto del sufrimiento gratuito.

En el caso de la protección puramente pasiva es, por cierto, una cuestión de interpretación y de juicio la determinación de quién es el beneficiario de la ley y cuáles son los medios para algún bien ulterior dado. Más aún, en ciertos casos puede darse que las provisiones legales en cuestión sean primariamente penales o cuasipenales, de manera que la potestad y la discreción acerca de la imposición del derecho recaiga en funcionarios públicos encargados de la persecución. Aquí, puede aparecer como un ejercicio puramente académico y abstracto el de determinar quién tiene la capacidad de ser, y es, el beneficiario de algunas disposiciones jurídicas.

No obstante, cuando esas disposiciones han sido establecidas legislativamente, la cuestión que puede surgir es si la comisión del ilícito o contravención contemplado en el texto legislativo puede además constituir la infracción a un deber de cuidado legislativamente establecido o «culpa infraccional»<sup>27</sup>. En tal caso, cualquier lesión, daño o perjuicio que sea tenida por suficientemente previsible o como una consecuencia «próxima» de la infracción da lugar a un derecho de compensación en favor del que ha sufrido el daño. Para resolver esta cuestión es crucial tener alguna opinión acerca de si la infracción envuelve, o puede envolver, un daño ilícito a algún otro ser. Esto a su turno requiere que la entidad en cuestión sea capaz sufrir daños ilícitos o de ser jurídicamente ofendida. Además debe ser, en el caso dado, un miembro de la clase cuya protección es una de las finalidades que sirven de fundamento a la ley en cuestión. Un caso relevante a este respecto es el contenido en la discusión anterior acerca de la cuestión de si los actos que culpablemente dañan al feto pueden ser ilícitos en el sentido de que infringen un deber que se tiene hacia él.

### 3.2. Capacidad transaccional pasiva

No son éstas las únicas formas en que la capacidad jurídica para ser beneficiario puede manifestarse. Cuando se trata del derecho privado, uno puede llegar a ser beneficiario de una promesa aunque uno no sea capaz de obligarse válidamente por sí mismo, ni siquiera para aceptar los términos de una oferta condicional. Uno puede ser capaz de convertirse en el dueño de una propiedad que ha sido donada, aunque uno se sea incapaz de administrarla. Uno puede ser capaz de sufrir un daño jurídicamente relevante causado mediante la infracción a algún deber jurídico y de adquirir por ello algún derecho a reparación aunque no tenga la capacidad de ejercerlo. Uno puede tener la capacidad de ser el beneficiario de los deberes de los guarda-

---

<sup>27</sup> Véase 6.4, *infra*.

dores o *trustees* como tales, aun cuando uno sea incapaz de hacer valer por sí mismo esos derechos frente a las infracciones que ellos cometan.

Estas ilustraciones nos llevan a prestar atención a un segundo tipo de situaciones en las que una persona puede, aunque de un modo totalmente pasivo, tomar parte en el drama del derecho. Hasta aquí se han considerado varios tipos de transacciones jurídicas, una de cuyas características es que no sólo la parte activa debe ser una persona dotada con la capacidad correspondiente para actuar de esa manera, sino que también la parte a la que se dirige el acto debe tener capacidad suficiente para que la transacción produzca el efecto que le es propio. Lo mismo resulta aplicable a aquellas transacciones cuyo efecto propio consiste en la imposición de alguna carga legal a la otra parte. Una carga tal como un deber jurídico sólo puede ser impuesto a un ser que es capaz de ser portador de deberes. Se denominará «capacidad transaccional pasiva» a la capacidad para ser el destinatario de un beneficio o de una carga creada a través de una determinada transacción. Ésta es la capacidad de ser el destinatario del efecto legal de algún tipo de transacción o acto jurídico, sea un beneficio o un detrimento. (Aquellos que dudan acerca de su importancia pueden reflexionar sobre el hecho de que un recién nacido puede ser válidamente el beneficiario de una propiedad dada en *trust*, mientras que una mascota no puede serlo).

En el momento en que se entra en el campo de los ilícitos civiles *hacia* las personas que adquieren las obligaciones de reparación consecuentes o las que se obligan a través de contratos y de otros actos voluntarios lícitos *en favor de* otras personas, uno necesariamente avisa la transición de la capacidad pasiva a la activa. Lo mismo sucede en relación con el ejercicio de derechos en relación con las cosas, en el capítulo VIII *infra*. La aptitud jurídica para exigir, hacer valer o reivindicar —o para abandonar o renunciar— el propio derecho supone la capacidad para realizar «actos jurídicos» o «actos de derecho», esto es, para llevar a cabo transacciones jurídicas. Si una persona carece de tal capacidad, los derechos puramente pasivos de la persona, sin considerar el derecho penal, serían seguramente pasados a llevar e ignorados a falta de alguien disponible y capaz para afirmar estos derechos con efectos jurídicos. El derecho ha desarrollado varios mecanismos de representación exactamente con esta finalidad. Esto asegura que una persona dotada jurídicamente de capacidad activa se haga responsable de actuar en interés de las personas a las que se les reconoce capacidad puramente pasiva. En tales casos la voluntad del representante (guardador, tutor, curador, *trustee* o mandatario, o lo que sea) es a veces imputada o atribuida a la parte representada; en otros casos simplemente produce efectos en favor de la persona incapaz. Antes de entrar a considerar la capacidad activa, se debe hacer notar que la capacidad pasiva es concebible perfectamente en algún ser o entidad carente completamente de cualquier capacidad activa. Sin

embargo, la posesión en alguna medida de algún grado de capacidad pasiva debe ser considerada como el elemento mínimo de la personalidad jurídica. Cuando algún estado de cosas sea concebido como suficientemente valioso como para merecer alguna protección legal como fin en sí mismo, puede llegar a ser el caso de que se considere que la concesión de algún estatus mínimo de personalidad jurídica es un mecanismo útil incluso para objetos inanimados. Así, se ha sugerido que las leyes de protección del medio ambiente serían mucho más efectivas si se les confiriera cierto estatus legal a árboles y similares<sup>28</sup>. Sin duda ésta es en alguna medida una proposición extravagante y de una intención algo lúdica, pero constituye un recordatorio útil del alcance potencial de la personalidad jurídica; y del hecho de que si bien es cierto que las capacidades jurídicas están normalmente correlacionadas con el ser humano o al menos con capacidades animales, esto no tiene por qué ser así.

Estas tesis acerca de los elementos mínimos de la personalidad son controvertidas. Por ejemplo, algunos autores escoceses, p. ej., el escritor institucional John ERSKINE DE CARNOCK<sup>29</sup>, recientemente aprobado por la *Court of Session*, niega que pueda haber personalidad jurídica a falta de toda capacidad activa o de la capacidad para ser el titular de una propiedad. Esta es la situación de los impúberes en el derecho escocés. Análogamente, G. J. BELL caracterizó la situación de los «pupilos» como «un estado de absoluta incapacidad en derecho»<sup>30</sup>. Estas concepciones que ven a la capacidad puramente pasiva como insuficiente para constituir personalidad jurídica parecen verse fortalecidas por la discusión de la posibilidad de que los árboles «deberían [...] tener algún estatus jurídico». No obstante, creo que es preferible la concepción que reconoce que la capacidad cubre tanto la capacidad de sufrir —de ser ofendido o víctima de actos ilícitos— como la capacidad de actuar; es esto, la capacidad activa en sus varias formas. Más aún, como se verá, la capacidad activa, en algunos casos, presupone la capacidad pasi-

<sup>28</sup> STONE, 1985. Si se le reconociera a árboles como el abeto de Douglas californiano cierto estatus legal mínimo, sería más fácil, dice STONE, articular una protección efectiva a esta invaluable parte de la naturaleza.

<sup>29</sup> ERSKINE, 1989: I.7.14.

<sup>30</sup> BELL, 1989: s 2067. El dictum de BELL y el de ERSKINE fueron afirmados en *Finne v. Finnie* [1984] SLT 439, diciendo Lord Cameron: «Un pupilo es incapaz de actuar por sí mismo, ni tiene la capacidad para consentir. "[É]l no tiene personalidad en el sentido jurídico de la palabra..." (ERSKINE, 1989: I.7.14) [...] en nuestro derecho un pupilo carece de personalidad: en efecto, esta personalidad [sic] es subsumida en la de su tutor o tutora». Pero compárese ahora con la Ley escocesa sobre Edad de Capacidad Legal [*Age of Legal Capacity (Scotland) Act*] 1991. Los niños menores de dieciséis años bajo esta ley (s 1) son incapacidades de participar en transacciones jurídicas, salvo ciertas excepciones. Así, no se les reconoce casi del todo capacidad activa y pasiva transaccional. Sin embargo, considérese además s 2 (3): «Nada de lo dicho en la presente ley [...] (e) impedirá que una persona menor de dieciséis años adquiera o sea titular de algún derecho, título o interés». Se les reconoce jurídicamente capacidad pasiva.

va de algunas (o todas las) personas que van a ser afectadas, sea beneficiosa u onerosamente, a través del ejercicio de potestades.

#### 4. LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS: DE LA CAPACIDAD ACTIVA EN GENERAL

Como ahora se podrá ver, existen dos formas de capacidad jurídica activa. La primera, que se llamará «capacidad-responsabilidad»<sup>31</sup>, es la capacidad de actuar y ser tenido por responsable de lo que uno hace, o de las consecuencias que trae lo que uno hace. Aquí estamos lidiando con ese sentido de «acción» conforme al que es posible, en derecho, imputar responsabilidad por resultados y consecuencias de la acción al ser o entidad cuya actividad corporal o mental ha de ser tratada como la causa del resultado o consecuencia que está siendo considerado. Tal capacidad para la acción normalmente supone, además, que se puede incurrir en responsabilidad jurídica por las propias acciones o sus consecuencias, sea que esta responsabilidad se traduzca en la imposición de un castigo o pena, o en la imposición del deber de indemnizar o de otros deberes civiles de reparación. La segunda, que será denominada «capacidad transaccional», es la capacidad para realizar válidamente transacciones jurídicas («actos jurídicos» o «actos de derecho»)<sup>32</sup>. Esta capacidad para realizar transacciones se relaciona generalmente con transacciones de cierto tipo, como en el caso de la capacidad contractual, o con la capacidad para votar en elecciones públicas, o para ser director de una sociedad anónima, o para extinguir válidamente una deuda pecuniaria, y así sucesivamente.

Para ambas formas de capacidad activa, el derecho establece que toda persona que posea determinada condición o condiciones, debe ser tratada como jurídicamente apta para actuar y debe ser tenida por responsable de actos<sup>33</sup>, o para participar en transacciones jurídicas y para que sean consideradas válidas los diversos tipos de transacciones que realice. Para decirlo de otro modo: las capacidades jurídicas (activas) de una persona son determinadas condiciones para que en derecho sea capaz de actuar produciendo plenos efectos jurídicos, ya sea por vía de la comisión de un acto ilícito o

<sup>31</sup> Véase HART, 1968: 265; ahora, sin embargo, en vez de las explicaciones de HART, pueden verse las de CANE, 2002: 29-30, 35-36, 143-145, 150-151. «La capacidad relevante es la capacidad de ser guiado por reglas».

<sup>32</sup> Es, con toda seguridad, una capacidad de este tipo la única considerada en los textos referidos en la nota 25, *supra*.

<sup>33</sup> Ser considerado como obligado es una cuestión de capacidad transaccional pasiva; ser reconocido como apto para actuar de un modo que infringe el derecho y que, en consecuencia, incurre en responsabilidad es una cuestión de capacidad activa.

del ejercicio de alguna libertad de acción, o por la vía de efectuar una transacción jurídica. Estas capacidades son asignadas por el derecho según la presencia de atributos duraderos (aunque no necesariamente permanentes) en una persona. Éstos son legalmente determinados pero pueden consistir en atributos no institucionales de una persona, tales como su edad, sexo o estado mental, o en atributos institucionales como la ciudadanía, la de ser hijo legítimo, el estado civil, o la solvencia, que son conferidos por el derecho mismo. Cuando las condiciones determinantes de la capacidad son no institucionales y, en ese sentido, «naturales», la adscripción o no adscripción de capacidad por el derecho es justificada normalmente como fundada (y por tanto como si sólo replicara) habilidades o inhabilidades de la persona de la clase dada. Por ejemplo, las incapacidades que anteriormente afectaban a las mujeres y que todavía afectan a los niños menores y a quienes tienen anomalías o alteraciones psíquicas son representadas como justificadas por las naturales inhabilidades que provienen de la femineidad, de la infancia y de la insanidad. El mismo tipo de argumento ha sido usado en casos de cualificación o descualificación racial. Para los fines del argumento aquí desarrollado se entiende que tales razones están justificadas en el caso de los menores y en el del insano, pero que son inaceptablemente erróneas en el caso del sexo y la raza; pero también aquéllas han sido discutidas por ciertos autores<sup>34</sup>. En el caso de la incapacitación por atributos institucionales tales como la insolvencia o la condena a pena aflictiva, constituye una parte del sentido de las instituciones en cuestión el que ellas resulten en ciertas incapacidades.

Toda concepción del derecho que lo concibe como algo que, de una u otra manera, guía o regula la conducta de agentes racionales y conscientes por medio de la comprensión que tienen de las exigencias del derecho, tiene que adoptar aunque sea implícitamente un concepto de capacidad activa<sup>35</sup>. Pues esto supone que los destinatarios del derecho o de leyes particulares tienen alguna comprensión actual o potencial de que están sujetos a tal o cual disposición jurídica. Por tanto, el derecho debe contener, al menos implícitamente, alguna referencia a las cualidades de las personas que las hace caer bajo el ámbito de aplicación de una disposición jurídica dada. Algunas de estas cualidades pertenecerán a la clase de los atributos duraderos de la persona, otros a roles, actividades o circunstancias más transitorios (tales como ser un empleador, conducir un automóvil o trabajar bajo un error o bajo la influencia del alcohol o las drogas, o ser la víctima de un engaño o de coacción). Cualidades del primer tipo, como se ha visto, son aquellas que

---

<sup>34</sup> FARSON, 1978, niega la justificación de las restricciones a la capacidad de los niños; para un punto de vista más equilibrado, sin embargo, véase ADLER, 1982: cap. 3.

<sup>35</sup> Véase, de nuevo, CANE, 2002: 35.

son determinantes para la capacidad jurídica o para la incapacidad jurídica. Bajo esta luz, debe ser destacado que lo que aquí se ha identificado como las dos formas o aspectos de la capacidad activa se corresponde con los dos modos en que, según juristas muy influyentes, el derecho guía o regula el comportamiento. Éstos son, por una parte, la imposición de exigencias categóricas de conducta<sup>36</sup> (calificando como ilícitos actos u omisiones o como obligatorio su opuesto) y, por la otra, la de conceder potestades a las personas para producir consecuencias jurídicas mediante transacciones jurídicas. Un caso relevante de transacciones jurídicas es el de aquellas que satisfacen un tipo determinado de condiciones jurídicas que serán estudiadas en la discusión sobre las potestades jurídicas contenida en el capítulo IX. Mientras tanto, en las dos secciones siguientes se le dará un tratamiento más profundo a la capacidad-responsabilidad y a la capacidad transaccional.

## 5. CAPACIDAD-RESPONSABILIDAD

Podría parecer que esta responsabilidad es en esencia más bien pasiva que activa, dado que envuelve la cuestión de si uno puede ser hecho responsable civil o penalmente como sanción por los actos que se ha realizado. Pero, como se verá más adelante (cap. VII, apdo. 3 *infra*), la capacidad-responsabilidad supone además la capacidad de tener y ejercer derechos activos. Y si bien la capacidad para ser obligado es ciertamente una forma de capacidad transaccional pasiva, lo aquí es importante es la distinción que existe entre la capacidad para quedar obligado y la capacidad para realizar aquello a lo que se anuda la obligación. Los niños menores de una determinada edad, y las personas que están afectadas por una alteración o anomalía psíquica en términos jurídicos, son considerados inimputables por carecer de capacidad de culpabilidad penal<sup>37</sup>. Tales personas, en consecuencia, carecen de la capacidad para cometer delitos y, concordantemente, no pueden ser condenados como jurídicamente culpables de un delito, con independencia de que la seguridad pública o el derecho justifique en estos casos otras medidas constrictivas cuando se hayan visto envueltas en un comportamiento seriamente dañino<sup>38</sup>. También ha sido objeto de un debate perenne la cuestión de si las personas jurídicas son capaces de culpabilidad penal y si, en este sentido, son capaces de cometer algún delito o infracción cuya tipificación exija un elemento psíquico<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Algunas veces llamadas «reglas que imponen deberes», p. ej., HART, 1994: 78-79, pero véase *infra* capítulo VI, apdo. 4, para una discusión del concepto de deber.

<sup>37</sup> WALKER, 1968: 84-124.

<sup>38</sup> WALKER, N., 1973: 18-156.

<sup>39</sup> CANE, 2002: 157-164.

La respuesta apropiada a esta cuestión es, por cierto, que la imputación de culpabilidad a personas jurídicas puede descansar en fundamentos algo diferentes a los que se aplican en el caso de las personas naturales. Pero a pesar de esto es tan justificable como en el caso de las personas naturales, en la medida en que las acciones intencionales son definibles como el resultado de una deliberación que termina en una decisión y, por tanto, quienquiera que tome las decisiones de la persona jurídica necesariamente forma las intenciones de la persona jurídica. De este modo resulta posible concebir a las personas jurídicas como *capax doli*, esto es, como jurídicamente capaces de culpabilidad, como algo distinto a la mera responsabilidad vicaria por los ilícitos de otros. En muchos sistemas, sin embargo, el derecho ha avanzado a tientas, muy lenta y dubitativamente, hacia una clara decisión de principios en este problema<sup>40</sup>.

Como lo muestra el caso de la responsabilidad civil vicaria, es posible separar la obligación de reparación por daños infligidos antijurídicamente de la infracción al deber o de la comisión de otro ilícito del que se sigue aquella como consecuencia. En casos como la responsabilidad del empresario, o en la representación y similares, se impone responsabilidad de modo tal que la infracción al deber o a una obligación, o la comisión de otro acto ilícito que causa daño, por otra persona, como el ilícito cometido por el trabajador en el desarrollo de sus labores, resulta no sólo en la obligación de esa persona de reparar el daño hecho, sino que también en que el empresario incurre en una obligación conjunta del mismo tenor y con la misma extensión. Tanto el empleador como el trabajador podrán ser condenados a una indemnización de perjuicios, etc., y en último términos a su ejecución forzosa, si es que no cumplen con ella por propia voluntad<sup>41</sup>.

La responsabilidad vicaria tiene que ser distinguida del caso en que una persona incurre en culpa propia por no evitar que otro cause daños. Por ejemplo, los niños pueden previsiblemente cruzar calles con mucho tráfico sin el menor cuidado y su presencia en medio de la calle puede hacer que los vehículos realicen maniobras repentinas que los lleven a causar o sufrir daños (o ambos). En un caso tal, puede considerarse correctamente que el adulto a cargo del niño infringió el deber general de cuidado al haber omitido las precauciones adecuadas para evitar en ese caso este evidente riesgo. Pero, dependiendo de la edad y las circunstancias, puede que el niño no haya por sí mismo infringido en ese caso deber jurídico alguno y, ciertamente, los niños muy pequeños carecen del todo de capacidad-responsabilidad. En este caso la única persona que ha incurrido en culpa es el adulto al cargo, quien constituye

<sup>40</sup> CANE, 2002: loc. cit.

<sup>41</sup> CANE, 2002: 151-157, 177-178.

la única parte jurídicamente relevante, teniendo por sí la capacidad de serlo<sup>42</sup>. Lo mismo ocurre con la falta de cuidado en la guarda de animales —aquí no hay responsabilidad vicaria, sino que la infracción de un deber por el guardador, que deberá reparar aquellos daños que el animal extraviado cause—<sup>43</sup>.

En consecuencia, en el caso de potenciales ilícitos, tanto bajo el derecho penal como el derecho civil, es claro que la capacidad para actuar —capacidad-responsabilidad— es distinta de la capacidad pasiva de ser involucrado como parte en un proceso judicial, de la capacidad de ser obligado jurídicamente, que es una forma de capacidad transaccional pasiva. Inversamente, uno puede por razones especiales ser incapaz de obligarse jurídicamente sin ser incapaz para actuar. El caso de la «inmunidad diplomática» constituye un caso de esto. Aquellos que detentan inmunidad diplomática no son considerados incapaces de acción o de cometer ilícitos, sino que simplemente no son capaces de ser sujetos a un procedimiento civil o penal<sup>44</sup>. Lo mismo se ha aceptado en algunos casos en la legislación sobre las organizaciones sindicales y los conflictos laborales. Se ha sostenido que esto no afecta la calificación jurídica (en el derecho inglés) de ciertos actos, como el caso de los piquetes, sino que simplemente le otorga a los agentes una inmunidad frente a procesos criminales o civiles en relación con tales actos<sup>45</sup>. Si esto constituía una lectura correcta de los principios legislativos es algo más que dudoso. Más allá de toda duda está, sin embargo, la corrección lógica de la distinción trazada.

La aptitud para actuar o para abstenerse de actuar en un sentido jurídicamente relevante es fundamental para el orden jurídico en tanto que ordenación racional de seres racionales. Esta aptitud resulta esencial tanto para ser juzgado como el autor de un ilícito como para ser considerado como alguien que no ha cometido ilícito alguno en relación con un hecho dado. Es esto lo que diferencia a los actos y las omisiones del mero comportamiento y los meros eventos. La capacidad en el sentido de «capacidad-responsabilidad», por tanto, es fundamental para el derecho y es un aspecto fundamental de la personalidad jurídica.

## 6. CAPACIDAD TRANSACCIONAL

En los sistemas jurídicos desarrollados la capacidad transaccional es de la misma importancia. El concepto que aquí se discute es la aptitud para

<sup>42</sup> Cfr., por ejemplo, *Carmarthenshire County Council v. Lewis* [1955] AC 549; SMITH, 1975: 311.

<sup>43</sup> Cfr. NORTH, 1972.

<sup>44</sup> Cfr. DENZA, 1998.

<sup>45</sup> Véase *Broome v. Director of Public Prosecutions* [1974] AC 587; *Kavanagh v. Hiscock* [1974] QB 600.

ejercer potestades jurídicas, esto es, para realizar actos con la intención de producir efectos jurídicos. En el que es el caso analíticamente más simple, este efecto consistirá o bien en hacer ilícito lo que de otro modo es lícito, como cuando una persona promete válidamente hacer algo, por lo que la realización del acto prometido se vuelve obligatoria (e ilícita su no realización); o, viceversa, cuando una persona consiente a lo que sin este consentimiento constituiría un delito de lesiones, como las operaciones quirúrgicas, o cuando válidamente se condona la obligación que otro contrajo por una promesa. A partir de estos casos simples de potestad, se pueden construir otros más complejos, como por ejemplo cuando una persona promete a otra realizar un acto determinado si le entrega una petición por escrito con anterioridad a una determinada fecha. En este caso el promitente confiere una potestad a la otra parte en virtud de cuyo ejercicio el promitente puede quedar sujeto a la obligación incondicional de realizar ese acto o quedar liberado de toda obligación al respecto. Así, puede haber potestades para conferir potestades como también hay potestades para contraer o para imponer obligaciones; también puede haber potestades para crear, conferir, transferir y extinguir derechos de cualquier tipo, como se verá en su debido momento (cap. IX, *infra*).

Lo que es crucial es que la noción de «efectos jurídicos válidos» acompaña en todos los casos al debido ejercicio de las potestades jurídicas. La especial importancia de todo esto descansa en la imposición judicial de sanciones por actos ilícitos (esto mismo descansa en las potestades concedidas por el derecho al juez como tal) y en el deber judicial de imponer el cumplimiento de todos los acuerdos y relaciones jurídicos válidamente establecidos. Esto puede ser visto incluso como un tipo de recompensa: para aquellos que tienen capacidad transaccional y deciden ejercerla en las formas y condiciones establecidas por el derecho, la recompensa consiste en el que los acuerdos así celebrados serán judicialmente exigibles a través de un debido proceso<sup>46</sup>.

Las disposiciones legales que confieren potestades, concordantemente, han de ser entendidas como si prescribieran que la realización de un determinado acto deberá producir un determinado efecto jurídico. Pero una condición a la que una prescripción tal está necesariamente sujeta es aquella que determina qué tipo de personas teniendo qué características pueden producir este resultado mediante el acto correspondiente<sup>47</sup>. Éste que es un elemento esencial de las disposiciones jurídicas que conceden potestades,

<sup>46</sup> MACCORMICK, 1981: cap. 6.

<sup>47</sup> Existen otras condiciones además de la capacidad personal que determinan la validez de un acto. Véase cap. IX, apdo. 2, *infra*.

se corresponde con lo que es esencial para nuestro concepto de capacidad transaccional. Determinadas potestades (p. ej., potestades para celebrar contratos, enajenar propiedades, constituir *trusts* u otorgar testamentos) son ejercitables por todas las personas que posean ciertas condiciones personales duraderas (tales como la edad, sexo, sano juicio, etc.). Propiamente se les adscribe «capacidad» — *capacidad para tal acto o transacción* — a personas con esos atributos.

Un caso diferente es el de aquellos poderes que se confieren a personas especialmente cualificadas, sea que esa cualificación especial provenga por herencia (p. ej., un monarca), por elección (p. ej., un presidente) o por nombramiento (p. ej., ministros, jueces, funcionarios administrativos, directores de las empresas públicas, oficiales de policía, etc.)<sup>48</sup>. En estos casos pueden existir condiciones —al modo de una «capacidad transaccional pasiva»— respecto de quién puede ser nombrado o elegido para un cargo determinado. Pero es el hecho de la sucesión, elección o nombramiento, lo que le otorga a esta persona la calidad necesaria para ejercer ese conjunto de competencias. «Competencia», «jurisdicción», e incluso quizás «autoridad», son los términos que se utilizan para la investidura de poderes especiales a través de tales calidades especiales<sup>49</sup>. A pesar de que los ejemplos elegidos hasta ahora provienen de la esfera del derecho público y han concernido a la competencia o autoridad de derecho público de funcionarios estatales, debe notarse que también pueden existir potestades especiales en el derecho privado por la vía de nombramientos especiales. Pueden servir de ilustraciones el nombramiento que hace una persona para que otra sea su albacea o el *trustee* de una determinada propiedad, o cuando una persona es elegida para ser dirigente sindical o el director de una sociedad anónima, o nombrada en un determinado puesto en la organización de una empresa o negocio, o aceptada como socio en una sociedad de personas. En todos estos casos, sin duda, es una condición previa que el designado posea capacidad transaccional pasiva para ser nombrado o elegido para tal posición o cargo, e indudablemente sólo serán nombradas o elegidas personas con las apropiadas capacidades activas. Pero lo que es conferido a través del nombramiento o elección no es una capacidad general sino una especial competencia jurídica.

Para concluir estas observaciones sobre capacidad, entonces, debe notarse nuevamente que la posesión de una cierta capacidad o capacidades jurídicas mínimas es de la esencia de la personalidad jurídica. Ser una persona significa ser capaz de sufrir y de actuar en derecho, de actuar y de ser

---

<sup>48</sup> Cfr. la discusión de las reglas institucionales que definen los cargos en RUTTER, 2001: 92-93.

<sup>49</sup> Cfr. RUTTER, 2001: 15.

el destinatario de un acto. Puede diferenciarse, por tanto, entre capacidad pasiva y activa. La capacidad pasiva pura es la condición de ser susceptible de recibir protección jurídica *en el propio interés* más que como medio para otro fin en sí mismo. Ésta es, entonces, el reconocimiento jurídico mínimo que puede otorgarse a un ser y es detentado tanto por los niños muy pequeños como por quienes están afectados por graves anomalías o enfermedades psíquicas. Otras capacidades pasivas, las que son transaccionales, tienen relación más bien con la aptitud para ser afectado beneficiosa y onerosamente por actos jurídicos; éstas no son una característica menos omnipresente. La capacidad activa es o bien i) capacidad-responsabilidad, entendida como la aptitud para actuar lícita o ilícitamente, o ii) capacidad transaccional, entendida como el ser apto para ejercer una determinada potestad jurídica o potestades. Los grados más completos de personalidad jurídica suponen un amplio conjunto de capacidades activas y pasivas. Deben distinguirse de las capacidades como tal, las competencias especiales poseídas por personas en virtud de sucesión, elección o nombramiento para posiciones especiales.

## 7. SOBRE LAS CAPACIDADES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Todo lo que se ha dicho acerca de la capacidad es tan aplicable a las personas jurídicas como a otras personas reconocidas por el derecho. Sea que se haya otorgado la personalidad jurídica por ley a determinadas organizaciones, o que la personalidad jurídica resulte de la constitución de la persona jurídica por la vía de la realización del procedimiento legalmente establecido (que realizan personas por medio del ejercicio de las potestades correspondientes) en la legislación sobre sociedades, corporaciones y fundaciones, las personas jurídicas que así se constituyen detentan en principio todo el abanico de capacidades correspondientes a su carácter de personas jurídicas. Esto implica ciertas restricciones en relación con los seres humanos. Por ejemplo, en lo que se refiere a la capacidad pasiva, como las personas jurídicas no pueden ser, por naturaleza, físicamente lesionadas ni se les puede dar muerte, aquellos sectores del derecho penal y el derecho civil que otorgan protección frente a las lesiones corporales no les son aplicables —los «delitos contra las personas» no son delitos en contra de *estas* personas—. Pero los delitos contra la propiedad y la honra son, por cierto, posibles respecto de éstas y las personas jurídicas tienen capacidad para ser ofendidas o víctimas de estos delitos —aunque no exista una explícita referencia legislativa a ellas—. En lo que dice relación con la capacidad para ser el destinatario de un acto mediante el que se ejerce una potestad, existen algunos tipos de cargos para los que, en principio, las personas jurídicas no pueden ser designadas, tal como el de juez (si bien algunos cuerpos

directivos, etc., pueden ejercer potestades judiciales o cuasijudiciales). Pero posiciones de derecho privado tales como la del *trustee* o del albacea puede ser asumida por personas jurídicas.

Desde la óptica de la capacidad activa, en general, en la medida en que las personas jurídicas puedan realizar una acción, pueden actuar ilícita o lícitamente ejerciendo sus derechos. Los problemas de la imputabilidad penal y la responsabilidad que contraen por delitos *ultra vires* o ilícitos civiles son o pueden ser, al menos en teoría, resueltos. No existe ninguna razón de tipo lógico-conceptual ni principio jurídico alguno que impida considerar a las personas jurídicas como sujetos actuantes, sea para actuar en el ejercicio de derechos activos o para actuar en la realización de un hecho ilícito<sup>50</sup>. En cuanto a la capacidad transaccional, con las obvias excepciones referentes a la capacidad para contraer matrimonio, para adoptar menores u otorgar un testamento, las personas jurídicas tienen el completo arco de capacidades apropiadas a su naturaleza pública, comercial o de beneficencia. Pero el ámbito particular de competencias para actuar, y por tanto, las competencias de sus órganos para actuar, es en cada caso regulada por los estatutos de la persona jurídica establecidos en el momento de su constitución o en ejercicio de las potestades estatutarias. En qué medida los actos que vayan más allá de este particular ámbito de competencias —los actos *ultra vires*— resultan vinculantes para la persona jurídica en interés de terceros, ha sido una cuestión controvertida que gira en torno al justo equilibrio entre los intereses de los accionistas y los intereses de terceros de buena fe que negocian con una persona jurídica. La resolución actual en esta materia, que favorece a los terceros de buena fe, no destruye la distinción en el ámbito de transacciones en el que en principio las personas jurídicas tienen capacidad activa y el ámbito especial de competencias de cualquier persona jurídica particular dentro de ese ámbito<sup>51</sup>.

Haber examinado más de cerca las capacidades —incluyendo las capacidades pasivas— de las personas jurídicas es importante. Especialmente en lo que se relaciona con los derechos fundamentales de las personas, debe observarse que los más importantes son derechos *humanos* y por tanto dan protección a toda y a cada persona humana. Es indudable que la protección de los seres humanos requiere algunas veces de la protección derivativa de las personas jurídicas y que algunos intereses humanos —como la libertad de culto— tienen un carácter distintivamente colectivo o corporativo más que individualista. Pero, en principio, esa protección pasiva que constituyen

<sup>50</sup> CANE, 2002: 157-164; también cap. XII, apdo. 4 *infra*.

<sup>51</sup> Véase *Companies Act 1985*, ss. 35 y 36, trasponiendo el derecho de la Comunidad Europea al derecho inglés.

los derechos humanos es una protección para los seres humanos y no debe presumirse su extensión a la protección de las personas jurídicas como un fin en sí mismo sino que, más bien, como instrumentos humanos<sup>52</sup>.

## 8. ESTATUS

El concepto jurídico de *estatus* personal debe ser entendido principalmente a la luz de la elucidación precedente del concepto de capacidad, pues las diferencias de estatus deben ser entendidas primariamente como los fundamentos para las diferenciaciones respecto de la capacidad. Tal vez sería mejor si en los sistemas jurídicos modernos se dijera que los diferentes estatus constituyen agregados de conjuntos de cualidades sobre los que se fundan significativas diferenciaciones de capacidad activa o pasiva entre diferentes clases de personas<sup>53</sup>. Las cualidades o características duraderas que constituyen la base general para numerosas e interrelacionadas capacidades o incapacidades, pasivas o activas o ambas, son también cualidades o características constitutivas de algún «estatus» u otro. Así, el estatus es el agregado de, o la base de, los fundamentos legales para varias capacidades o incapacidades, como por ejemplo en el caso de la edad: en el período entre la concepción y el nacimiento, solo existen capacidades pasivas, condicionadas a que posteriormente nazca vivo, en la medida en que se relacionan con la capacidad de que los derechos que se detentan sean jurídicamente defendidos por un representante legal; el período de la infancia es un período de capacidad restringida en todos los sistemas jurídicos, en el que sólo se reconocen capacidades pasivas, siendo un incapaz absoluto en el derecho civil, seguido en los años de la pubertad por una capacidad transaccional activa restringida, pero con una capacidad activa plena en todo cuanto dice relación con materias criminales, si bien bajo especiales condiciones restrictivas en relación con sistemas de justicia juvenil. Cualquier exposición de conjunto de un sistema jurídico contemporáneo mostraría que no existe una única concepción general y sistemática acerca del o de los estatus de la infancia que sea compartida desde el punto de vista del derecho privado, del derecho penal o de la seguridad social, simultáneamente considerados. El estatus de la mayoría de edad hoy se adquiere típicamente a los dieciocho años y con él adquiere el individuo el conjunto completo de capacidades activas y pasivas reconocidas por el derecho y que pueden ser adscritas a

<sup>52</sup> Cfr. HUTCHINSON, 1999 (especialmente 35-39), para una crítica aguda sobre la extensión a las personas jurídicas de la protección de los derechos bajo la constitución canadiense.

<sup>53</sup> ALLEN, 1931 identifica los estatus como la base de, o la agregación de, capacidades; de modo similar, PATON, 1972: cap. 16, s 87. Cfr. WALKER, 1982: cap. 3, s 2.

las personas humanas. Disfrutan de este estatus completo, sin embargo, sólo aquellos que estén en su sano juicio pues la insanidad mental, según la definición contenida en los textos legales o en el *common law*, puede dar lugar a un estatus que se traduzca en la privación o restricción de las capacidades activas. La insolvencia constituye otro estatus del que puede resultar una disminución sustancial de las capacidades activas normalmente detentadas por adultos en su sano juicio.

Diferencias de sexo, como la de entre mujeres y hombres, han sido hasta ahora fundamentos comunes para la diferenciación de estatus legales. Felizmente, la legislación contemporánea ha derogado tales diferencias. En Estados que reconocen los derechos humanos en contra de la discriminación, las diferencias sexuales, así como las diferencias de raza, etnia o religión, no pueden implicar diferencias de estatus legal. Como parte quizás de la misma tendencia en el derecho, debe observarse que las relaciones de familia, tanto aquellas entre marido y mujer como aquellas entre padres e hijos, son apenas reconocibles como cuestiones de estatus en el sentido clásico aquí identificado. Sin embargo, dado que la capacidad activa de un adulto para actuar en nombre de un menor, especialmente durante la infancia, y la capacidad pasiva del niño para ser destinatario de actos, están todavía ampliamente reguladas por las relaciones de familia, el ser hijo legítimo, ilegítimo, legitimado, o adoptado, sigue siendo un asunto (si bien de forma atenuada) de estatus. Del mismo modo, la capacidad para beneficiarse legalmente del derecho de sucesiones, sea una sucesión testada o intestada, sigue dependiendo considerablemente de las relaciones de familia. En la medida en que el matrimonio tiene impacto en las relaciones de parentesco (y también en el derecho sucesorio) sigue manteniéndose, pero de forma todavía más atenuada, como una relación de estatus, no meramente como una forma especialmente regulada de contrato. Lo mismo puede aplicarse ahora a las «uniones civiles» de parejas del mismo sexo en aquellos Estados que las han reconocido legislativamente como parcialmente análogas al matrimonio. Y, por cierto, las doctrinas del derecho internacional privado que exigen que el estatus personal sea determinado por el derecho del domicilio, hacen referencia clásicamente a tales cuestiones de estatus familiar y continúan haciéndolo a pesar de las atenuaciones observadas.

La discusión hasta ahora se ha referido exclusivamente a lo que tiene relación con el estatus en el derecho privado. El estatus también tiene, sin embargo, consecuencias en el derecho público. Pero debe observarse que aun dejando de lado las ramificaciones que tienen en el derecho público los estatus determinados por y en el derecho privado, existen algunas distinciones que pertenecen exclusiva o primariamente al derecho público que son

asimilables a distinciones de estatus<sup>54</sup>. Aquí pueden anotarse como estatus la nacionalidad y la ciudadanía; la nobleza en sus varios grados en los pocos Estados que todavía reconocen derechos o privilegios a los rangos nobiliarios, que se contraponen al estatus de plebeyo; y el estatus de condenado a una pena aflictiva por contraposición al de una persona en libertad. Todos estos estatus regulan capacidades en derecho público, tales como la capacidad de emitir válidamente un voto en las elecciones para cargos públicos<sup>55</sup>, o la capacidad para ser válidamente nominado como candidato para la elección en un cargo público, o para ser designado para detentar un cargo u oficio público.

Como es obvio, las diferencias de capacidad y las diferentes cualidades de las personas que dan lugar a las diferencias de capacidad e incapacidad, tienen gran importancia. Lo mismo puede decirse de los derechos y deberes directamente determinados por todas o algunas de estas cualidades —considérese aquí en particular aquellos que surgen de las relaciones de familia—. Pero la agregación de estas cualidades como fundamento para las diferencias de capacidad entre tal y cual estatus —«pupilo», «menor», «adulto»; casado o soltero; ilegítimo, legítimo, legitimado o adoptado— estas agregaciones como tales son de un interés o una importancia limitadas como tópico del derecho contemporáneo. El «estatus» *como tal* ha perdido importancia como concepto jurídico, no obstante la importancia de las cuestiones que pueden ser resumidas bajo el término «estatus» como rúbrica.

Se puede especular acerca de las razones de esto. *Sir Henry MAINE* sostuvo que las «sociedades progresistas», en el momento en que él escribía (a finales del siglo XIX), se movían «desde el estatus hacia el contrato»<sup>56</sup>. Tal vez esto pueda aprehenderse mejor como si diera a entender que en tiempos anteriores la posición jurídica global de una persona (derechos, etc.) estaba determinada en gran parte por su estatus, que fijaba sobre todo la capacidad de ordenar a personas —una capacidad activa transaccional— o la capacidad (pasiva) para ser válidamente ordenado. Los derechos y deberes de cada uno, en aquello que no era determinado por la costumbre, eran establecidos por la decisión de los señores que encabezaban las relaciones familiares o feudales, no por los compromisos que cada uno contrajera libremente. A su turno, el movimiento hacia los contratos implica un igualamiento del estatus y, dentro de éste, de la capacidad transaccional de modo tal que, en

<sup>54</sup> Cfr. WALKER, 1982: loc. cit.

<sup>55</sup> La incapacidad de quien está cumpliendo una pena aflictiva para votar en las elecciones ha sido cuestionada, con éxito parcial, por una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que concierne a los Estados miembros de la Convención Europea. Véase *Hirst v. the United Kingdom (N.º 2)* ECHR 26 de octubre de 2005 (demanda N.º 74025/01).

<sup>56</sup> MAINE, 1931: cap. 1.

último término, los derechos y deberes de cada uno emanan en gran parte de los contratos que cada uno celebra más que de otras fuentes legales. Se asimila pues el estatus de las diferentes personas y el rango de capacidades —o de derechos— determinado por las cualidades definitorias de estatus es reducido. El interés y la importancia del estatus como tópico jurídico, en consecuencia, se reduce progresivamente. Al mismo tiempo, sin embargo, las percibidas y reales diferencias en las fuerzas económicas o en el poder social, o entre los roles de género adscritos, pueden contrastar con las capacidades jurídicamente igualadas mediante las que todas las personas están habilitadas para participar en el mercado. Por eso toda una serie de cláusulas especiales irrenunciables, favorables a la parte presuntamente más débil (en términos de poder económico), comenzaron a ser agregadas al contenido de los contratos, sea el pasajero o consignante en relación con el acarreador de personas o bienes, o como el asegurado *vis à vis* el asegurador, consumidor *vis à vis* productor, trabajador *vis à vis* empleador, accionista *vis à vis* sociedad anónima, o miembro *vis à vis* sindicato. También las mujeres y los miembros de las minorías étnicas comenzaron a obtener una protección legislativa contra la discriminación de los hombres o de las mayorías. Dondequiera que en los primeros tiempos de los sistemas del *common law* (o en los sistemas de derecho civil) un pequeño conjunto de características personales calificaba a cada uno en relación con un amplio conjunto de capacidades, en nuestros días existe una significativa multiplicidad de roles, y cada uno juega diversos roles y detenta derechos o restricciones sobre la base de algún esquema legislativo. Del mismo modo en ámbitos tales como el derecho de menores una serie de esquemas legislativos dirigidos a la mejora del bienestar del niño crean una red de diferentes sistemas de protección de los afectados por una incapacidad, sin que una determinada edad u otra cualidad decisiva tenga aplicación general. La niñez es una condición jurídica en la que se superponen una multiplicidad de disposiciones legislativas con una variedad de cualificaciones de edad y de criterios relacionados con necesidades de intervención. Ha desaparecido la relativa —y quizás excesiva— simplicidad de los antiguos conceptos civiles de «pupilage» y «minoridad» —o de «infancia» en el *common law* inglés y otros sistemas que derivan de éste—.

En ocasiones se ha sostenido que tales desarrollos han traído con ellos nuevas formas de estatus y que por esto han significado una vuelta desde los contratos hacia el estatus. Pero, como al menos se ha insinuado más arriba, los roles legislativos en los que y fuera de los que uno puede caer quizás varias veces al día o, *a fortiori*, durante la vida, constituyen algo muy distinto del estatus. Parece mejor actualizar el apotegma de Maine. En las sociedades que se consideran a sí mismas progresistas, el desarrollo moderno se ha movido desde el estatus hacia el estatuto.

## CAPÍTULO VI

# ILÍCITOS Y DEBERES

### I. INTRODUCCIÓN

En capítulos anteriores se ha insistido en el supuesto del carácter normativo implícito en «orden normativo institucional». Se ha dicho que «deber» es el signo de lo normativo. En el momento en que uno entra al dominio del habla acerca de lo que las personas deben hacer, como algo diferente de lo que de hecho hacen, se entra en el dominio de lo normativo. El discurso normativo es el discurso del «deber», el discurso descriptivo es el discurso de lo que «es». La discusión sobre las colas o filas que se llevó cabo en los capítulos I y II provee de una útil sugerencia. Cuando hay prácticas normativas informales y, con mayor razón, cuando se está frente a una práctica en algún grado formalizada, que envuelve reglas explícitas o implícitas derivadas de decisiones autoritativas, existe un tipo de base sobre la que se puede juzgar lo que una persona debe o no hacer en un contexto dado. El Estado de derecho es un contexto en el que existe una formidable institucionalización de un orden normativo. Éste se encamina particularmente hacia el intento de desincentivar diversos tipos de conducta que resultan lesivos para las personas o que perturban el buen orden o las propias instituciones estatales y en el establecimiento acciones reparatorias para el caso de que se causen daños. Un razonable éxito en este intento es necesario para el aseguramiento de la condición de «sociedad civil» entre los ciudadanos o entre quienes están bajo la jurisdicción del Estado, de hecho, todos sus habitantes.

Se ha sostenido que el derecho descansa en una distinción binaria fundamental, entre lo lícito y lo ilícito, *Recht* y *Unrecht*<sup>1</sup>. El presente capítulo comienza con esta distinción entre lo lícito y lo ilícito. Se tratará, subsecuentemente, de examinar usos jurídicos particulares de las ideas de «deber» y «obligación», para mostrar que podría preferirse no tratar a ambos como fundamentales en el mismo sentido, sino que como dotados de funciones en alguna medida especializadas en la denotación de clases particulares de posiciones o relaciones normativas.

## 2. RECONSIDERANDO LO NORMATIVO

Estas observaciones introductorias acaban de anunciar una desviación respecto de una de las más celebradas tendencias de la teoría del derecho del siglo xx. Según ésta, el derecho consiste esencialmente en la imposición de deberes. Las reglas jurídicas primarias, en los términos de H. L. A. HART, son «reglas que imponen deberes» o, como él mismo parafraseaba, reglas que establecen las obligaciones de las personas que están sujetas al orden jurídico en cuestión<sup>2</sup>. HART afirmó estas tesis en oposición consciente a la aproximación de Hans KELSEN, pues KELSEN había propuesto que la norma jurídica primaria es aquella que estipula que debe imponerse una sanción dado el acaecimiento o no acaecimiento de un determinado evento (el acto u omisión de una persona). El acto u omisión en cuestión constituye un «delito» (esto es, un acto antijurídico) y el deber legal (no realizar una acción o realizar una acción) es su simple opuesto lógico. El «deber» es el contenido de una norma secundaria que le indica al sujeto qué tiene que hacer, la norma primaria es aquella que establece qué tiene que hacer un funcionario a modo de sanción si es que se prueba que se ha cometido un ilícito<sup>3</sup>.

Las observaciones de HART y KELSEN sobre estas cuestiones pertenecen a sus teorías generales acerca del derecho. Ellos, por tanto, pretenden presentar

<sup>1</sup> LUHMANN, 1993, con versión inglesa de Z. A. ZIEGERT (LUHMANN, 2004), hace de lo «lícito/ilícito» («*Recht/Unrecht*») la distinción jurídica básica. Véase p. 145: «El diseño de esquemas tales como correcto/incorrecto, aceptable/inaceptable, normal/desviado, o eventualmente legal/ilegal caen desde siempre *dentro* del orden social que contiene los dos lados de la distinción». La expresiones inglesas «*right/wrong*» («lícito/ilícito») me parecen más cargadas de sentido que «*legal/illegal*» («legal/ilegal»), si bien ZIEGERT como traductor se inclina generalmente por la primera. El fascinante ensayo de MACQUEEN, 2006: 23-26, rastrea el término inglés «*unlaw*» (equivalente etimológicamente al alemán *Unrecht*) y la sustancial sinonimia del término inglés «*wrang*» (en inglés moderno «*wrong*») en el derecho medieval escocés, comparando también el uso inglés.

<sup>2</sup> Esta es, por cierto, la idea central desarrollada en los primeros cinco capítulos de HART, 1994 (véase especialmente el cap. V).

<sup>3</sup> Véase KELSEN, 1992: cap. 3, s 14 (b) ; cfr. HART, 1994: 35-36.

una comprensión del derecho más profunda que dé cuenta y haga inteligible en términos generales el particular discurso local y la terminología de aquellos que participan en la administración del derecho, o en la producción legislativa, o incluso en la producción de comentarios sobre el detalle de las ramas especiales de sistemas jurídicos particulares. Ellos no necesariamente reproducen en sus teorías, o ponen a prueba sus teorías en relación con el lenguaje (o los «sistemas semióticos») que se puede encontrar en los diversos discursos de legisladores, jueces, abogados litigantes o juristas doctrinarios<sup>4</sup>. Esto es perfectamente legítimo. Una teoría general constituye, después de todo, una empresa metalingüística que tiene por objeto capturar en términos más simples e inmediatamente inteligibles los densos y particularizados lenguajes de las diversas prácticas envueltas en la concreta cotidiana del derecho.

Sigue siendo lamentable, sin embargo, el que una teoría recicle y estipulativamente re-defina para sus propios propósitos los mismos términos que constituyen la terminología especializada de la dogmática jurídica y de la praxis jurídica. Conceptos tales como «deber», «derechos», «responsabilidad», y sus derivados constituyen una parte importante del lenguaje diario de los abogados. Redefiniciones teóricas de estos términos pueden resultar más confusas que útiles, si los usos estipulados para ellos en el contexto de la teorización difieren de aquellos que imperan en la práctica del lenguaje de primer orden. Los intentos de imponer desde la teoría reformas al uso jurídico ordinario, para ajustarlo al patrón fijado por la teoría, inducen tal vez aún más a confusión, y rara vez o nunca han sido capaces de cambiar efectivamente los modos comunes de hablar y escribir de la comunidad jurídica.

En la búsqueda de una terminología más fundamental para la teorización universal, será útil partir del concepto de «ilícito». Dondequiera que exista un orden normativo, existirán tipos de conducta (ya sea de acciones o de omisiones de acciones) que contarán como ilícitas con referencia al orden postulado. Conformidad con el orden supone omitir todo aquello que sea ilícito (saltarse la cola es ilícito, y conformarse a la norma sobre las colas exige que uno no se salte la cola). Todo lo que no sea ilícito es al menos en un sentido débil permisible. Esto traza una diferencia que vale la pena examinar de modo más profundo.

### 3. DIFERENCIANDO LO ILÍCITO DE LO NO ILÍCITO

¿Cuál es la diferencia entre lo lícito y lo ilícito? Se trata de una diferencia inteligible sólo para un ser capaz de actuar consciente e intencionalmen-

---

<sup>4</sup> Cfr. JACKSON, 1985: 283-304.

te, alguien que posea «capacidad-responsabilidad» como se ha dicho en la discusión en el capítulo anterior. Un ser tal debe tomar decisiones todo el tiempo, entre diferentes actos, diferentes cursos de acción, diferentes maneras de llevar a cabo uno u otro curso de acción. El que un acto sea ilícito constituye una razón para no realizar tal acto, una razón para decidir no actuar así, para hacer otra cosa o para no hacer nada. Ésta es una razón de tipo particular, lo que puede apreciarse por la vía de contrastar la idea de lo ilícito con la idea de los deseos o anhelos como razones para la acción. El que uno desee algo siempre cuenta como una razón a favor de aquellas acciones que harán (o tenderán a hacer) posible obtener aquello que se desea. La ilicitud de una acción constituye una razón para no realizarla aunque ella permita obtener algo que se quiere. Se parece a lo que ha sido denominado una «razón excluyente»<sup>5</sup> en que excluye actuar de una forma que a falta de ella constituiría una manera perfectamente razonable de actuar (hacer *x* para obtener *y*, que es algo que yo deseo). La ilicitud de un acto pone un «límite externo» a nuestro comportamiento<sup>6</sup>. Pues la mera consideración de un acto como ilícito no provee por sí misma ninguna razón para que una persona haga algo, pero sí establece márgenes a lo largo de todo su actuar sean cuales sean las razones positivas que tenga para actuar. Sea como sea que uno actúe, y cualesquiera sean las razones que uno tenga para actuar, no se tiene que caer en la comisión de un acto u omisión ilícitos. Es como si se «trazara una línea» separando lo que es ilícito de toda otra posible acción y se dispusiera que uno debiera en todo lo que uno haga evitar cruzar esa línea. Se nos exige categóricamente no cruzar esta línea, sin importar cual sea el balance de nuestros deseos con independencia de esta consideración. Nadie está excusado de cruzarla a pesar de lo fuerte que sea el deseo que motiva a cruzarla.

El juicio de que un determinado acto es ilícito siempre requiere de algún contexto. Un acto puede ser moralmente ilícito, o jurídicamente ilícito, ilícito porque es un pecado, o ilícito en el contexto de una práctica o un juego, o ilícito en tanto infracción a la ética profesional, o como infracción a los estándares académicos, o de etiqueta, o como infracción a una práctica social convencional como la de hacer colas, y así. Es ilícito, entonces, podría decirse, «desde un punto de vista»<sup>7</sup>. Un acto puede ser considerado ilícito desde el punto de vista moral, o jurídico, o religioso, o deportivo, o profesional, o académico, o de los buenos modales. Ese acto, en consecuencia, es

<sup>5</sup> RAZ, 1975: 40-45; Yo difiero con RAZ en el uso de este término, que él posteriormente abandonó (véase RAZ, 1979a: 18, 21-23) en favor de «razones protegidas». Como se argumenta más abajo, las razones para la acción no provienen de las normas en sí mismas sino que más bien de nuestros juicios basados en normas. Esto podría ser un punto importante de diferencia.

<sup>6</sup> Compárese Nozick, 1974: 30-35.

<sup>7</sup> Cfr. RAZ, 1979a: 153-157.

excluido como (moralmente, o jurídicamente, o lo que sea) inaceptable. Alguien (aunque quizás sólo en este momento) que está comprometido plenamente con un determinado punto de vista, trata como conclusivos los juicios acerca de lo que ilícito desde ese punto de vista. Una persona tal rechaza la admisibilidad, en ese contexto de decisión, de cualquier otra razón presente en la situación dada que de ser considerada gravitaría en favor de la acción.

Sólo quien al menos alguna vez haya tenido un compromiso pleno con un punto de vista para juzgar, tal como el del derecho o el de la moral, puede entender adecuadamente el concepto de «ilicitud». Pero alguien que ya lo entiende puede formular juicios acerca de lo que es ilícito desde un determinado punto de vista sin estar, o sin estar plenamente, comprometido con ese punto de vista en el momento de formarse el juicio. Hacer esto implica formarse un juicio «descomprometido» o «desvinculado»<sup>8</sup>. Si bien un juicio como éste es, entonces, parasitario de la posibilidad del compromiso pleno, sigue manteniendo perfecto sentido como juicio a pesar de la ausencia de un pleno compromiso. Uno puede estar «descomprometido» y aún así estar inclinado a actuar sobre la base de un juicio como éste: «si, o en la medida en que, tenga una razón para tomar en serio el punto de vista jurídico, tengo una razón para tratar como excluidos de toda consideración los actos que sean jurídicamente ilícitos; y dado que este acto es jurídicamente ilícito tengo, entonces, una razón para considerarlo como excluido». Un juicio de ilicitud descomprometido como éste, sin embargo, tiene un carácter hipotético (compárese con: «si quiero y, entonces debo abstenerme de hacer x, pues x me haría imposible obtener y»). Por contraste, desde una posición plenamente comprometida, el juicio de ilicitud tiene ese carácter categórico que se ha anotado más arriba: la ilicitud del acto constituye una razón insuperable o «perentoria»<sup>9</sup> para no realizarlo.

¿Qué sucede, entonces, con lo que es lícito o correcto? ¿Es simplemente lo opuesto a lo ilícito? Éste no es el caso, desafortunadamente, en el lenguaje común. Que un acto no sea ilícito significa que no está excluido desde el punto de vista relevante, pero no necesariamente que está respaldado positivamente como aquello que es razonable hacer. Por cierto, sí sucede que todas las alternativas de acción, salvo una, son ilícitas, esa única alternativa, por tanto, será la única que puede adoptarse lícitamente, pues no hacerlo sería incurrir en un acto ilícito. En los demás casos, a lo más, se diría que x no está mal, que es admisible, pero no exigida. Se admite, pero no es que sea positivamente encomiada.

<sup>8</sup> RAZ utiliza la expresión «proposición descomprometida» [*detached statement*], pero esto implica confundir una entidad lingüística con un acto mental, por lo que me parece preferible «juicio des-comprometido» [*detached judgement*].

<sup>9</sup> Cfr. HART, 1982: 255-261.

La dicotomía ilícito/no ilícito parece fundamental para el pensamiento práctico y puede ser considerada aún más elemental que el famoso contraste entre «ser» y «deber». Que alguien «debe» o «no debe» hacer esto o lo otro, expresa lo que habitualmente es un balance general de un juicio que toma en consideración todas las razones relevantes, tanto a favor como en contra, y que llega a una conclusión indicativa o exhortatoria. Aunque es cierto que si  $x$  es ilícito, no se debe hacer, esto no dice lo suficiente. En esta hipótesis, la verdad es que  $x$  es algo que *no se puede* hacer. Pues no es sólo que  $x$  no sea aconsejable, es inaceptable. Abstenerse de  $x$  es obligatorio. A mi juicio la idea de lo normativo descansa primariamente (ciertamente en un contexto institucional) en esta línea de exclusión que separa lo permisible de lo no permisible, dividiendo lo que (sin importar con cuanta reticencia se diga) «no está mal» de lo que es ilícito.

¿Cómo se ha de entender entonces esta distinción práctica fundamental entre lo ilícito y lo no ilícito? La respuesta está en términos de valores humanos y, por tanto, en términos de la comprensión que tiene de la propia naturaleza humana. Se conjeturó en el capítulo I que la práctica de hacer colas expresaba una orientación hacia el valor igualitario de tratar a todos en iguales términos, tal como esto se aplica en relación con alguna oportunidad. Para generalizar: algunos modos de ser o estar y algunos estados de cosas se nos aparecen como buenos en el sentido de que resultan adecuados o esenciales para lograr el bienestar. Vivir bien es algo que los seres humanos sólo pueden lograr viviendo con otros en comunidad y, por tanto, el bienestar de cada uno está condicionado por el bienestar de los demás. Existe el bien común, esas condiciones generales que son necesarias para una vida comunitaria lograda, y existen los bienes individuales, que son todos los fines que los individuos pueden desear realizar en el marco que provee un bien común asegurado<sup>10</sup>. Resultan valiosas y se consideran como «virtudes», consecuentemente, aquellas disposiciones humanas que tienden a la realización o a la constitución del bien común o de bienes individuales. Las disposiciones que tienden a la dirección opuesta son objeto de justificada desaprobación. Son «vicios». En cuanto a éstos, sin embargo, debe hacerse una ulterior distinción entre vicio en el sentido de la mera ausencia de la disposición hacia el bien y vicio como hostilidad activa en contra del bien. En casos de esta hostilidad activa, el mero vicio degenera en depravación, perversidad o maldad.

En relación con los modos de ser o estar y los estados de cosas, con las disposiciones humanas, y con la conducta humana, existen una pluralidad

<sup>10</sup> En esto debo mucho a FINNIS, 1980 y véase sus FINNIS, 1983: 26-56; cfr. además la discusión en 9.2 *infra*.

de valores o bienes posibles, con sus respectivos opuestos. En estos términos podemos graduar o evaluar en escalas desde lo mejor o más admirable a lo más malo o deplorable o reprochable. Considerar algo como bueno supone considerar que su realización es digna de buscarse y que esa búsqueda merece aprobación o incluso alabanza. Por el contrario, la indiferencia deberá ser reprobada y las actividades hostiles con ella serán reprochables o reprehensibles. Con mayor razón deberán serlo las actividades que persiguen lo contrario a lo bueno.

La maldad es una cuestión de grado y frecuentemente tiene que tolerarse hasta algo que quede muy por debajo de la dedicación de todo corazón al bien, en interés de la paz y la tranquilidad y en interés de la libertad civil que hace posible el desarrollo de la autonomía moral. ¿Pero dónde trazar la línea? ¿Y cómo trazamos esa línea? En nuestra vida moral personal y en nuestros asuntos privados no necesitamos dibujar todas las líneas con precisión por adelantado, quizás no necesitamos trazar ninguna, porque podemos juzgar cada situación con todos sus detalles<sup>11</sup>. Distintos son los contextos institucionales, en los que aparecen problemas de mutua coordinación entre personas. Aquí sí es necesario trazar líneas que sean susceptibles de entenderse por adelantado. Esto es ejemplificado de forma bastante evidente por el derecho del Estado moderno, donde el gobierno se sostiene, en último término, a través de medios coercitivos dentro de un territorio determinado. El derecho constitucional estatal provee de procesos mediante los que se pueden precisar y concretar los abstractos valores generales, estableciendo términos mediante los que el gobierno puede ser conducido de modo coherente, ordenado y predecible. El nivel más amplio de determinación es el de la enunciación de principios explícitos por los juristas y los jueces. Más determinados son las reglas producidas a través de textos legales estructurados por la legislatura o por un legislador subordinado. Todavía más determinados son los fallos o precedentes que emiten los jueces al momento de resolver problemas de interpretación en la aplicación del derecho a casos particulares.

En un sistema así, la línea entre lo ilícito y lo no ilícito (desde el punto de vista del derecho estatal) es determinada por referencia a los principios y textos legales, o a los principios y textos legales interpretados, o a los principios y textos legales interpretados y aplicados tal como aparecen en algún precedente. Estas normas progresivamente más determinadas llevan a cabo la tarea de trazar una línea relativamente clara de modo que una infracción no es algo malo en alguna discutible medida, sino algo más o menos claramente malo. Esto nos conduce a los procedimientos sancionatorios

<sup>11</sup> Cfr. DANCY, 2004: 130-132 sobre la ausencia de cualquier guía-maestra para la moral.

de ilícitos, sea a través de sanciones penales a iniciativa de las autoridades encargadas de la persecución penal, sea a través de acciones civiles concedidas por los tribunales a las víctimas, sea a través de algún procedimiento administrativo que lleve a alguna entidad pública a cumplir con un deber impuesto por el derecho.

Aquí no se ha negado que las cuestiones acerca de qué es lo bueno, tanto respecto del bien común como de los bienes individuales, sean altamente discutibles entre los seres humanos. Tampoco se ha querido sostener que las agencias estatales son incapaces de cometer graves errores, o incluso de maldad criminal, en la representación que tienen de los valores que deben ser realizados a través del derecho, o a través de las actividades y prácticas gubernamentales. Muchos son los ejemplos que prueban que, de hecho, son totalmente capaces de equivocarse o de hacer el mal en nombre del bien. Pero los actos y procesos de determinación del derecho son inteligibles sólo en la medida en que los participantes pretenden estar orientados hacia alguna concepción del bien social, con independencia de lo inadecuada, parcial o depravada que sea, en verdad, la concepción que posean<sup>12</sup>. Y en este contexto de la determinación del derecho se desenvuelve el trazado de la línea entre lo ilícito y lo no ilícito.

Cuando el orden político incluye el uso del proceso legislativo, las normas establecidas a través de ese proceso incluyen reglas que dibujan la línea entre lo que es ilícito y lo que es permisible. En su forma desarrollada, que resulta familiar en los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos, los ilícitos asumen dos formas distintas según el tipo de juicio y la sanción que involucran. Por una parte, están los ilícitos que constituyen «delitos» y «faltas», y que dan lugar a responsabilidad penal, a sanciones penales de uno u otro tipo, previa sentencia condenatoria dictada en un proceso penal que declare que se ha probado (para lo que se exige un riguroso estándar probatorio) que el acusado ha cometido un hecho punible. Existen, por otra parte, los ilícitos civiles. Estos son actos ilícitos que lesionan a una persona diferente del agente y dan lugar a la obligación de restituir o compensar a la víctima (usualmente mediante una indemnización de perjuicios). Cuando el causante del daño no se allana a reparar voluntariamente el mal infligido, la víctima puede ejercer una acción legal en su contra mediante un procedimiento preestablecido y, si prueba exitosamente tanto la efectividad de los hechos que alega como su relevancia jurídica, puede obtener una sentencia de un tribunal que condene al causante a realizar las correspondientes obligaciones reparatorias. Esta sentencia condenatoria puede, a su turno, ser

---

<sup>12</sup> Cfr. ALEXY, 1992: 201-204; también ALEXY, 2002a: 35-40. Véase además el capítulo XIV *infra*.

coactivamente ejecutada si la parte perdedora no cumple voluntariamente con ella.

Aquí, la idea de acto ilícito ha sido explicada en los términos de un orden normativo, a la luz de los juicios particulares que, basados en reglas y principios, pueden hacerse acerca de los actos de las personas. Como trasfondo quedan los valores relevantes, con normas de uno u otro tipo que establecen el punto límite que marca el respeto mínimo que se exige respecto de éste u otro valor. Así entendido, un ilícito, o mejor, la comisión de un ilícito, provee de una buena razón para la imposición de sanciones, de uno u otro tipo.

Las sanciones penales pueden ser impuestas a iniciativa de funcionarios públicos (o al menos de personas actuando en nombre de la autoridad pública) que formulan las acusaciones (querrela o acción penal, o cualquiera que sea la denominación correspondiente en el sistema jurídico dado). Éstas han de ser tramitadas siguiendo los procedimientos apropiados ante un tribunal con jurisdicción penal. La decisión acerca de si llevar adelante o no la persecución penal puede ser o bien discrecional, pero guiada exclusivamente por el interés público, o bien no discrecional en ningún caso en el que se considere que existen antecedentes suficientes para justificar el enjuiciamiento del imputado.

La responsabilidad civil, por contraste, descansa exclusivamente en la discreción de la víctima afectada por el presunto ilícito. La víctima, o algún guardador o *trustee* actuando en su representación, tiene que decidir si exigir o no la responsabilidad por el ilícito. La reparación civil puede ser obtenida en principio por una acción voluntaria del supuesto ofensor, pero a falta de ésta puede obtenerse eventualmente vía litigación una sentencia condenatoria en contra del ofensor coercitivamente ejecutable en su caso. Los pasos que deben darse entre la interposición de una acción civil y la ejecución forzosa de una sentencia condenatoria son múltiples y diversos en los diferentes sistemas jurídicos. La coacción estatal es una de las últimas garantías de la eficacia de los derechos, pero la idea de que el derecho es coactivo en razón de la amenaza de sanciones en el amplio sentido que incluye los castigos penales y las obligaciones reparatorias civiles, parece ir en la dirección incorrecta<sup>13</sup>. La coerción ejercida por el Estado respalda al derecho, pero no lo constituye como orden normativo<sup>14</sup>.

Para el proceso de trazar la línea que divide lo antijurídico de lo permitido resulta primordial la imposición del derecho estatal a través de la coac-

<sup>13</sup> Cfr. LAMOND, 2000.

<sup>14</sup> Esta posición ha sido argumentativamente establecida en MACCORMICK, 1982b; esta argumentación, y aunque es rechazada por LAMOND, no ha sido de ningún modo refutada, si es que coerción se entiende en el sentido ahí definido.

ción física. Pues al menos puede decirse que el lugar correcto y razonable para dibujar la línea jurídica entre lo que simplemente no es encomiable o que no resulta admirable, y lo que realmente debe considerarse como ilícito, es ese punto en el que la adopción de sanciones coactivas o de otras medidas coercitivas puede considerarse justificado. Debe agregarse que no todas las conductas que no están sujetas jurídicamente a una sanción, deben ser consideradas como totalmente aceptables desde un punto de vista jurídico. Por ejemplo, quienes negocian contratos o contratan para obtener prestaciones sexuales no caen bajo la amenaza de sanciones civiles o penales, sin embargo, en la mayoría de los sistemas jurídicos son contratos jurídicamente ineficaces. No son pocos estos casos en los que está presente esta cierta sombra de ilegalidad, cuya desaprobación se expresa más bien a través del no reconocimiento de valor jurídico más que de sanciones directas. Así, debe reconocerse un área gris de lo que es «lícito» pero que no es considerado totalmente fiel al derecho.

Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, lo que es ilícito es normalmente ilícito porque constituye la infracción a una regla establecida de tipo civil o penal. Sin embargo, al menos en el contexto civil, puede haber también juicios sobre ilícitos que son infracciones no tanto de reglas establecidas sino de principios generales. Pero tales casos suponen la determinación judicial de la interpretación de los principios relevantes y de la legitimación de la víctima para exigir reparación de los daños sufridos sobre la base tales principios generales. En el derecho legislado también son enunciados amplios principios, como es el caso del art. 1.382 del *Code Civil* francés («Cualquier hecho por el que una persona infiera daño a otra, obligará a quien por cuya culpa ocurrió, a repararlo»). Así, no sólo en los países del *common law* existe un proceso de *determinatio*<sup>15</sup> por el que los jueces fallan acerca de la concreta aplicación de un principio general en circunstancias particulares, considerando tanto las particularidades del caso como la definición de un tipo de caso potencialmente repetible. Pero ciertamente en el *common law* en relación con los ilícitos civiles (o «delitos civiles»), incumplimiento de contratos y de deberes fiduciarios, y similares, provee de frecuentes ilustraciones de este proceso de *determinatio*.

Algunas veces se ha sostenido que las reglas y principios son razones para la acción simplemente porque son reglas y principios. En el dominio que ahora es objeto de nuestra atención, resulta claramente incorrecto considerar que la regla o principio es en sí directamente una razón para la acción. Son más bien una base sobre la que se puede fundar un juicio, por referencia

<sup>15</sup> Este concepto aquí (y *supra*) está tomado de la filosofía tomista vía los trabajos de J. FINNIS. Véase FINNIS, 1985: 23-25.

al que, ante la presencia de ulteriores circunstancias relevantes, podemos juzgar que algún acto bajo consideración es o era ilícito. Supóngase que una determinada regla o principio es vinculante desde un determinado punto de vista. Supóngase además que la situación fáctica de una persona satisface las condiciones de la regla y que un acto  $v$ <sup>16</sup> es posible y está bajo consideración, pero cuenta como ilícito de acuerdo con la regla o principio. Que  $v$  sea ilícito (jurídicamente/ moralmente/ como cuestión de prácticas académicas apropiadas) es una razón para abstenerse de hacer  $v$ . Que un acto bajo consideración sea ilícito (desde el punto de vista con el que se está comprometido) constituye una razón categórica para no realizarlo. El juicio basado en la regla, no la regla por sí directamente, es lo que realmente guía, da razones para actuar o no actuar<sup>17</sup>.

Existen otros términos con los que tales juicios pueden ser expresados, por ejemplo, usando la terminología de lo que es «obligatorio». Es obligatorio abstenerse de las conductas ilícitas. Que sea obligatorio no hacer  $v$  es sólo otra forma de decir que hacer  $v$  es ilícito y, de modo similar, cuando es obligatorio abstenerse de hacer  $v$ , esto significa ni más ni menos que hacer  $v$  es ilícito. Lo que es obligatorio es también lo que en algún sentido uno «debe hacer» [*must do*] o «tiene que hacer» [*have to do*]\*.

#### 4. SOBRE LOS DEBERES

Los deberes tienen relación con aquello que es ilícito abstenerse de hacer o realizar (si se tiene el deber de  $v$ , entonces, es ilícito no hacer  $v$ ; si se tiene el deber de no  $v$ , entonces, es ilícito hacer  $v$ ). Aun así, en términos generales y según el lenguaje común, especialmente de acuerdo con los usos jurídicos, no parece correcto considerar que todo lo que es ilícito constituye una infracción al deber. Por el contrario, la violación de los deberes constituye sólo una especie de acto ilícito. Tener un deber es estar en una posición tal que resulta ilícito no hacer algo, o por cierto, hacer cualquier cosa que suponga el incumplimiento del deber.

Se puede dar una buena ilustración de esta observación haciendo referencia a la concepción que se tiene en el *common law* (y en el derecho

<sup>16</sup> Aquí, en capítulos posteriores, el símbolo  $v$  es usado para referir a un verbo cualquiera —es una «variable» para verbos. Se usará  $s$  como variable de sustantivos.

<sup>17</sup> Cfr. nota 5 *supra*.

\* N. del T.: Este párrafo termina con la siguiente oración que ha sido suprimida por expresar un contraste o diferencia de matiz entre expresiones inglesas que no tiene equivalente en castellano: «*ought* is somewhat weaker, and lacks the categorical sense of *obligatory*, or *wrong*» [nota de los traductores].

escocés) de la responsabilidad civil por daños inferidos por imprudencia o «negligencia». De acuerdo con el derecho, una persona que infiere daño a otra mediante una conducta imprudente tendrá que compensar el daño causado, pero sólo en la medida en que el agente tenga un «deber de cuidado» respecto de la víctima. Describiendo el derecho aplicable de un modo tal vez demasiado simple, se puede sostener que el test para determinar la existencia de un deber tal, esto es, el test para decidir si una parte tiene ese deber con respecto a la otra parte, contiene dos elementos. Primero, ¿era razonablemente previsible que la conducta del agente podía causar un daño del tipo en cuestión a personas que encontraran en la posición de la víctima? En segundo lugar, ¿existe una relación de «proximidad» o «vecindad» entre ellos tales que resulta desde todo punto de vista justo, equitativo y razonable imponer el deber con la consecuente responsabilidad por daños en caso de infracción?<sup>18</sup> Existen muchas formulaciones del principio general subyacente que están consagradas por el tiempo, tal como esta de Lord Macmillan<sup>19</sup>:

El deber de cuidado es el deber de evitar realizar u omitir cualquier cosa cuya realización u omisión puede tener razonable y probablemente como consecuencia el daño de otro, y el deber se tiene respecto de quien puede razonable y probablemente resultar dañado si el deber no es observado.

Existen muchos precedentes, y constelaciones de precedentes, y reglas contenidas en textos legislativos, que le otorgan a este principio general efectos más concretos y determinados. Existe así un conjunto de situaciones o relaciones jurídicamente determinadas que vuelven operativo este deber general en términos más concretos que permiten especificar tanto el grado de cuidado que es razonable en el contexto dado como el conjunto de otras personas respecto de las que se tiene el deber. Esto a su turno determina quién o quiénes están legitimados para exigir la responsabilidad civil derivada de los daños causados a través de un acto negligente. La determinación del grado en que este deber abstracto de cuidado resulta en principio razonable exige al menos dos cosas. Requiere, primero, que se considere el rol o posición desempeñado por la persona en cuestión (por ejemplo, asesor financiero, arquitecto, conductor, médico, ocupante de un inmueble), y que se preste atención, en segundo lugar, a las circunstancias particulares en las que ha tenido lugar el presunto caso de negligencia. El portador del deber tiene entonces que actuar de acuerdo con el estándar conforme al que se comportaría una persona razonable o que tendría una diligencia o cuidado ordinario,

<sup>18</sup> *Caparo Industries v. Dickman* [1990] 1 All ER 568 en 574, por Lord Bridge of Harwich. En la discusión de los deberes (y más adelante con los derechos) en relación con el derecho de la responsabilidad civil, debo mucho a HALPIN, 1997: 138-158.

<sup>19</sup> *Bourhill v. Young* [1942] 2 All ER 396 en 403; 1942 SC (HL) 78 en 88.

que ejerciera ese rol o estuviera en esa posición, teniendo en consideración todos los valores e intereses envueltos en la situación. Esto requiere que el agente responsable realice un juicio de valor en relación con los hechos del caso, pero éste no es puramente un juicio de valor. Pues este juicio tiene que estar informado por los estándares que prevalecen en la comunidad, especialmente por los miembros que ejercen la ocupación o actividad correspondiente. Estos estándares prevalecientes, aunque relevantes, no son decisivos, pues puede considerarse, por ejemplo, que exigen menos cuidados que los que son razonablemente adecuados<sup>20</sup>.

Esta forma de caracterizar y conceptualizar «deberes», en un área muy importante del derecho, presenta una interesante conexión con la concepción del deber que ha sido objeto de discusión por los filósofos morales, al menos desde el trabajo seminal de F. H. BRADLEY *My Station and its Duties*<sup>21</sup>. Los «deberes» típicamente están anudados a «etapas de la vida», o «roles», o «posiciones», y son frecuentemente formulados de manera explícita en documentos contractuales tales como los que fijan los «términos de la relación laboral». Algunas importantes «etapas» son inherentemente relacionales, tales como la de la paternidad, con deberes hacia los hijos, o como la de ser empleador, con deberes hacia los empleados, o la de ser *trustee* con deberes con respecto al beneficiario. Los tribunales, ciertamente los del Reino Unido y de países de la *Commonwealth* tales como Nueva Zelanda, Australia y Canadá, han elaborado en relación con la responsabilidad por culpa en el derecho de daños un rico y detallado complejo de relaciones en las que el derecho impone un deber de cuidado. Dondequiera que exista tal deber existe de manera correspondiente la responsabilidad de compensar los daños imprudente o negligentemente causados mediante el pago de la indemnización en favor de otro con el que se tiene una relación de proximidad, y el derecho de la víctima a exigir esta indemnización.

El derecho legislado normalmente se preocupa de imponer explícitamente deberes cuando establece y regula las funciones de entidades públicas dotadas de potestades conferidas legislativamente. «El directorio tendrá el deber...» dicen estos actos legislativos. Los roles del derecho privado tales como los del *trustee* o del director de una sociedad anónima pueden ser especificados de modo similar en términos de los deberes que deben cumplir y de las potestades que pueden ejercer, y ciertamente, como resulta crucial, los deberes que tienen en el momento de ejercer esas potestades. Pueden surgir algunas dudas importantes, especialmente en el caso de los deberes de las entidades públicas impuestos por el derecho público,

<sup>20</sup> Cfr. MACCORMICK, 1984: 132-156; véase ahora además MACCORMICK, 2005a: cap. 9.

<sup>21</sup> BRADLEY, 1927: cap. 5.

acerca de la posibilidad de imponer su cumplimiento. Generalmente es posible, en términos del derecho público, obtener de un tribunal que éste ordene cumplir a la entidad pública que ha infringido alguno de sus deberes (en el caso de los países que pertenecen a la tradición del *common law* inglés, sobre lo que originalmente constituían «*prerogative writs*» tales como el *mandamus*). La intervención puede estar sujeta, sin embargo, a condiciones bastantes estrictas de legitimación activa (o, como lo denominan los abogados escoceses, de «título o interés para demandar»). Más problemática todavía ha sido la cuestión de en qué medida quien reclama haber sufrido un daño por el cumplimiento defectuoso, o por el incumplimiento, de un deber de derecho público puede obtener reparaciones de derecho privado («indemnización de perjuicios») <sup>22</sup>. No basta simplemente con que la entidad pública tenga un deber explícito, como por ejemplo, inspeccionar los planos de una obra de construcción y aprobarlos si son satisfactorios; debe mostrarse que ese deber se tiene «respecto de» miembros particulares de la sociedad o de una sección particular de la sociedad. Sólo quien esté dentro del rango de personas hacia quienes se tiene el deber por decisión deliberada del legislador tiene derecho a obtener reparación por la vía de una indemnización de perjuicios.

A diferencia de lo que sucede en el derecho privado y en el derecho público en relación con las potestades y deberes de los cargos públicos, el derecho penal es una rama del derecho en cuyo discurso práctico al nivel de la producción del derecho y al nivel de la aplicación del derecho el concepto de «deber» juega sólo un pequeño rol. Cuando se trata de la determinación de aquello que constituye un acto penalmente ilícito, el legislador en términos más o menos claros establece qué debe considerarse como delito (como crimen, simple delito o falta), mediante qué procedimiento ha de ser juzgado, y cuál ha de ser la pena (dentro de qué rango ha de variar la determinación judicial) a imponer en caso de condena. Los fiscales le imputan a las personas la (presunta) comisión de actos penalmente prohibidos especificados en la formalización de cargos o en la acusación, y en el juicio aducen evidencia que pretende probar que son culpables de las imputaciones que se les han hecho. La decisión del tribunal recae sobre si alguna imputación ha sido probada de acuerdo al estándar exigido, normalmente «más allá de toda duda razonable», y si a la luz de éste un veredicto de culpabilidad ha de ser pronunciado, y es pronunciado, entonces, se impone una sentencia de condena. Dicho brevemente, a las personas que se enfrentan a la justicia penal se les formulan imputaciones, se les condena y se les castiga por los ilícitos penales (crímenes, delitos o faltas) que realizan, no por actos carac-

---

<sup>22</sup> Para una ilustrada y autorizada discusión véase la ponencia de Lord Browne-Wilkinson en *X (Minors) v. Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633 en 730-741.

terizados como violaciones a los deberes de un sujeto jurídico<sup>23</sup> que ellos necesariamente cometen al comportarse ilícitamente. Como Tony HONORÉ ha observado<sup>24</sup>, el derecho penal impone sólo un deber, el deber de no cometer delitos. Esto puede sonar trivial, pero podría estar vinculado, de hecho, con la concepción del deber basada en roles. En un Estado justo y bien ordenado, es parte del deber inherente a la ciudadanía el de respetar el derecho que regula el orden público de la sociedad. Una persona fiel al derecho es una que se esfuerza en respetar las restricciones (o las «limitaciones externas») que impone el derecho penal.

Aparte de esto, el concepto de deber y de su infracción juega un rol significativo en dos aspectos más específicos del derecho penal, pues en algunas cuestiones de derecho penal la comisión de ilícitos penales presupone actuar con infracción de un deber que en sí existe con independencia del derecho penal. Así, por ejemplo, el hecho de que una persona omita cualquier intento de salvar la vida en riesgo evidente de otra no constituye en la mayoría de las jurisdicciones ni un asesinato ni un homicidio culpable. Pero suponen una excepción a esto los casos en que el primero tenía un deber de cuidado o de garante respecto del segundo, p. ej., como el padre respecto del hijo o si con anterioridad ha contraído voluntariamente tal deber. En el caso de la apropiación indebida, el hecho punible necesariamente envuelve la realización de un acto en infracción a deberes fiduciarios en conformidad a los que debió usarse la propiedad confiada sólo en beneficio de otro. Inversamente, actos que de otro modo constituirían la realización de un hecho punible en contra de las personas o de la propiedad se vuelven lícitos cuando se han realizados justificadamente en cumplimiento de un deber de derecho público o de derecho privado. E incluso cuando el acto va allá de lo exigido por el deber relevante, el hecho de haber sido realizado el acto con vistas al cumplimiento del deber puede constituir una circunstancia atenuante y puede, ejemplo, reducir lo que hubiera sido un homicidio calificado a otra forma menos grave de delito contra la vida.

Que el derecho penal y que la legislación de carácter penal y cuasipenal<sup>25</sup> suponen en un sentido trivial el deber de omitir acciones antijurídicas deja de ser trivial en conexión con el derecho de la responsabilidad civil. Como se ha visto, existe un derecho en conformidad al *common law* a obtener la reparación de cualquier daño causado por un acto de otro si es que tal acto supone la infracción de un deber que el agente tiene con respecto

---

<sup>23</sup> Un rol que vivir bajo el derecho impone a todas las personas es el de «sujeto jurídico» y esto es un rol que envuelve todos los deberes propios de una persona que es fiel al derecho. Compárese BANKOWSKI, 2001: 135-141.

<sup>24</sup> HONORÉ, 1977: 117-118.

<sup>25</sup> DEVLIN, 1965: cap. 2.

a la víctima y si la infracción del deber constituye una causa lo suficientemente próxima del daño inferido. Para este efecto, el deber puede ser tanto un deber creado por un acto legislativo o por legislación delegada más que uno derivado simplemente del principio discutido más arriba. Esto puede ser así aun cuando el texto legislativo sólo prevé de modo explícito que el incumplimiento de la exigencia legislativa constituye un delito o falta sujeta a la pena o sanción prescrita. En estos casos de «infracciones a deberes legislativamente establecidos» se vuelve una cuestión crucial determinar si el texto legislativo es puramente penal o puede ser concebido como imponiendo un deber cuya infracción puede dar lugar además a responsabilidad civil. En este punto resulta decisiva la intención del texto legislativo o la intención que es razonable imputar al legislador a la luz de las palabras del texto legislativo. Lo crucial es si la intención (en este sentido) consiste en obtener solamente algún beneficio o bien social determinado, o prevenir algún mal social, o además en procurar algún beneficio para los individuos afectados por el texto legislativo, u otorgarles algún tipo de protección para sus intereses o frente al daño. Cada vez que este elemento esté presente en la intención del texto legislativo, existe de acuerdo al *common law* un derecho a la reparación civil por infracción a los deberes que aquél impone<sup>26</sup>.

A la luz de todo esto, se podría afirmar que lo que es constitutivo del deber es la imposición de exigencias a las personas como portadores de roles, posiciones u oficios, no la presencia de ningún mecanismo sancionatorio directo o específico. En la medida en que los deberes jurídicos constituyen exigencias categóricas de hacer algo, ignorarlos o infringirlos es jurídicamente ilícito. En varias circunstancias tal comportamiento antijurídico puede dar lugar a sanciones diversas o producir de otro modo consecuencias jurídicas adversas. Pero lo que resulta esencial es la noción de que la exigencia es una parte constitutiva o definitoria de la posición, rol u oficio, o es aneja a las potestades que se otorgan. Las medidas sancionatorias corresponden a tipos especiales de ilicitud de tipos especiales de infracción; pero no son constitutivas del concepto de deber.

Esta concepción de «deber» resulta de alguna manera más restrictiva que la adoptada por los juristas que consideran como un deber a toda exigencia jurídica y a todo ilícito como la infracción de un deber. Pero, exactamente por la misma razón, es más fiel al lenguaje ordinario de los abogados. Otro aspecto de importancia es que no todo deber es impuesto por una regla jurídica como tal. Un deber particularmente importante, a saber, el deber general de cuidado, depende más bien de consideraciones fundadas en un principio general

---

<sup>26</sup> Véase nuevamente la ponencia de Lord Browne-Wilkinson en *X (Minors) v. Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633 en 731-732.

más que en alguna particular regla o reglas, a pesar de lo relevantes que éstas puedan resultar para especificar su contenido en ciertas instancias. A pesar de ser alguien que debe mucho de múltiples maneras al pensamiento de H. L. A. HART, pienso que no se debe aceptar la idea de que el concepto de deber jurídico puede ser explicado completamente en los términos de un conjunto de «reglas primarias» que «imponen deberes» en el sentido de Hart. El análisis de los sistemas jurídicos como simplemente sistemas de reglas «primarias» y «secundarias»<sup>27</sup> no resulta suficiente, como se verá en su debido momento.

## 5. DE LAS OBLIGACIONES Y LO OBLIGATORIO

El concepto de lo obligatorio puede ser tomado (como se ha visto más arriba) como el sentido inverso de lo ilícito. Si es ilícito *v*, entonces es obligatorio abstenerse de hacer *v*; y si es ilícito omitir *v*, entonces es obligatorio hacer *v*. Éstas son tautologías. Los conceptos de lo obligatorio y de lo ilícito son fundamentales para cualquier orden normativo y no son susceptibles de un análisis ulterior, si bien puede darse una explicación de ellos en el modo que se ha utilizado más arriba. El nivel primario del derecho es aquel en que se determina que determinados cursos de acción u omisión son ilícitos y antijurídicos o (para ponerlo en la forma inversa más simple) que ciertos cursos de acción u omisión son obligatorios. Como es de esperar, existe así toda una forma de hablar de acuerdo con la cual cualquier cosa que sea obligatoria constituye «una obligación» y que se está «bajo la obligación» de hacer o de no hacer todo aquello que el derecho categóricamente exija hacer o no hacer. Esta concepción de la obligación es quizás particularmente común entre los filósofos morales, muchos de quienes hablan acerca de la «obligación» en la ética para hacer referencia a cualquier cosa que sea moralmente obligatorio hacer para una persona. Tampoco esta difundida forma de hablar es desconocida para la teoría del derecho. HART, en un famoso pasaje, trata la distinción entre «verse obligado» (en el sentido de coaccionado bajo una amenaza o un peligro) y «tener una obligación» (cuando una regla exige a una persona la realización de alguna acción) como fundamental para la teoría del derecho. Correspondientemente, él algunas veces se refiere a las reglas que en su concepción constituyen el nivel primario del derecho como «reglas primarias de obligación»<sup>28</sup>.

De la mano de este sentido amplio de «obligación» está comúnmente asociado un sentido amplio del término «deber», conforme al cual «deber» y

<sup>27</sup> Véase HART, 1994: cap. 5; cfr. MACCORMICK, 1994b.

<sup>28</sup> HART, 1994: 84-88; cfr. HART, 1958: 68-75.

«obligación» se vuelven sinónimos intercambiables, que se distinguen sólo por preferencias establecidas en favor de fraseologías tradicionales. Sin embargo, existe un uso más especializado del término «obligación», uno que retiene cierta vitalidad en el discurso de la doctrina, especialmente en aquel discurso que recae sobre aquella rama o ramas del derecho privado conocida como el «derecho de las obligaciones». En este uso el término «obligación» simplemente traduce la expresión latina *obligatio*, que las fuentes romanas clásicas caracterizan como *vinculum iuris*, «un vínculo jurídico en virtud del cual uno puede verse en la necesidad de hacer o verse constreñido a dar o hacer algo» o (se podría agregar) no hacer una determinada acción o curso de acción. El texto de estudio estándar de derecho escocés durante el siglo XX observa que «contraer una obligación en el sentido más estricto del término... [constituye] un vínculo jurídico en virtud del que uno tiene un deber con respecto a un específico acreedor o conjunto de acreedores»<sup>29</sup>. En este sentido, una obligación es necesariamente un vínculo bidireccional entre personas, más precisamente, entre personas determinadas. Uno de estos lados es ocupado por el acreedor que tiene en principio discreción para demandar, o para remitir, o para dejar que prescriba, la exigencia de dar, hacer o no hacer aquello que el derecho impone a la otra parte, el deudor u *obligatus*. Esto supone una diferencia con el concepto de deber, que es un concepto que mira sólo a quien está en una determinada etapa, posición o rol, y que especifica que es lo que portador del rol deber hacer o debe omitir. Cuando un rol es intrínsecamente relacional, el contenido del deber constituye un lado de una obligación que vincula a las partes de una relación. Pero, como se ha visto, puede haber otros contextos en los que puede ser claro desde un principio que una parte es la destinataria de un deber, pero puede ser incierto si este deber se tiene con respecto a alguna otra parte determinada que pueda ocupar la posición de demandante en algún procedimiento judicial. Las obligaciones en este sentido constituyen una específica relación jurídica entre partes determinadas. En el capítulo siguiente se prosigue con la discusión sobre éstas.

---

<sup>29</sup> GLOAG y HENDERSON, 1987: para 3.3; así también en las previas ediciones; el original se encuentra, por cierto, en las *Institutas* de Justiniano (III.13.Pr).

## CAPÍTULO VII

### POSICIONES Y RELACIONES JURÍDICAS: DERECHOS Y OBLIGACIONES

#### 1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo comenzará a partir de la consideración de las «obligaciones» en el sentido de «vínculos jurídicos» o «*vincula iuris*», esto es, en el sentido envuelto en las discusiones del «derecho de las obligaciones»<sup>1</sup>. Tal vínculo une dos (o a veces más) personas jurídicas, una de las cuales tiene el derecho a que la otra haga o no haga algo, estando esta otra sujeta al correspondiente deber. Cuando las obligaciones son bilaterales, cada parte tiene derechos y deberes con los deberes y derechos correlativos que recaen sobre la otra —como cuando, en un contrato de compraventa, el vendedor debe entregar la cosa correspondiente al comprador, teniendo derecho a que se le pague el precio por ella, mientras que el comprador tiene el derecho a que se le entregue la cosa y tiene el deber consecuente de pagar el precio (y pueden existir además todo tipo de derechos y deberes auxiliares para cada parte tanto en virtud de los términos del contrato como en virtud del derecho general concerniente a las compraventas del tipo de cosas respectivo)—.

Habiendo examinado estas cuestiones, se procederá a considerar a los derechos en relación con los deberes, con la mirada puesta en mostrar

---

<sup>1</sup> Cfr. ZIMMERMANN, 1990: 1: «En cuanto tiene relación con la terminología romana, "*obligatio*" puede denotar el *vinculum iuris* visto desde cualquiera de sus extremos». Véase en general, ZIMMERMANN, 1990: 1-6 y compárese con la discusión institucionalista del asunto y de la aproximación de ZIMMERMANN en RUTTER, 2001: 112-113.

cuándo los derechos existen y cómo se correlacionan con los deberes, en particular en si envuelven necesariamente algún elemento de decisión o control sobre el cumplimiento del deber por otra de la persona. Los derechos pasivos a que algún otro haga o se abstenga de hacer se considerarán en primer lugar, luego se revisarán los derechos activos —lo que uno puede o no hacer por sí—. Finalmente se explicarán de una forma preliminar derechos más complejos como los del tipo envuelto en los instrumentos de derechos humanos.

## 2. EL «DERECHO DE LAS OBLIGACIONES»

Las obligaciones tienen necesariamente alguna extensión temporal. Ésta comienza con algún acto o hecho institutivo y continúa hasta el acaecimiento de algún hecho o acto terminativo, tal como el cumplimiento, la remisión expresa, su sustitución por otra obligación mediante acuerdo expreso («novación»), prescripción por el transcurso del tiempo, o (en algunos casos) la muerte de una u otra parte<sup>2</sup>. Son capaces de ser reificadas, esto es, de ser consideradas como una especie de cosa incorporal. Como tales pueden ser cedidas por el acreedor a un tercero y pueden ser transmitidas por causa de muerte o transferidas por declaración de quiebra de alguna parte, salvo el caso de las obligaciones que consistían en servicios puramente personales (por ejemplo, si A debe a B una determinada suma de dinero, B puede ceder a C el derecho al pago de A; o si B es declarado en quiebra, el síndico de la quiebra de B se vuelve automáticamente en el único habilitado para recibir el pago A en el plazo establecido).

Ha sido costumbre clasificar las obligaciones de acuerdo con la naturaleza del acto o hecho institutivo. Son «obligaciones voluntarias» aquellas que son instituidas por un acto de la persona que contrae la obligación. Tal acto es realizado típicamente con la intención real o presunta de crear la obligación jurídica en cuestión y normalmente determina en todo o en parte la naturaleza de la prestación, pago o abstención que será el contenido de la obligación. Las promesas que obligan unilateralmente requieren en muchos sistemas jurídicos de alguna formalidad (como un sello) para que sean constituidas como jurídicamente obligatorias, o requieren algún tipo especial de medio de prueba como puede ser un instrumento o documento escrito de algún tipo. Pueden resultar obligatorias bajo la condición de ser aceptadas por el destinatario o al menos bajo la condición de no ser rechazadas. Las obligaciones convencionales o consensuales son la clase más importante

---

<sup>2</sup> MACCORMICK, 1974: 102-105 y compárese con MACCORMICK, 1998: 332-336.

de obligación voluntaria. Éstas requieren de la voluntad de dos o más partes por la que consientan para un intercambio de derechos o para contraer obligaciones recíprocamente beneficiosas. Su contenido es determinado por la voluntad de las partes y por las disposiciones legales que establezcan las cláusulas forzosas o de la naturaleza, o la conducta exigida a las partes en contratos de determinado tipo. Los contratos son, por cierto, la especie más importante de obligación convencional o consensual<sup>3</sup>.

En contraste con estas obligaciones que se contraen por actos humanos voluntarios, es común distinguir aquellas obligaciones impuestas por el derecho sin considerar la voluntad o el consentimiento. Obligaciones no voluntarias son aquellas que son instituidas por el acaecimiento de un hecho legalmente determinado, tal como el nacimiento de un niño, del que emergen obligaciones parentales hacia el hijo. Hay obligaciones que pueden surgir como resultado de actos que no tienen la intención real ni presunta de crear una obligación. Por ejemplo, si alguien paga por error algo que no debe, el que recibe el pago contrae una obligación de restitución en favor de quien hizo el pago. Nuevamente, si una persona obtiene beneficios de otra, puede ser que el beneficiado contraiga una obligación no contractual a recompensar al benefactor por la utilidad recibida. Las obligaciones de reparación son las más importantes de la clase de las obligaciones no voluntarias. En aquéllas están envueltos tanto un acto, a saber, un acto voluntario ilícito o alguna infracción de un deber (por ejemplo, de un deber de cuidado) u obligación (por ejemplo, una obligación contractual), y un hecho, a saber, la causación de una lesión, daño o perjuicio a una persona diferente al agente. En estos casos el acto en cuestión puede que sea intencional, pero no necesita ser, ni característicamente es, un acto que tenga por propósito generar como consecuencia la obligación. Como se ha indicado más arriba, la realización de una lesión, daño o perjuicio cuya causa próxima sea el acto ilícito o la infracción al deber resulta esencial para la existencia de la obligación de reparar tal lesión, daño o perjuicio. La realización del daño puede tener lugar mucho tiempo después del acto que infringe el deber en cuestión. Por ejemplo, un producto negligentemente manufacturado puede estar en una tienda un buen tiempo antes de ser incorporado a una máquina que, a su turno, puede ser usada sólo después de un cierto espacio de tiempo y sólo sub-

---

<sup>3</sup> WALKER, D. M., 1979: 1-41; la diferenciación del «derecho de las obligaciones» respecto de otras áreas del derecho privado y la clasificación de las obligaciones en voluntarias, convencionales y simplemente legales [*obediential*] es más característica de la tradición civilista que la del *common law* angloamericano, pero la diferencia ha disminuido bajo la influencia de grandes académicos del *common law* versados en la tradición del derecho civil, tales como el desaparecido Peter BIRKS.

secuentemente se produce el daño<sup>4</sup>. Pasará normalmente un cierto tiempo entre que se comienza a distribuir en el mercado un fármaco teratogénico como la talidomida y el momento en que los doctores comiencen a prescribirlo a pacientes embarazadas. Algún tiempo adicional deberá transcurrir antes de que algún daño actual sea causado a un feto en desarrollo y ese daño puede ser que sólo sea conocido en el momento del parto. En este caso, como se ha notado antes, ninguna obligación de reparación surge sino hasta que el niño nace vivo<sup>5</sup>.

Algunas veces, al modo de una ficción, se ha dicho que en estos casos que la infracción al deber en sí ha ocurrido sólo con la realización de la lesión, daño o perjuicio, o con el niño, o con el momento en el daño latente se vuelve razonablemente identificable. Recurrir a tal ficción<sup>6</sup> puede resultar necesario para resolver dificultades debidas a alguna inadecuación en la legislación sobre prescripción de las acciones o para otros fines<sup>7</sup>. Pero sería preferible para una mejor estructura conceptual que esas inadecuaciones fueran solucionadas directamente por el derecho, a través, por ejemplo, de una mejor formulación de la legislación relevante. Pues, en rigor, lo que está sujeto a prescripción no es la infracción original al deber, sino la obligación de reparación que ésta da a lugar. Otra forma de expresarlo sería decir que la justa finalidad que la prescripción de las acciones pretende servir consiste en evitar que las personas se queden dormidas sobre las acciones que tienen para hacer valer sus derechos, esto es, sus derechos de reparación. La víctima debe ejercer su derecho a la reparación o abandonarlo dentro de un plazo razonable o prescribirá. Y el plazo que se establezca debe ser el mismo para toda persona que detente un derecho similar derivado de un daño similar. Pero el lapso que va desde que la infracción al deber fue realmente cometida por el agente y la realización del resultado lesivo puede ser variable. Por eso si el texto legislativo fija como momento a partir del que se cuenta la prescripción el de la infracción del deber, el derecho tiene que recurrir a una ficción para poder asegurar la esencial justicia del esquema legislativo.

Al reformular la cuestión de este modo alternativo hemos tenido que introducir el concepto de «derecho» en el presente discurso. Claramente,

---

<sup>4</sup> *Watson v. Fram Reinforced Concrete Co (Scotland) Ltd and Winget Ltd* 1960 SC (HL) 92 especialmente en 106-107.

<sup>5</sup> Scottish Law Commission, *Liability for Antenatal Injury* [Edinburgh: HMSO, 1973 Cmnd 5371 (Scottish Law Commission; N.º 30)].

<sup>6</sup> «Ficción» aquí hace referencia a la violación por el derecho de los criterios normales de aplicación de un concepto, que es adoptada con el objeto de obtener de mejor manera el fin propio de la ley.

<sup>7</sup> Un ejemplo apropiado lo constituye el *Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973* (cap. 52) s. 17.

la posición del acreedor de una obligación es exactamente la del titular de un derecho, de acuerdo con el análisis de los «derechos» defendido por teóricos del derecho tales como Wesley N. HOHFELD, Carl WELLMAN y muchos otros<sup>8</sup>. La otra parte, el deudor, debe al acreedor el pago o prestación a la cual éste tiene derecho. Aquí, ciertamente, es normalmente el caso que el acreedor está en una posición de elegir, de decidir si ejercer o no la potestad de exigir la realización de lo que se debe. Si se produce el incumplimiento, el acreedor tiene los derechos derivados a obtener reparación, permitiéndole ejercer acciones legales en contra del deudor. El acreedor normalmente decidirá libremente si ejercer o no tales derechos a reparación en caso de incumplimiento. De acuerdo con la extendida tradición doctrinaria, la idea misma de un «derecho» descansa en la existencia de tales opciones. Éstas entregan a la voluntad o control del acreedor la cuestión de si exigir o no la realización o el cumplimiento ya sea de la obligación primaria o, si ésta es incumplida, del deber reparatorio secundario. Las teorías que identifican el concepto de derecho con este tipo de «potestad sobre el deber» han sido llamadas las teorías de la «decisión», de la «voluntad» o del «control». Esto es algo que debe ser considerado con mayor profundidad, en una reflexión más extendida sobre el concepto de derecho.

### 3. DE LOS DERECHOS EN GENERAL Y EN RELACIÓN CON LA CONDUCTA

Los derechos necesariamente pertenecen, o son atribuidos, a las personas. Se atribuyen a las personas en razón de la presencia de alguna característica (por ejemplo, es una de las partes de un contrato o es una víctima que sufrió un daño ilícitamente inferido) que vuelve apropiado imponer a otra persona una exigencia en favor de la primera. Los derechos son, así, normalmente posiciones de ventaja o beneficio que el derecho asegura a las personas<sup>9</sup>. Un tipo de beneficio o utilidad es propio del contexto de las obligaciones, en el que una parte tiene que dar algo, o realizar alguna prestación u omitir algo en favor de la otra. Más en general, las exigencias jurídicas que recaen sobre el comportamiento de una persona tienen su sentido principal en la protección de otros respecto de algún daño o desventaja, o como reconocimiento de alguna otra característica que respalda una restricción

<sup>8</sup> HOHFELD, 1919; WELLMAN, 1985: 102-105; véase además WELLMAN, 1995; considérese además, por ejemplo KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998; STEPANIAN, 2005; RAINBOLT, 2006.

<sup>9</sup> El argumento para esta concepción general deriva de MACCORMICK, 1977 y MACCORMICK, 1982c: 161-181.

en el actuar de una persona como «restricción justificada»<sup>10</sup>. Infringir esta exigencia no sólo es algo ilícito en abstracto, sino que es ilícito con respecto a la persona o personas particulares afectadas. Cuando una parte debe actuar o abstenerse de actuar de algún modo y el incumplimiento de esto constituye un ilícito en contra de la persona afectada, ésta última tiene derecho a que la primera no actúe de esa manera. Una tiene un derecho y la otra el deber correspondiente.

La teoría de la «decisión» mencionada más arriba define un derecho como la facultad o potestad que el derecho confiere a alguien en virtud de la cual puede decidir discrecionalmente sobre los deberes de otro<sup>11</sup>. Esta aproximación, sin embargo, parece errar al definir como una parte esencial de los derechos en sí algo que es normalmente accesorio a los mismos. Puede hacerse una iluminadora analogía con el caso de aquellas teorías de la personalidad que sostiene que no es adecuado adscribir personalidad jurídica a entidades que, tales como los niños muy pequeños, carecen del todo de capacidades activas. En el capítulo 5 se presentaron los argumentos que muestran por qué tales teorías sobre la personalidad jurídicas deben ser rechazadas.

Considérese el caso de un médico que negligentemente causa una lesión grave que provoca alguna discapacidad permanente a niño de un mes de vida. En tal caso, el derecho concede dos acciones de reparación diferentes en contra del médico. Por una parte, los padres, quienes incurrirán tanto en costos extras en la crianza y cuidado del niño como sufrirán dolor por la discapacidad de su niño, tendrían derecho a obtener la indemnización del daño pecuniario y a cualquier compensación que el derecho otorgue para el daño moral o no patrimonial —«*solatium*» en la terminología civilista. Por otra, debería pagarse además una compensación en relación con el niño por el daño que se le ha causado y *solatium* por el dolor y el sufrimiento, así como por la pérdida de las oportunidades de disfrutar la vida. Pero estas compensaciones no son sólo «en relación con el niño» —esta frase caracteriza mejor los derechos de los padres a la reparación por sus perjuicios y por el sufrimiento *en relación con* su hijo, en tanto objeto de sus obligaciones y afectos—. Uno podría obtener una compensación similar en relación con los animales domésticos de uno o aun en relación con un terreno o inmueble

<sup>10</sup> Se adapta aquí el concepto de «restricción justificada» [*justified constraint*] de RAINBOLT, 2006. El trabajo de RAINBOLT apareció publicado sólo un poco antes de que el presente trabajo fuera enviado a la imprenta, por lo que puede que sea algo apresurada la consideración de que su concepto de «restricción justificada» es susceptible de ser adaptado para los presentes fines.

<sup>11</sup> HART, WELLMAN y otros favorecen la noción de la decisión, o de la «potestad sobre el deber», o dominio; STEPANIANS, 2005 los denomina, «teorías del control» dado que según su explicación todas tienen en común que insisten en alguna forma de «control» ejercida por el titular del derecho.

que a uno le pertenece. No. Estas indemnizaciones y *solatium* se deben *al* niño, y deberán ser percibidas en representación del niño. Tienen por objeto compensar al niño en su propio interés no como base para compensar el sufrimiento de otro. Ellas serían ininteligibles si no fueran entendidas como un derecho *del* niño a obtener reparación por el daño. Más aún, quienquiera que tenga bajo su responsabilidad el cuidado del niño tiene el deber de perseguir cualquier derecho de reparación disponible —ésta no es una cuestión plenamente discrecional, como en el caso en que uno decide acerca de si hacer valer o no los propios derechos—.

Tal como se discutió antes, no se debe reparación alguna a menos que se trate de perjuicios, etc., que hayan sido causados por actos u omisiones que constituyan una infracción a un deber relevante. ¿Pero qué hace a un deber relevante? Sólo puede ser relevante el deber que se tiene *hacia* (no solamente el que se tiene en relación con) la parte cuyos daños son supuestamente indemnizables jurídicamente. Es lógicamente absurdo suponer que este deber puede tenerse *hacia* X sin que sea el caso de que X tenga un derecho, a saber, el derecho a ser tratado de modo que se tenga un cuidado razonable de no inferirle un daño de este tipo. Así, al menos pasivamente, X debe ser considerado aquí como titular de un determinado derecho; y X en tanto titular de un derecho es necesariamente también una persona jurídica.

Decir esto supone enfatizar nuevamente lo significativas que resultan las capacidades pasivas de las personas, que son ciertamente nada más que capacidades para ser titulares de derechos pasivos. Lo que hace inteligibles a los derechos pasivos es esto: que aun cuando una entidad dada sea incapaz para realizar actos jurídicamente relevantes (si bien actos de otros pueden serle imputados) puede ser reconocida como titular de intereses que es ilícito lesionar y que es ilícito no respetar. En tanto que víctimas, aunque no (o no todavía) como agentes, estos entes están bajo la protección del derecho. El respeto por estas personas en casos como éstos se cumple mediante el reconocimiento de varios bienes como bienes de estas personas y el aseguramiento de que estos bienes recibirán la debida atención. Esto se hace, en el nivel más básico, por medio del otorgamiento de la calificación de acto jurídico ilícito a cualquier acto que sea pernicioso de un modo sustantivo para el bien de la persona. Este acto ilícito es ilícito porque ofende a la persona afectada y esto constituye una parte significativa de lo que lo hace ilícito, aun si al mismo tiempo cuenta además como un hecho punible, sea como delito o falta.

Lo que en ocasiones hace que una concepción como ésta aparezca como poco convincente es que los derechos parecen ser inertes e inútiles cuando falta la aptitud para hacerlos valer frente a su violación. A esto, sin embargo, se puede replicar simplemente que por eso el sistema jurídico contiene disposiciones en virtud de las que los padres, guardadores, y similares —per-

sonas dotadas de plena capacidad (activa)— son habilitados para hacer valer jurídicamente los derechos en representación de las personas que carecen de la necesaria capacidad activa. Las obligaciones de reparación debidas a menores (y otras personas con capacidad restringida) son exigibles a instancias de quienquiera) tenga el rol tutelar correspondiente; y la indemnización que se obtenga tendrá que ser percibida fiduciariamente para ser invertida o utilizada en beneficio de la persona con capacidad restringida. Lo que esto muestra, en todo caso, no es que el *incapax* carezca de derechos, sino que muestra que especiales medios han de ser usados para hacer efectivos los derechos del *incapax*. No obstante, cuando tales medios son usados, la idea de que esos derechos son inertes e inútiles es evidentemente falsa.

Los defensores de la teoría del control toman esto en favor de su concepción. Sostienen que esto demuestra que lo que es realmente constitutivo de un derecho es la existencia de una potestad para hacerlo valer bajo la discreción de quien lo está haciendo valer<sup>12</sup>. La debilidad de esta concepción es, simplemente, que las potestades en cuestión son potestades *para hacer valer los derechos de alguien* (como algo distinto de, por ejemplo, potestades para perseguir ilícitos por su carácter delictivo). No debieran ser consideradas como constitutivas de aquello respecto de lo que son accesorias. El hecho de que un automóvil se vuelva prácticamente inútil si no tiene combustible en el estanque, no hace del combustible algo constitutivo de los automóviles; el hecho de que los derechos serían prácticamente inútiles sin medios para hacerlos valer no hace de éstos algo constitutivo de los derechos. No obstante, los derechos que carecen de medios para hacerlos valer bien pueden ser considerados como derechos radicalmente «imperfectos», en todo caso, en tanto derechos jurídicos. Esto es algo que apunta en favor de la teoría del control. Por eso es que, a fin de cuentas, para poder lograr una plena comprensión quizás se deba mirar a las dos teorías, aun cuando la teoría del beneficio es más fundamental, y ambas podrían subsumirse para aquello que valen dentro de la «teoría de la restricción justificada», de acuerdo con la cual cualquier exigencia impuesta a alguien en favor de alguna característica o atributo significativos poseídos por otro genera en el sentido relevante un deber que se debe hacia otro<sup>13</sup>. Los derechos son posiciones jurídicas de un tipo generalmente beneficioso, que vienen a ser protegidas por medio de derechos de reparación y de potestades para hacerlos valer. En el caso de las personas con plena capacidad activa, los derechos y potestades son deten-

<sup>12</sup> C. WELLMAN recientemente ha afirmado esto de la siguiente manera: «Me parece que un derecho jurídico es concebido de mejor manera como sistema de posiciones jurídicas hohfeldianas que confieren dominio al titular del derecho ante una segunda parte en alguna potencial confrontación» (WELLMAN, 2005: 83). Sobre el «dominio» en su sentido estricto referido a la propiedad, véase *infra* capítulo VIII.

<sup>13</sup> RAINBOLT, 2006: 147-15.

tados por la misma persona, pero en otros casos las potestades pueden ser detentados en representación del titular del derecho por otras personas privadas o por funcionarios públicos, en ejercicio de un rol tutelar. El ejercicio de este rol tutelar, en la medida en que envuelve algún grado de discreción, debe orientarse por el mejor interés del titular del derecho. Dicho rol no puede ser ejercido con libertad por quien lo detenta.

En todo caso, es indudablemente cierto que el debido respeto en el caso de cualquier agente racional autoconsciente incluye el reconocimiento como persona capaz de actuar. Una parte de la ofensa que se le infringió históricamente a los esclavos y (sólo que de forma menos agravante) a la mujer consistió precisamente en el no reconocimiento total o parcial de tal capacidad o el no reconocimiento de ésta en gran parte. Entre los bienes más básicos de la personalidad está el de ser reconocido como ser capaz de actuar responsablemente. Esto muestra la importancia de las disposiciones jurídicas que confieren facultades ya sea que simplemente reconozcan la agencia libre y responsable o que habiliten adicionalmente para poder participar y llevar a cabo válidamente transacciones legales. Estas disposiciones son correctamente identificadas como disposiciones que otorgan derechos. En este sentido, ciertamente, la teoría de la decisión identifica correctamente una característica central de los derechos que pertenecen a personas dotadas de plena capacidad. Pero yerra todavía en que confunde la parte con el todo en la medida en que ignora el aspecto pasivo de los derechos incluyendo aquellos que son de titularidad las personas dotadas de estatus y capacidad plenos. Resultaría ser pickwickiano suponer que el derecho a la vida de un adulto sano está constituido por la potestad para exigir (o liberar) la reparación en el caso de actos ilícitos que causan la muerte. ¿O se piensa que no existía derecho a la vida en los días en que gobernaba la máxima *actio personalis moritur cum persona* («la acción personal muere con la persona»), y ningún derecho a reparación podía ser incorporado en el patrimonio de la persona ilícitamente muerta y que sea de ese modo transmitido a sus sucesores?

La discusión de los aspectos pasivos y activos de los derechos indica que los derechos siempre pueden ser considerados como algo que dice relación con el comportamiento. Pueden tener relación con la conducta de personas distintas al titular del derecho y aquí los derechos asumen una forma pasiva: derechos a ser tratados de ciertas maneras y a no ser tratados de ciertas otras. Algunos derechos de este tipo han sido denominados derechos «*sensu stricto*», o «exigencias», o «derechos-exigencia», o «derechos de recepción»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Hohfeld prefiere «derechos *sensu stricto*»; sobre los «derechos-pretensión» [*claim-rights*], véase KAMBA, 1974: 249; sobre los «derechos de recepción» [*rights of recipience*] véase RAPHAEL, 1967: 54-67.

De entre estos, actualmente «derecho-exigencia» predomina en la discusión, si bien se le han hecho ciertos reparos<sup>15</sup>. Se va a mantener este uso, sin dejar de insistir que, en verdad, lo que está envuelto aquí realmente es un derecho puramente pasivo, al cual vienen asociados normalmente derechos activos de reparación y otros derechos activos que se reconocen al titular del derecho-exigencia respectivo, si tiene plena capacidad, o a un sustituto que puede ejercerlos en su nombre, en caso contrario. El argumento es que un derecho como éste es un derecho para que otra persona actúe o se abstenga de actuar en una determinada forma con respecto al titular del derecho. Para la otra persona resulta obligatorio, necesariamente, realizar u omitir el acto correspondiente. Pero no es necesariamente el caso de que el otro relevante sea determinado cada vez que un derecho de este tipo<sup>16</sup> es otorgado a una persona. Por ejemplo, bajo la ley de sucesiones escocesa de 1964, los hijos en una sucesión intestada tienen desde la muerte del causante un derecho a una cuarta parte de sus bienes transmisibles. Este derecho deberá ser respetado en su momento por quien haga la partición de la bienes de la sucesión. Pero hasta el momento en que un partidador sea debidamente nombrado, no hay individuo alguno para el que sea obligatorio dar a los hijos su parte en los bienes de la sucesión. En el caso de que no se haya nombrado ningún partidador (en las sucesiones parcialmente intestadas puede muy bien haberse nombrado un partidador), cualquiera de los asignatarios, si son mayores de edad y tienen plena capacidad, están habilitados para buscar ser nombrados como partidadores y con ello adquirir el deber de asegurar la debida distribución de los bienes de la herencia entre todos los asignatarios<sup>17</sup>.

Se suele sostener que los derechos pasivos siempre tienen deberes «correlativos»<sup>18</sup>. Pero el ejemplo que se acaba de dar muestra por qué una tesis sobre la correlatividad como ésta debe ser tomada con cuidado. Algunas veces, cuando los derechos son otorgados por la legislación a personas que satisfacen ciertas condiciones calificadas, se debe concebir la imposición de los deberes sobre los otros relevantes como una consecuencia de la atribución del derecho. En otros casos, es la prohibición general de una cierta clase de comportamiento —por ejemplo, conductas que intencional, negligente o imprudentemente ponen en riesgo la vida de otros— lo que

<sup>15</sup> WHITE, 1984 y compárese con HALPIN, 1997: 97-100.

<sup>16</sup> M. Kramer se opone a esta identificación de un derecho de «este tipo» como efectivamente un derecho-exigencia hohfeldiano. Tal vez debiera ser considerado un derecho similar a los derechos complejos que se discuten en la sección 4 del presente capítulo. Véase KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 28-29.

<sup>17</sup> RAINBOLT, 2006: 143 sugiere que me dejé llevar «por un camino equivocado al no individual los derechos tan finamente como deben serlo». Mi respuesta está explicitada suficientemente en el siguiente párrafo del cuerpo principal del texto.

<sup>18</sup> Véase HOHFELD, 1919; STEPANIANS, 2005; RAINBOLT, 2006: 28-29.

conlleva la existencia de un derecho general de las personas a no morir como consecuencia de actos intencionales, negligentes o imprudentes de otros. Y en ocasiones, cuando los textos legislativos imponen deberes, se vuelve una cuestión de intensa investigación la determinación de si el propósito del texto legislativo, entendido apropiadamente, era conferir derechos además de imponer deberes. Lo que es esencial para la existencia de un derecho pasivo («derecho-exigencia») es la exigencia previa o resultante de que una clase de individuos o un individuo actúe o se abstenga de actuar en favor del titular de tal derecho. Es de esta manera que los derechos pasivos pueden ser entendidos como derechos que tienen relación con la conducta, porque deben estar relacionados con el carácter obligatorio de actos o abstenciones de otros. Normalmente esto resultará necesario para asegurar algún bien o interés del titular del derecho, o quizás, alguna otra cualidad del carácter o situación de la persona que se considera suficiente como justificación para la imposición de una restricción determinada a otro. Además, son relacionales en el sentido de que alguna otra persona o personas se ven o verán sujetas al deber de hacer o no hacer algo en favor del titular del derecho.

Para resumir los puntos que hasta aquí se han adoptado: las «obligaciones» son relaciones entre personas, una de las que tiene un derecho a que la otra haga algo, mientras que esta otra tiene un deber para con la primera. En este contexto los derechos y las obligaciones son atributos relacionales, que se refieren a algunas de las partes de la relación obligacional. En caso de las obligaciones bilaterales, como sucede en muchos contratos, *A* tiene tanto derechos contra *B* como deberes hacia *B*, mientras que *B* tiene derechos correlativos a los deberes de *A* y deberes correlativos a los derechos de *A*.

Hay otro modo en el que los derechos pueden relacionarse con el comportamiento. Esto sucede cuando éstos tienen relación con la conducta del propio titular del derecho. Derechos a hacer y derechos a no hacer algo, derechos para actuar o no según uno quiera, son tipos obvios de tales derechos activos<sup>19</sup>. La forma más simple de derecho activo corresponde a lo que en ocasiones es denominado una «libertad», o (con W. N. HOHFELD) un «privilegio» o un «derecho a la acción» (siguiendo a D. D. RAPHAEL, aunque esto envuelve el riesgo de crear confusiones en el ámbito jurídico)<sup>20</sup>. Esencial para la existencia de un derecho como éste es la posesión de capacidad-responsabilidad y la ausencia de alguna disposición jurídica que haga obligatorio abstenerse de la conducta en cuestión, o la existencia de una exención específica de tal disposición. Mi derecho a abstenerme de *v* supone como condición que no sea para mí obligatorio hacer *v*. Mi derecho a hacer *v* supo-

<sup>19</sup> Cfr. DALGARNO, 1984: 13-31.

<sup>20</sup> RAPHAEL, 1967.

ne como condición que no sea para mí obligatorio omitir *v*. En ambos casos, la posesión de capacidad-responsabilidad es condición para que tenga sentido la adscripción de tal derecho-libertad. Tratándose de instancias dadas de un derecho a *v*, puede ser necesario satisfacer condiciones y cualificaciones adicionales para que *yo* tenga derecho *v*; así, *mi* derecho a recibir visitas en un edificio particular.

Se ha sostenido en ocasiones que el derecho no confiere un derecho a *v* en ningún sentido, si se trata sólo de que el derecho no se refiere para nada al asunto en cuestión<sup>21</sup>. Esto supone la ausencia de toda exigencia jurídica de sentido opuesto, por lo que omitir *v* no es ilícito. Para decirlo de otro modo «no está mal» hacer *v*. El derecho escocés no contiene ninguna provisión acerca de nada que tenga relación con estar en la luna, no lo prohíbe ni lo promueve. ¿Puede decirse sobre esta base que el Sr. Neil Armstrong tiene bajo el derecho escocés un derecho respecto de la luna y puede caminar en ella a voluntad? ¿Si tiene tal derecho, en qué sentido puede decirse que el silencio de este sistema jurídico implica «asegurar» un «bien» al Sr. Armstrong o a cualquier otra persona? La concepción ofrecida al inicio de esta sección parece tropezarse con ciertas dificultades.

Estas objeciones ignoran, sin embargo, algunas cuestiones de cierta importancia. Primero, que el reconocimiento a una persona de capacidad activa es una condición previa de cualquier cosa que pueda ser considerada como un acto jurídicamente cognoscible de cualquier tipo. Es innegable que este reconocimiento de la capacidad activa es una cuestión de derecho positivo, por lo que en realidad no hay un completo silencio en la materia. La cuestión del reconocimiento puede aparecer, por ejemplo, cuando se presenta el problema de si los actos de quien no es ciudadano cuentan del mismo modo que los de un ciudadano. Esto resulta importante sobre todo en el contexto de la discusión de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados. Además, ignoran que cualquier acto puede ser objeto de litigio en algún tribunal. Si se piensa en que alguna persona excéntrica podría presentar una demanda de indemnización de perjuicios en contra del Sr. Armstrong en una corte escocesa por usurpación de la luna, la ausencia de toda prohibición implica un derecho (pasivo) de Mr. Armstrong a que la acción en su contra sea declarada inadmisibile por la corte escocesa. Y es precisamente este derecho pasivo el que le «asegura» a él que —en lo que respecta al derecho escocés— si él así lo quiere puede aterrizar en la luna y caminar por ella cuanto le parezca<sup>22</sup>. Algo similar ocurre en casos menos extravagantes y triviales.

<sup>21</sup> Cfr. RAINBOLT, 2006: 6-17.

<sup>22</sup> A Halpin arguye que la existencia de algún tipo de derecho pasivo asociado es lo que hace que siempre sea adecuado conceptualizar la mera ausencia de un deber como un caso de derecho activo (HALPIN, 1997: 261). Cfr. RAINBOLT, 2006: 30-34.

La responsabilidad de una persona plenamente capaz por la que puede ser juzgada y sancionada por un acto ilícito se armoniza perfectamente con su derecho a hacer todo cuanto no esté prohibido (como, en el caso inverso, a abstenerse de hacer todo cuanto no sea obligatorio hacer en conformidad a las reglas y principios jurídicos). La protección que el derecho otorga y debe otorgar aquí es el derecho a obtener una sentencia favorable cada vez que un acto determinado sea calificado equivocadamente como ilícito. Más aún, el derecho otorga y debe otorgar la capacidad activa (capacidad-responsabilidad) precisamente en tanto que uno es capaz para tener y para ejercer derechos activos, y para hacerlos valer como tales cuando corresponda.

Cualquiera que sea el verbo que se sustituya por *v*, entonces, se tiene el derecho a hacer *v* o el derecho a omitir *v* bajo la condición de que no sea jurídicamente obligatorio abstenerse de *v* o hacer *v* respectivamente. Lo que no se sigue, por cierto, es que todo lo que uno haga en ejercicio de los derechos activos de los que se es titular sea apropiado o admirable en términos morales o, incluso, legales. Una parte del sentido de insistir en la existencia jurídica de derechos activos es que ellos crean un área de discreción personal dentro de la que a uno no se le pueden exigir explicaciones por hacer cosas que algún otro considere indeseables. Por cierto, uno no tiene por qué dar explicaciones por hacer algo que es obviamente indeseable cuando se trata de algo que claramente no está prohibido jurídicamente<sup>23</sup>. Lo que es esencial es que no haya exigencias en contrario. En algunos casos, puede ser del todo compatible con tener el deber de hacer lo que a uno no se le exige no hacer. No es para nada una verdad trivial que uno puede y debe tener un derecho a hacer todo lo que uno tiene el deber de hacer. Se debe advertir, sin embargo, que esto vale en la medida en que mi deber en este caso no sea superado o cancelado por una exigencia superior. Un soldado no tiene derecho a cometer un homicidio incluso cuando su oficial superior se lo ordena. Pues en este caso el deber de obedecer las órdenes de los superiores es cancelado por el deber prioritario de respetar los derechos humanos. Dado que el desempeño de un cargo viene normalmente rodeado de un cierto honor o distinción, no es para nada sorprendente escuchar a las personas hablar frecuentemente, en el contexto del cumplimiento de los deberes del cargo, acerca de lo que es su «derecho y deber» hacer o — más comúnmente quizás — decir.

Más aún, cuando *v* es un verbo que hace referencia a alguna transacción legal o acto jurídico, se dice apropiadamente que se tiene un derecho a hacer *v* sólo si uno es jurídicamente la persona (o una persona) con poder o

---

<sup>23</sup> Jeremy Waldron en su introducción a WALDRON, 1985 desarrolla un argumento similar al sostener que, moralmente, tener un derecho a hacer algo sería una idea vacía si es que no hiciera posible actuar de un modo moralmente ilícito sin estar jurídicamente sujeto a tener que dar explicaciones por ello.

autoridad para hacer *v*, mientras uno no infrinja ningún deber actuando de ese modo. (Debe observarse que ciertas formas de ejercer potestades pueden ser válidas pero ilícitas. Por ejemplo, *A* habiendo celebrado válidamente un contrato de compraventa sobre un inmueble con *B*, procede a vender con posterioridad a *C* el mismo inmueble, actuando *C* de buena fe y sin tener conocimiento del derecho previo de *B*. Aquí *A* actúa ilícitamente respecto de *B*; pero el contrato, si bien no está lícitamente celebrado, es válido y eficaz en favor de *C*. Pueden ocurrir otros casos de compraventas en los que una persona tiene potestad para enajenar la propiedad de ciertos bienes sin tener el derecho a venderlos, p. ej., por haberlos adquiridos mediante fraude y, por tanto, a través de un título anulable<sup>24</sup>. Esto es suficiente para mostrar que las potestades no son en sí derechos, si bien uno sólo puede tener un derecho a ejercer una potestad en la medida en que uno sea titular de esa potestad y en la medida en que el ejercicio en cuestión no sea por alguna razón ilícito).

La idea de «estar en mi derecho» al hacer o mientras se hace algo es propia de los derechos activos. Mientras uno ejerza las potestades que detenta observando todas las condiciones y exigencias hipotéticas que rijan el ejercicio de la potestad, y mientras no incurra en ilícito alguno, entonces uno «está en su derecho». Esto fue lo que se dijo, por ejemplo, de Sir Stephen Gatty cuando exigió la ejecución de su bono en contra de MacLaine sobre sus propiedades en Lochbuie, Mull, mientras éste se encontraba en servicio activo en las trincheras de Flandes. «Confieso que me parece un caso difícil» —dijo Lord Dunedin—<sup>25</sup> «pero en mi opinión los ejecutantes están en su derecho». Lord Atkinson dijo de modo similar: «No me parece [...] que la conducta de Sir Stephen Gatty sea laudable, pero no puede, en todo caso, ser privado de sus derechos»<sup>26</sup>. Esto se relaciona con lo dicho más atrás, en la primera sección del capítulo anterior, cuando se argumentaba que el derecho se ocupa primariamente de establecer las exigencias mínimas de conducta más que de los niveles más altos o incluso mediocres de lo que es «laudable». El que uno se vea libre de la coacción del derecho y pueda ejercer los propios derechos mientras no incurra en ilícito alguno, aunque no logre actuar de un modo digno de alabanzas, constituye la protección de un bien humano de la mayor importancia.

¿Cuál es la relación que existe entre el concepto de derecho activo y «estar en mi derecho» de actuar, y los conceptos de «ser libre» [*freedom*], «tener una libertad» [*liberty*] o «privilegio» con los que han sido identificados alguna vez? Hablando en términos normativos, uno ciertamente puede usar la idea de

<sup>24</sup> Cfr. RAZ, 1972 sobre ejercicios válidos aunque ilícitos de potestades.

<sup>25</sup> *Gatty v. MacLaine* 1921 SC (HL) 1 en 10.

<sup>26</sup> 1921 SC (HL) 1 en 11.

«soy libre de hacer v» en un sentido prácticamente equivalente al de «tener el derecho a hacer v». Uno no es libre de hacer (en conformidad al derecho, a la moral o a cualquier estándar normativo que use para juzgar) todo aquello que no tengo derecho a hacer; esto es, todo lo que es obligatorio para uno o se me exige no hacer. Ser libre de hacer v, consecuentemente, depende completamente de la ausencia de una exigencia en contrario y no entra en este concepto ningún elemento de potestad. Lo que soy libre de hacer no es lo mismo que lo que soy capaz de hacer y viceversa. Algunas veces se usa «tener la libertad de hacer v» [*being at liberty to v*] de modo idéntico a ser libre de hacerlo. Pero «tener libertad» [*liberty*], en contra de la opinión de Glanville Williams<sup>27</sup>, normalmente implica un elemento de opción, incluso en el derecho. Tener la libertad de hacer v exige ser libre tanto de hacer v como de no hacerlo según a uno le parezca. Más aún, tanto «ser libre» como «tener libertad» tienen importantes sentidos no normativos. Las restricciones jurídicas son un tipo importante de limitación, pero existen otros, tales como la coacción o cautividad física o psíquica. Ser libre o tener libertad *sans phrase* implica la ausencia de la actualidad de coacción o cautividad y también la ausencia de la amenaza de éstas. (Que a uno lo dejen) ser libre o tener libertad también puede ser objeto de un derecho pasivo fundamentalmente importante. El uso de «libertad» en una pluralidad de sentidos, algunas veces como el nombre para un derecho activo y algunas como el objeto de un derecho pasivo, implica inevitablemente el riesgo de generar confusión y, por tanto, aquí no es recomendado.

En cuanto a «privilegio», su uso también resulta confuso cuando se le utiliza sólo para hacer referencia a un derecho activo *simpliciter*. Los privilegios, como lo ha destacado Alan R. WHITE<sup>28</sup>, son posiciones de especial ventaja o favor, el contenido de una disposición jurídica especial para personas que se encuentran en una posición especial. Algunos privilegios constituyen efectivamente exenciones respecto de deberes jurídicos, como en el caso de privilegios absolutos o calificados respecto de la difamación, o en el caso de privilegios probatorios, por los que uno tiene el derecho a abstenerse de proporcionar evidencia cuya presentación es normalmente compulsiva. Pero hay otros privilegios, tales como algunos de los privilegios de cada cámara del Parlamento inglés y sus miembros, que están constituidos al modo de derechos pasivos excepcionales. La violación de estos privilegios parlamentarios constituye la infracción de un derecho con la consecuente exposición a sufrir un castigo o deber la correspondiente reparación.

Es una cuestión discutible si los derechos activos tienen o no correlativos. HOFELD, quien analizó el presente tópico en términos de relaciones de

<sup>27</sup> Véase WILLIAM, 1968:121-140.

<sup>28</sup> WHITE, 1984: capítulo 11.

persona a persona, supuso que para todo individuo *A* que tiene privilegio para *v*, existe necesariamente otro individuo *B* que tiene un no-derecho para que *A* se abstenga de *v*<sup>29</sup>. Esto supone el malentendido de que todo atributo posicional siempre constituye uno relacional. Necesariamente, si alguien tiene un derecho a que *A* se abstenga de hacer *v*, es ilícito para *A* hacer *v*, y si es ilícito para *A* hacer *v*, entonces, *A* no puede tener derecho a hacer *v*. Esto podría expresarse diciendo que *A* tiene «un no-derecho a hacer *v*». Así, de modo inverso, si *A* tiene un derecho (activo) a hacer *v*, nadie puede tener un derecho (pasivo) a que *A* se abstenga de hacer *v*. Pero decir que nadie tiene un derecho como éste es algo claramente diferente de adscribir a cada uno o a cualquier *B, C, D, ... X, Y, Z, etc.*, un distinto «no-derecho» a que *A* no haga *v*. Los usos jurídicos que violenten el sentido común propio del lenguaje ordinario sólo deben ser aceptados cuando se obtiene con ellos una ganancia notable en claridad conceptual. Esto no puede estar más lejos de ser el caso.

Para recapitular una observación anterior, debe destacarse que los derechos pasivos pueden venir acompañados de derechos activos de decisión. En el caso de personas dotadas con plena capacidad activa, es normalmente el caso de que cuando se es titular de determinados derechos pasivos también se es titular de los derechos activos correspondientes. Pues uno es libre para decidir de modo completamente discrecional si va a exigir o no que otros respeten los derechos pasivos de los que uno es titular. De modo similar, cuando se infringe un determinado derecho, normalmente es una cuestión que se deja a la libre decisión del titular la de si exigir al ofensor la correspondiente reparación o simplemente dejar pasar el asunto. Si el titular del derecho decide exigirla y esta exigencia es rechazada o ignorada, uno tiene el derecho y la potestad para interponer acciones legales ante un tribunal para que imponga la responsabilidad jurídica correspondiente. Aquí volvemos a las cuestiones que suelen destacar los defensores de la teoría de la decisión, que sostienen que los derechos pasivos no son realmente «derechos» a menos que vengan protegidos por derechos activos para hacerlos valer jurídicamente. El error de esta concepción ya ha sido expuesto. Es importante, sin embargo, tener en cuenta el amplio conjunto de derechos activos y potestades (véase capítulo IX) que es necesario para otorgar plena eficacia a los derechos pasivos. En el caso de personas con capacidad activa restringida, y con mayor razón en el caso de personas que sólo tienen capacidad pasiva, resulta esencial la existencia de disposiciones jurídicas que prevean la existencia de guardadores u otros agentes substitutos que estén legalmente dotados de la potestad para hacerlos valer jurídicamente

---

<sup>29</sup> HOHFELD, 1919: capítulo 1.

en representación de la persona incapaz. Éstos tienen que tener el derecho y el deber de intervenir y ejercer sus potestades para asegurar que se tomen las medidas adecuadas para el resguardo de los derechos las personas incapaces. Desde un punto de vista jurídico, los derechos pasivos que carecen de potestades para hacerlos valer, sea detentada por el titular del derecho o por algún otro en su representación, serían apropiadamente clasificados como «derechos imperfectos».

En relación con la teoría de la decisión, se debe reflexionar también acerca de la posibilidad de los comúnmente denominados «derechos inalienables». Una característica altamente significativa de los órdenes normativos en los que los derechos son tomados en serio consiste en que el titular no puede ser privado de aquello que es objeto de protección jurídica sin su libre consentimiento o sin el acaecimiento de excepcionales circunstancias<sup>30</sup>. Esto depende de la inexistencia de potestades que permitan a otras personas, incluidas a aquellas que detentan cargos públicos, privar al titular del derecho ya sea del derecho primario o de los derechos auxiliares secundarios de compensación. En el caso de garantías constitucionales y garantías contenidas en tratados de derechos humanos, la exigencia de que no existan tales potestades es tanto absoluta como universal, o al menos sujeta a suspensión sólo bajo condiciones muy restrictivas. En otros casos, mediante legislación, o por sentencia judicial en procedimientos civiles o como medio de sanción penal, uno puede ser privado de sus derechos. Pero el rango de personas que detentan la capacidad para llevar a cabo tales privaciones es pequeño y las condiciones de licitud de la privación son bastante estrictas, y generalmente vienen protegidas por convenciones constitucionales y presupuestos interpretativos.

La «inmunidad frente a la privación» es así una característica general de la protección jurídica de los intereses de las personas individuales, lo que funcionalmente constituye la esencia de los derechos. Se podría incluso graduar la relativa fuerza de los derechos de acuerdo con lo difícil que resulte cancelar o superar la inmunidad frente a las privaciones sin el consentimiento del titular del derecho. En el caso de los «derechos inalienables» esto llega un paso más allá y se priva al titular mismo del derecho de la potestad para disponer de la inmunidad o del derecho en sí mismo. En la mayoría de los casos, las personas con capacidad plena normalmente pueden decidir libremente acerca de si exigen o no sus derechos. Se presume que las personas son los mejores jueces de sus propios intereses y un aspecto vital de la libertad depende de mantener de esta presunción aun cuando las personas puedan actuar torpemente. Así y todo, aun en los Estados liberales existen

<sup>30</sup> HONORÉ, 1959-60: 453.

ciertos derechos de los que sus titulares no pueden disponer, o abandonar o alienar. Derechos de este tipo son el derecho fundamental a no ser esclavizado o el derecho legislativo a condiciones seguras de trabajo en varias formas de trabajo<sup>31</sup>. La inexistencia de tales potestades restringe la libertad, pero la restringe en interés de la misma libertad y efectivamente los derechos en cuestión resultan fortalecidos. Ésta es una razón adicional, y de la mayor importancia, para estar en desacuerdo con cualquier variante de una teoría del control cuando ésta se ofrece a modo de definición de los «derechos», más que como una manera de explicar qué otro tipo de relaciones acompañan normalmente a los derechos simples respecto de otros o respecto de la propia conducta.

#### 4. LOS DERECHOS RESPECTO DE MODOS DE SER/ESTAR Y DE ESTADOS DE COSAS

Hasta aquí se han considerado los derechos en cuanto que tienen relación con la conducta del titular del derecho (derechos activos) o con la conducta de otras personas (derechos pasivos). Todos estos derechos pueden ser formulados en términos relativamente específicos. Supóngase que se ha especificado la persona o la clase de personas a las que se les ha otorgado el derecho, el acto o tipo de acto al que se tiene derecho, y la persona o clase de personas sobre las que recae. En este caso, el derecho está tan especificado como puede llegar a estarlo, más allá de la omnipresente posibilidad de la vaguedad o textura abierta en el lenguaje utilizado para especificar actos y personas<sup>32</sup>. Todos estos derechos son derecho para hacer *v* o para que haga *v* (o sus negaciones), donde *v* es un verbo que denota alguna clase de acto o acción.

Frecuentemente, sin embargo, los derechos son derechos a algo que puede ser denotado mediante un sustantivo o mediante un sintagma nominal —«derechos a *n*», más que derechos a actuar o a que se actúe—. Ejemplos obvios tomados de lugares comunes del discurso cotidiano en y acerca del derecho son el «derecho a la vida», o el «derecho al trabajo», o el «derecho a vacaciones con remuneración» o el «derecho a la libertad de conciencia», o el «derecho a la libertad de asociación», o el «derecho al respeto de la propia cultura y lengua», o el «derecho a la privacidad», o el «derecho al debido

<sup>31</sup> Véase MACCORMICK, 1977 y véase RAINBOLT, 2006: 44-46. El que uno no pueda disponer de los sistemas de seguridad en el trabajo no significa que uno esté obligado a demandar en contra de cualquier infracción que ocurra —pero los inspectores del trabajo y similares pueden detentar la potestad para imponerlos aun cuando un trabajador no esté dispuesto a hacerlo—.

<sup>32</sup> Véase HART, 1994: cap. 7; MACCORMICK, 1991, y BIX, B., 1993: 7-35.

proceso». Muchos de estos derechos son derechos a, o respecto de, modos de ser/estar —a estar vivo, a estar empleado, a estar empleado, a ser libre para tener y actuar según las propias convicciones morales, a ser libre para hablar la propia lengua y participar en las tradicionales prácticas culturales, a estar libre de las intromisiones de otros en los propios asuntos—. Otros son derechos a determinados estados de cosas, por ejemplo, al estado de cosas en el que el empleador bajo algún tipo de obligación legalmente establecida ha de conceder a sus trabajadores un feriado anual remunerado, o al estado de cosas en el que los procedimientos legales y otros mecanismos legales sean tramitados conforme a principios de racionalidad e imparcialidad.

Un examen más detenido permite constatar que existe una conexión obvia entre tales derechos y los derechos que se han denominado activos y pasivos que recaen sobre determinados tipos de actos. Tener el derecho a la libertad de conciencia incluye el derecho activo a concurrir a los lugares de culto y a vivir de acuerdo con los preceptos de las propias convicciones religiosas, y también el derecho pasivo a no ser obstaculizado en tales empeños. El derecho a la libertad de expresión se ejerce mediante el habla, pero también puede incluir algún derecho a ser escuchado por otros, y el de estos otros a escuchar, o que a través del acceso a los medios de comunicación masiva, por ejemplo, se me dé la oportunidad de escuchar y, tal vez, el derecho a no ser acallado agresivamente por otros. Un derecho a *n* (modos de ser/estar o estados de cosas) puede, entonces, ser un derecho complejo que envuelve uno o más derechos a *v* y a que se haga *v*. Adicionalmente, es más probable que tenga una mayor textura abierta y esté sujeto a más interpretaciones rivales que los más simples derechos a *v* o a que se haga *v*. Pueden ser reclamadas como consecuencias o implicaciones necesarias de un «derecho a *n*» dado, específicas pretensiones a actuar o a ser tratado de una determinada manera. Toda especificación completa de un derecho tal debería indicar qué derechos a *v* o a que se haga *v* son considerados como consecuencias tuyas en el contexto determinado en que se apela a ese derecho. Conviene considerar algunos ejemplos para hacer esto más inteligible.

El «derecho a la vida» es en sí ambiguo ¿Qué exige? Considérese la famosa copla de A. H. CLOUGH:

*Thou shalt not kill but need'st not strive  
 Officiously to keep alive...  
 (No matarás mas no necesitas esforzarte  
 Intensamente para mantener la vida)*

¿Es esto aceptable como definición del derecho a la vida? ¿Efectivamente no es más que un derecho pasivo de que nadie mate a otro? ¿O algunas intervenciones activas de otros tienen que ser consideradas un mínimo esencial para el respeto del derecho a la vida? Y si así es ¿qué intervenciones?

¿de quiénes? En el contexto del Estado o de la comunidad internacional ¿implica el derecho a la vida algún deber del Estado o de los Estados extranjeros de asegurar el acceso a tratamientos médicos o a algún ingreso mínimo? ¿Se deriva de él la existencia de un deber de asegurar a todas las personas la satisfacción de las necesidades básicas en casos de extrema necesidad o, quizás, cuando se tenga alguna necesidad de ello? ¿En qué medida envuelve un derecho a que el Estado imponga limitaciones a las libertades generales de los sospechosos de planear actos de violencia de carácter terrorista?

Considérese ahora una disposición como ésta de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece el «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial»:

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre que dicha asistencia sea necesaria para garantizar el efectivo acceso a la justicia.

Para asegurar la efectividad de este «derecho» en cualquier jurisdicción se necesita claramente de un complejo conjunto de disposiciones jurídicas, y existen muchas y variadas formas mediante las cuales este derecho podría ser infringido o insuficientemente protegido por las instituciones estatales. Dividir este derecho en todas sus posibles implicaciones en términos de derechos pasivos y activos respecto de los órganos públicos o del Estado sería una larga y tediosa tarea. Ésta es, en efecto, la razón por la que resulta más fácil simplemente declarar tal derecho en el modo «derecho a n», dejando a las decisiones adoptadas en concreto, caso a caso, la tarea de desenvolver todas sus implicaciones en el contexto respectivo. Esta Carta no es en sí, jurídicamente, un instrumento directamente aplicable por los tribunales de justicia, pero está (en este aspecto y en otros) basada en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que está dotado de plena aplicabilidad judicial. Es implementada por los tribunales de los Estados miembros del Consejo de Europa, con un respaldo final en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A lo largo de los años, a través de una serie de casos muy discutidos, este tribunal ha construido un sustancial cuerpo de precedentes jurisprudenciales a partir de la interpretación de los artículos de la Convención y así ha dado cuerpo a las específicas implicaciones de muchos de los derechos que ésta protege. El «derecho de los derechos humanos» constituye un sustancial cuerpo jurisprudencial. Se

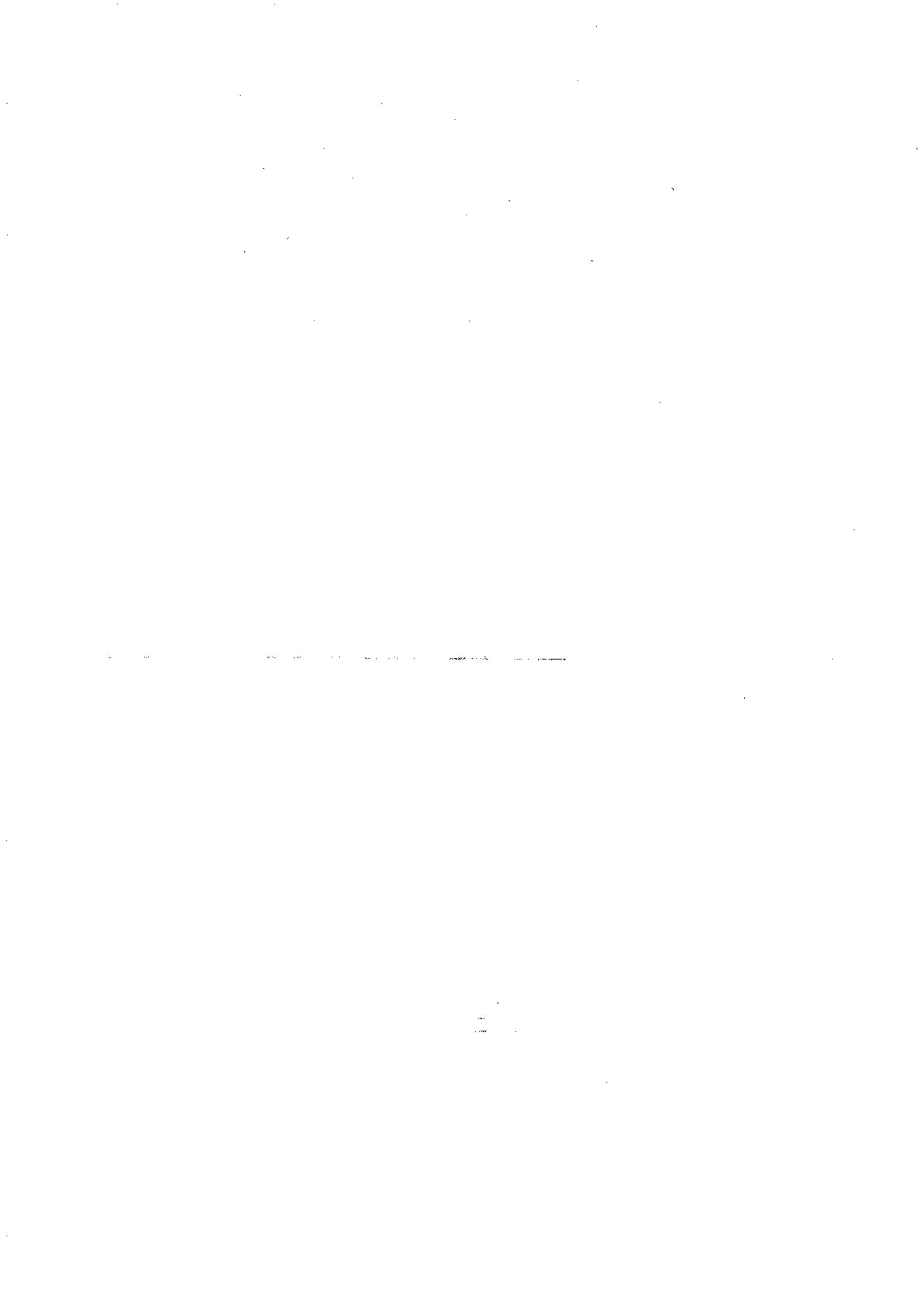
analizarán más adelante las implicaciones jurídicas y políticas de esto, en el capítulo XI *infra*, y nuevamente en el capítulo XV.

Resulta poco provechoso, en consecuencia, extenderse ahora en más detalles. Basta con dejar dicho que este tipo de «derechos», éstos que son objeto de protección por el derecho de los derechos humanos, tienen el carácter de derechos complejos que pertenecen a la clase de los «derechos a *n*» tal como aquí ha sido analizada<sup>33</sup>. Los instrumentos que otorgan o garantizan estos derechos son en sí mismos complejos y polisémicos y el trabajo de asegurar prácticamente el respeto o la implementación de estos derechos exige un sustancial cuerpo de decisiones interpretativas por parte de los tribunales correspondientes y otras autoridades. En términos de la simple, quizás «atómica», relación de derecho-deber de persona a persona éstos aparecen como grandes complejos moleculares, por lo que un «derecho» particular puede implicar una miríada de derechos y deberes, y en efecto otras relaciones o posiciones jurídicas. Cuando pensadores como Ronald DWORKIN defienden la tesis de que «tomarse los derechos en serio» constituye una característica definitoria de las sociedades liberales<sup>34</sup>, están pensando en los derechos complejos respecto de modos de ser/estar o de estados cosas tales como los que declaran los catálogos de derechos constitucionales y las convenciones internacionales. DWORKIN, de hecho, parece definir los derechos como «cartas de triunfo» por sobre otros aspectos del bien común<sup>35</sup>. En consecuencia, un corolario necesario de esta tesis es que los «derechos» están siempre sujetos a interpretación, pues tiene una importancia crucial de qué manera exactamente se ha de interpretar en un caso dado un derecho molecular (o «abstracto») para determinar, a la luz de los valores constitucionales implícitos, los derechos atómicos (o «concretos») que se derivan respecto de los órganos públicos o el Estado en sí. Una característica del trabajo de Dworkin que es en alguna medida decepcionante consiste en que deja sin aclarar mucho el modo en que se relaciona su propio discurso de los derechos con el amplio cuerpo de trabajos que a través de muchos años juristas y filósofos han producido para elucidar el concepto de los «derechos» en toda su complejidad.

<sup>33</sup> Esto también resulta aplicable a los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, por ejemplo, en Alemania. Véase el análisis de ALEXY, 2002b: 122-138, que trata de los «derechos a algo» y cómo pueden ser analizados.

<sup>34</sup> DWORKIN, 1977 (especialmente cap. 4).

<sup>35</sup> DWORKIN, 1985; para una crítica, véase RAINBOLT, 2006: 189-194.



## CAPÍTULO VIII

# LAS RELACIONES JURÍDICAS Y LAS COSAS: LA PROPIEDAD

### 1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se han explicado ciertos derechos y deberes como esencialmente relaciones pareadas entre dos personas. Éste es el caso de los derechos pasivos, en los que los derechos de una persona son las restricciones de otras. Los derechos activos no tienen por qué ser relacionales de este modo, dado que ellos suponen que una persona particular no está sujeta a un deber, sea o no que esto sea concebido en relación con alguna otra persona particular. (Los derechos activos son denominados a veces «libertades» y algunas veces «privilegios», pero como se ha notado en el cap. VII, ninguno de estos usos está libre de dificultades). Estos derechos activos o pasivos pueden ser considerados como simples o atómicos por contraste con otros más complejos o moleculares, tales como los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente a través de declaraciones o cartas de derechos, o por medio de convenciones internacionales. Éstos son típicamente, según se ha discutido en la sección final del capítulo precedente, «derechos a modos de ser/estar o a estados de cosas». Ahora, en el presente capítulo, la atención se traslada a un tipo diferente de derechos complejos, aquellos que están envueltos en el derecho de propiedad y en otras formas relacionadas de derechos propietarios o «derechos reales». ¿Qué tipo de relaciones jurídicas están envueltas en el derecho de propiedad que se tiene sobre algo?, ¿qué tipos de cosas son susceptibles de apropiación?, ¿en qué se diferencian los derechos de propiedad frente

a otras especies de derechos?; ¿qué distingue a los derechos reales de los derechos puramente personales?

Dos advertencias deben hacerse desde el comienzo. Primero, la frase «derechos reales» no es aquí sinónima de «los derechos tal como realmente son», a diferencia de una distinguida obra contemporánea<sup>1</sup>. «Real» y su equivalente inglés «*real*», tiene en este contexto un significado emparentado con aquel uso que se le da en las expresiones inglesas y norteamericanas cuando se habla de «*real property*» o «*real estate*» (propiedad raíz). Pero, siguiendo el uso civilista, no se limita el carácter «real» o «relativo a las cosas»<sup>2</sup> sólo para los derechos que recaen sobre bienes inmuebles. Todas las cosas muebles e inmuebles, corporales e incorpóreas, pueden ser objeto de derechos que forman parte de la clase de los derechos reales. Una segunda advertencia preliminar: la frase «derecho *in rem*» no va a ser usada aquí<sup>3</sup>. La manera en que se utiliza la expresión inglesa equivalente «*right in rem*», que se encuentra en ocasiones en escritos jurídicos ingleses y norteamericanos, supone una inadecuada forma de entender una frase latina originalmente adoptada para el derecho romano de las acciones, algunas de las cuales se formulaban «en contra de una cosa» (*in rem concepta*) mientras otras eran formuladas «en contra de una persona» (*in personam concepta*). No violentar la gramática y el latín sacando estos términos de su contexto y el carácter no conclusivo de los escritos sobre los «*rights in rem*» son razones más que suficientes para evitar en lo posible el uso de esa frase.

## 2. LAS COSAS Y LOS DERECHOS A ELLAS

Hasta aquí, al hablar de un «derecho a *n*» donde *n* es un sustantivo, se han considerado sólo instancias de sustantivos abstractos que se refieren a modos de ser/estar o a estados de cosas. ¿Pero qué sucede con las cosas? Y es que «*n*» puede referirse a alguna cosa, por ejemplo, a «Shergar» (un caballo de carreras), o a «un paquete de 100 acciones de *Imperial Chemical Industries*» o «la vivienda que queda en Scotland Street número 44, en Edimburgo» o similares. Ciertamente, estas son a los ojos del derecho «cosas» o «*res*» en latín. ¿Cuál es la diferencia entre una cosa y un estado de cosas? La respuesta es que las cosas son concebidas como objetos durables que existen

<sup>1</sup> WELLMAN, 1995.

<sup>2</sup> «Real» significa «relacionado con una *res*», donde «*res*» es la expresión latina para «cosa». Mi uso de la idea civilista de los derechos reales y de la distinción entre «derechos a las cosas» y «derechos en las cosas» deriva de la reflexión acerca de notas no publicadas de una conferencia de A. H. («Archie») CAMPBELL, mi predecesor en la *Regius Chair of Public Law and the Law of Nature and Nations* en la Universidad de Edimburgo. Véase, además, REID, K., 1993: pars. 1-17.

<sup>3</sup> Cfr. nota 10, *infra*, y el texto al que acompaña.

de modo separado e independiente de otros objetos y personas, que pueden ser objeto de uso, posesión y goce por las personas, y que pueden ser transferidas de persona a persona sin que pierdan su identidad<sup>4</sup>. «Durabilidad» significa subsistencia en el tiempo, esto es, que tiene una identidad continua durante un determinado lapso. Hay algunas cosas que tienen duración en el tiempo, aunque no necesariamente tienen lugar en el espacio. Éstas son las cosas incorpóreas o intangibles. Los títulos en que consta la propiedad de las acciones societarias son cosas corporales, tangibles, y se puede especificar dónde se encuentran, si en una caja de seguridad de un banco, dentro de cajón de un escritorio, o dónde sea. Pero las acciones cuya propiedad éstos certifican no ocupan en este sentido espacio —ellas simplemente tienen un duración en el tiempo—. Las cosas corporales que son «muebles» pueden, como el término implica, estar en lugares diferentes en momentos diferentes. Las cosas corporales inmuebles, tales como los edificios y las porciones de terreno, tienen una posición terrestre inmodificable (si bien en algunos sistemas jurídicos algunos ítems determinados que no tienen esta posición inmodificable son incluidos entre los «inmuebles» por razones de política jurídica que favorecen tratarlos bajo el mismo régimen jurídico)<sup>5</sup>.

Es fácil suponer que las cosas corporales existen por naturaleza mientras que las cosas incorpóreas existen sólo ficticiamente o por medio de «ficción legal». Sin embargo, en este contexto, «ficción» resulta ser un concepto que desorienta más que clarifica, aunque ha sido utilizado por distinguidos juristas<sup>6</sup>. Como discutirá más adelante en una sección posterior del presente capítulo sobre la propiedad intelectual, debe reconocerse que dado que son hechos jurídicos institucionales, la existencia, identidad y mutua discernibilidad de cosas tales como los derechos de autor, las patentes, las acciones societarias o las servidumbres legales, depende de actos, eventos y estados de cosas, y de su interpretación a la luz de la reglas legales. Las cosas incorpóreas son cosas cuya existencia depende completamente de reglas y convenciones humanas. No debe suponerse, no obstante, que por contraste la identidad y la discernibilidad de las cosas corporales muebles es completamente independiente de las reglas y convenciones humanas —piénsese

<sup>4</sup> Cfr. WALDRON, 1988: 38 sobre «la idea de que los recursos son en general objetos separados cada uno de los cuales ha sido asignado a un individuo, y en consecuencia, pertenece a él».

<sup>5</sup> Esto puede causar extraños desacoplamiento entre sistemas jurídicos en el contexto del derecho internacional privado. CARRUTHERS, 2005: 1.04-1.11.

<sup>6</sup> Compárese con nota 6 del cap. VII, *supra*, y con CARRUTHERS, 2005: *loc. cit.*, y véanse FULLER, 1967; GRAY, 1921: distingue entre ficciones «históricas» y «dogmáticas» y arguye que estas últimas son un parte esencial del pensamiento jurídico. Dado que tales ficciones son, en sustancia, de acuerdo a la presente terminología, hechos institucionales, este argumento es aceptable. Pero el término «ficción» es desorientador por las razones aquí presentadas. Sobre la (inaceptable) concepción de BENTHAM de que todo uso de sustantivos para hacer referencia a cosas que no sean objetos físicos envuelve una referencia a objetos ficticios, véase OGDEN, 2002.

en qué es lo que hace posible que existan automóviles, o cuchillos, o sacos de patatas—. Esto resulta aún más evidentemente cierto de los ítems de propiedad corporal inmueble: cada lote es identificable sólo con el recurso a elaboradas reglas de medición de la propiedad, de trazado de límites y mapeado. «Scotland Street número 44, Edimburgo» es en realidad una dirección ficticia, de hecho, una contenida en una novela<sup>7</sup>, pero uno puede comprender lo que ésta significa porque uno sabe cómo es posible que las casas o apartamentos de bloques residenciales que realmente existen sean identificados de esa manera. «Ficción» es un término que debería ser usado para designar objetos que existen sólo para fines imaginarios, no para objetos cuya existencia depende de reglas efectivamente operativas en la vida práctica cotidiana.

La individuación, denominación, descripción y en algunos casos la manufacturación de cosas muebles también dependen de reglas y convenciones. Esto resulta más evidente en el caso de las cosas corporales muebles «fungibles», esto es, aquellas que son objeto de peso y medida, y que son compradas y vendidas en cantidades especificadas bajo descripciones específicas. Una tonelada de carbón de Bilston Glen puede ser administrada, utilizada o guardada. Está compuesta de montones de piezas reales de carbón. Pero satisface la descripción que se ha dado en virtud de convenciones establecidas de denominación y reglas de peso, y éstas ocupan lugar en un mundo más amplio formado por intereses distintivamente humanos. La presencia de capas carboníferas en la tierra bajo Bilston Glen en Midlothian, Escocia, es un hecho completamente natural, por completo independiente del interés humano y de la convención. El carbón extraído de ahí, pesado y puesto en contenedores no existe del mismo modo como algo puramente natural, pero no tiene una proveniencia milagrosa ni tiene una colocación inusual<sup>8</sup>. Pero la misma naturalidad puede encontrarse en un paquete de acciones de Real Banco de Escocia. Todas las «cosas» u «objetos» de derecho tienen su carácter «objetual» o «realidad» definido en conformidad o de acuerdo al derecho y, más allá del derecho, a convenciones profundamente arraigadas en las culturas humanas.

En derecho, como se ha anotado ya, se distingue entre cosas corporales e incorporeales y entre cosas muebles e inmuebles. Éstas diferencian los modos de existencia y de identidad de las cosas de estos diversos tipos. Es ciertamente el caso que las cosas corporales, tanto las muebles como las inmuebles, son parte del mundo material y cuentan como algunos de los

<sup>7</sup> McCall Smith, 2005.

<sup>8</sup> Lamentable se ha vuelto decididamente inusual como resultado de la clausura de la mina de carbón de Bilston Glen algunos años atrás.

constituyentes de este mundo. Por tanto, entre los «hechos institucionales» se distinguen de las cosas incorporales, pues éstas son inmateriales. Como se ha notado, esta diferencia no es bien capturada recurriendo al contraste entre el «hecho» y la «ficción». El castillo de Blandings es un castillo ficticio, pero el castillo de Edimburgo no lo es. Los derechos societarios en el Club Drones Ltda. son ficticios, pero los del Banco Real de Escocia constituyen acciones reales en una sociedad real. La emperatriz de Blandings era un cerdo ficticio, a diferencia de la elegante cerda Porcia que mi tía Elizabeth crió durante la guerra de 1939-1945, asegurando con ello una fuente de un excelente tocino para los tiempos de escasez. Es cierto respecto de los objetos del derecho de todo tipo que el modo en que son identificados como cosas diferentes y específicas va de la mano con la forma en que tienen incidencia en intereses específicamente humanos y con la manera en que reglas y convenciones humanas sirven estos intereses.

Porque son mutuamente discernibles, porque son susceptibles de posesión humana, por su durabilidad, y porque mantienen su identidad a través del tiempo a pesar de los cambios de posesión, los «cosas» de acuerdo al derecho se diferencian de los estados de cosas. Por tanto, los derechos a ellos y los derechos «en» o «sobre» ellos pueden tener una especificidad y exactitud mucho más definida que la que se puede encontrar en el caso de los derechos a modos de ser/estar o a estados de cosas, que hemos denominado «derechos abstractos». Existe, sin embargo, una similitud en el sentido de que los derechos reales son también complejos. Esto es, pueden ser la base de la que se derivan conjuntos de derechos activos o pasivos simples respecto de la conducta. Se considerará ahora como ocurre esto.

Si alguien es el propietario de, por ejemplo, un automóvil Honda Accord azul con un determinado número de matrícula, uno podría ofrecerle comprarlo y él podría aceptarlo bajo la condición de que uno demuestre que tiene suficientes fondos para pagar el precio acordado. Una vez que uno ha satisfecho la condición, uno tiene un derecho al auto —esto es, un derecho a que el auto sea transferido por esa persona—. En ese momento uno se volverá el dueño del auto. El derecho a que a uno le sea transferido el auto por esa persona constituye una instancia de lo que hemos denominado un «derecho pasivo» o «derecho-exigencia». Algunas veces la idea de un «derecho a la cosa», «*ius ad rem*» en latín, fue usada para referir a este tipo de derecho que una persona tiene contra otra para que ésta le haga la tradición de la cosa. Éste es un derecho puramente personal entre dos partes. *A* tiene el derecho a que *B* le transfiera el automóvil en el plazo acordado —*A* no puede exigir a *C* o a *D*, o a ningún otro que realice la tradición—. Sólo *B* puede hacer la tradición y tiene el deber de hacer la tradición de la cosa a *A*. Quizás en algunos sistemas jurídicos *A* tenga el derecho activo de tomar pacíficamente la cosa fuera de la posesión de *B* en caso de que *B* incumpla con el deber

hacer voluntariamente la tradición. Pero esto, de nuevo, es una cuestión que propia de las relaciones que existen personal y exclusivamente entre *A* y *B*. Los derechos personales de este tipo que recaen en las cosas y su posesión o uso, surgen comúnmente a partir de obligaciones, y especialmente, contractuales o cuasicontractuales.

### 3. DERECHOS REALES-ADQUISICIÓN Y TÍTULO

Los derechos reales están en contraposición con tales derechos personales. Los derechos reales son derechos *en* las cosas más que meros derechos *a* ellas. Una vez que se le hace la tradición de la cosa a *A* y éste adquiere la propiedad de la cosa, *A* ya no tiene más un derecho sólo en contra de *B*, tiene un derecho respecto de cualquier persona tal que quienquiera que interfiera con él infringe este derecho de *A*. Una persona tiene que tener la capacidad transaccional correspondiente para poder ser titular y adquirir derechos sobre cosas. Pero la capacidad es necesaria pero no suficiente —debe existir además un título particular, algún acto, o evento, o suceso que sea reconocido en derecho como modo de adquirir la propiedad—. La celebración de un contrato y el cumplimiento de las condiciones contractuales respectivas constituye uno de estos casos. Existen muchos otros casos —por ejemplo, en el derecho de sucesiones, con la muerte del testador los legatarios adquieren derechos personales en contra del albacea o executor testamentario y posteriormente la propiedad del bien legado por el causante, por medio de la transferencia que hace el albacea—. Otro ejemplo es el de la quiebra o insolvencia, que puede tener el efecto de desasimiento de la propiedad de los bienes del fallido en favor del síndico u otro oficial. Las cosas (como algo diferente de las extremidades y demás partes del cuerpo que se transforman en cosas sólo una vez separadas del cuerpo)<sup>9</sup> no están vinculados intrínsecamente con ninguna persona particular. Por tanto, la constitución jurídica de un vínculo, por la vía del otorgamiento de un derecho sobre una cosa específica o un derecho en ella, requiere de la existencia de un título específico.

La cuestión del título adquiere mayor relevancia en el caso de los «derechos en las cosas» o «derechos reales» tales como la propiedad. Ni los derechos de este tipo ni las cosas en sí están unidos naturalmente a ciertas personas. Incluso los guantes de uno, a diferencia de las manos de uno, tiene uno que ponérselos y del mismo modo puede uno sacárselos. Uno es dueño de sus guantes pero no de sus manos. Sólo mediante el correspondiente título una persona puede llegar a ser titular de un derecho real en o

<sup>9</sup> Pero compárese FABRE, 2006. Véase además MASON y LAURIE, 2005: 511-538.

sobre una determinada cosa. Con «título», nuevamente, se hace referencia a algún acto, evento o hecho (o alguna combinación de éstos) que implica una persona en particular con la capacidad correspondiente en relación con una cosa en particular. Las disposiciones jurídicas institutivas, las que en este contexto particular pueden adquirir el nombre de «disposiciones sobre adquisición»<sup>10</sup>, tienen la siguiente estructura:

- Para cualquier Persona  $P$  con la capacidad  $c$ , y
- para cualquier cosa  $C$  del tipo  $c$ ,
- si un acto del tipo  $a$ , eventos del tipo  $e$  y/o hechos del tipo  $h$  son realizados o suceden, por o respecto de  $P$  con referencia a  $T$ ,
- entonces  $P$  adquiere un derecho real del tipo  $dr$ .

Podría preguntarse qué constituye un título respecto de un derecho real en particular (tal como la propiedad, usufructo, hipoteca, prenda o servidumbre) en una cosa de un determinado tipo (mueble o inmueble, corporal o incorporeal). La respuesta es nada más que el conjunto de actos, eventos o hechos jurídicamente previstos que permiten a una persona adquirir la titularidad de tal derecho.

Conceptualmente, el tipo más simple de título es el de la apropiación inicial mediante apoderamiento de la cosa, por ejemplo, pescar un pez en el mar. La *occupatio* (para usar la expresión latina correspondiente) exige un acto de apoderamiento, en el sentido de que se toma el control físico de la cosa con la intención de actuar como dueño de ella. Este acto debe realizarse bajo determinadas circunstancias, a saber, que la cosa sea de aquellas que admiten título posesorio y que la cosa no sea de propiedad de otro. El acto se relaciona necesariamente con la cosa específica, que es objeto de apoderamiento, y con una persona específica, que se apodera de ella. El acto puede ser realizado por quienquiera que tenga capacidad-responsabilidad, y suponiendo que tenga capacidad para ser propietario, la persona se vuelve el propietario con el solo hecho de la *occupatio*. Lo mismo vale, con algunas complejidades adicionales, para todos los demás modos de adquirir originarios<sup>11</sup>. De entre éstos los sistemas jurídicos reconocen típicamente: la accesión, en virtud de la cual el dueño de una cosa se hace dueño de los frutos y productos que de ella provengan; aluvión, que es el aumento de tierra que gradualmente recibe la ribera de un río, lago o mar; especificación,

<sup>10</sup> Sobre las disposiciones jurídicas de «adquisición» [*investitive*] o de «pérdida» [*divestitive*], véase RAZ, 1980: 175-183.

<sup>11</sup> JUSTINIANO, *Institutes* II.1.12. Algunas cosas cambian lentamente en los asuntos humanos. En los sistemas jurídicos occidentales modernos, tanto aquellos que pertenecen a la tradición del *common law* como la del derecho civil, el derecho contemporáneo respecto de la adquisición «originaria» de los bienes no es mucho más que una glosa sobre JUSTINIANO y GAYO, quien lo precedió.

en virtud de la cual el creador se hace dueño del nuevo artefacto u obra que produce a través de la radical alteración de unos materiales; y la confusión o *commixtio*, por la que se produce una propiedad conjunta como consecuencia de la mezcla de líquidos o áridos sin que puedan volver a separarse. La adquisición inicial de una cosa incorporal como una marca comercial puede obtenerse a través de su registro o inscripción en la forma legalmente establecida. Ésta da lugar tanto a la existencia jurídica de la marca comercial como a la adquisición de su propiedad por la persona que la registra o inscribe.

Los modos de adquirir derivados tienen relación con la adquisición de alguna cosa, o algún derecho en ella, de la persona que es su dueño. En esta situación, obviamente, hay dos partes envueltas. Por lo que aquí dos personas tienen que tener la correspondiente capacidad y adicionalmente quien transfiere el derecho en cuestión tiene que tener título suficiente para ello<sup>12</sup>. Pueden existir algunas solemnidades legales que deban ser observadas (p. ej., escrituración, registro del acto o título). No tiene que concurrir ninguna circunstancia que vicie el acto tales como el dolo, fuerza o error; y todas las circunstancias de trasfondo deben darse bien. En casos de adquisición por sucesión intestada, si opera de modo tal que transfiere la propiedad automáticamente, el título estará constituido por hechos —tales como que el causante sea el verdadero dueño de la cosa y la relación entre el causante y el heredero— y eventos, a saber, la muerte del causante.

#### 4. DERECHOS REALES —SU CONTENIDO

La cuestión del título tiene relación con los modos de adquirir los derechos reales. La cuestión del contenido del derecho que uno adquiere es distinta. En cuanto al contenido se puede hacer primero una precisión general, para luego establecer algunos puntos especiales. La precisión general consiste en que los derechos reales implican una específica relación jurídica entre una persona y una cosa, de forma que se derivan derechos respecto de terceros indeterminados, o terceros determinados que de alguna manera interfieren con la cosa en perjuicio del titular del derecho. STAIR agudamente observa esto diciendo que los derechos reales recaen sobre las cosas directamente, e indirectamente sobre las personas, en la medida en que se han

---

<sup>12</sup> Muchos sistemas jurídicos reconocen situaciones en las que una persona de buena fe adquiere una cosa de quien, en realidad, no es su verdadero dueño o que detenta un título defectuoso; tal adquisición puede, bajo ciertas circunstancias, resultar en plena propiedad para el adquirente de buena fe. Tales disposiciones sirven el interés público de que exista certeza respecto de la propiedad de las cosas siempre que sea posible.

entrometido en las cosas<sup>13</sup>. Si bien él lo dijo específicamente con referencia a la propiedad, la observación de STAIR resulta generalmente aplicable. Los derechos reales son relaciones jurídicas beneficiosas entre personas particulares y cosas particulares. Son beneficiosas en el sentido de que ellas implican que el titular del derecho real disfruta de ciertos derechos activos para usar y gozar de las cosas acompañados de ciertos derechos pasivos a no ser impedido o privado por otro de tal uso o goce. El beneficio se extiende además al derecho del titular a tener cierto grado de inmunidad frente a la toma de posesión unilateral de la cosa o a la privación del derecho por autoridades públicas o personas privadas — se puede llamar a esto «inmunidad frente a la privación unilateral» del derecho —<sup>14</sup>.

¿Qué habremos de decir acerca de que las relaciones con las personas son «indirectas, en la medida en que se entrometan en las cosas»? Claramente existe siempre el riesgo o la posibilidad de que alguien invada el derecho pasivo del titular del derecho real mediante el apoderamiento de la cosa o impidiendo el acceso a ella. O alguien puede desconocer su derecho activo (como en el caso de la prohibición de pasar en relación con un derecho de paso). O alguien puede intentar desconocer la inmunidad frente a la privación (por la vía, por ejemplo, de un intento de llevar a cabo una «venta forzada» o una «confiscación»). Tal situación de intromisión, desconocimiento o intento de privación no puede sino ser realizada por una persona o grupo de personas identificable. En contra de esa persona o personas deben existir derechos de tutela judicial, ya sea a la indemnización, interdictos o alguna forma de sentencia declaratoria. Los derechos reales, de cualquier tipo que sean, y especialmente la propiedad, serían un mero espejismo si no fuera por esta aptitud para obtener la tutela estatalmente respaldada frente a alguien que se «entromete» de una u otra forma objetable. El titular de un derecho real debe tener, en conformidad al derecho, tales derechos y potestades para obtener tutela judicial entre sus derechos derivados. Éstos son derechos de tutela en contra de cualquier persona que, en términos de STAIR, se entrometa en la cosa de cualquier modo (o, en efecto, con el derecho, como en el caso de quien pretende desconocer la inmunidad frente a la privación). La relación entre la persona y la cosa es normativamente significativa sólo por su conexión lógica con relaciones posibles entre persona y persona cuando una se «entromete» en una cosa que le pertenece a otra. Pero estas relaciones posibles son derivaciones de las relaciones persona-cosa que son los derechos reales. Jeremy BENTHAM ofreció otra forma de conceptualizar esto. En relación con las cosas que son susceptibles de apropiación (*res intra-commercium*, las cosas comerciadas), el derecho civil y criminal que versa

<sup>13</sup> STAIR, 1980: I. i, 22. Cf. PENNER, 1997: 25-31.

<sup>14</sup> HONORÉ, 1959-60: 453. Para una discusión de la «inmunidad» véase, *infra*, 9.4.

sobre los ilícitos que recaen sobre las cosas debe ser entendido como un conjunto de prohibiciones universales calificado por excepciones sistemáticas. Tales prohibiciones son las que Jim HARRIS propuso denominar «reglas de intromisión» [*trespassory rules*]<sup>15</sup>. Éstas establecen, en efecto, que nadie puede usar, o apropiarse de, o dañar, o interferir de otro modo en una cosa a menos que uno sea el dueño de la cosa o se actúe con el permiso o autoridad del dueño. (Por razones de exhaustividad, aunque no es del todo relevante aquí, uno debiera mirar hacia excepciones tales como: el uso en situaciones de emergencia; expropiación por autoridad pública en ejercicio de potestades expresamente conferidas por el derecho público; privación de propiedad en caso de quiebra o insolvencia, o en virtud de sentencia judicial). Bajo esta luz, el dueño tiene un privilegio (un derecho activo) que nadie más tiene, pues todos salvo él están sujetos a las «reglas de intromisión». La propiedad, por tanto, siempre incluye un elemento de lo que Adam SMITH llamó un «privilegio exclusivo»<sup>16</sup>.

Todo lo que se ha dicho hasta ahora tiene relación con los derechos reales en general. A continuación, conviene considerar brevemente qué distingue a los derechos reales que pertenecen a tipos diferentes. Por su naturaleza, cada derecho real, sea el de propiedad, de arrendamiento<sup>17</sup>, de garantía o servidumbre, envuelve entre sus consecuencias la titularidad de derechos activos y pasivos específicos en o sobre una cosa, diferenciándose de acuerdo al derecho en cuestión. Cada uno supone además potestades para regular y autorizar su uso por otros (cuyo ejercicio puede implicar la concesión a otros de derechos *a*, pero no *en*, la cosa en cuestión). Cada derecho real tiene su propio conjunto de derechos y potestades derivados. Lo que hace que el derecho sea *real* es que cada uno de estos derechos activos y pasivos derivados con su respectivos derechos auxiliares de tutela judicial valen en contra de cualquiera en la medida en que el titular sea capaz de probar simplemente que detenta el correspondiente título para el derecho en la cosa<sup>18</sup>. No hay necesidad de que pruebe que existe algún título especial que obligue

<sup>15</sup> HARRIS, 1996.

<sup>16</sup> SMITH, A., 1978: 81-86.

<sup>17</sup> En algunos sistemas, el arrendamiento [*tenancy*] es considerado un derecho real, en otros es considerando un mero derecho personal del arrendatario en contra del dueño, lo que puede causar dificultades si el dueño vende la cosa arrendada.

<sup>18</sup> Es esta característica de los derecho reales la que es destacada por el discurso sobre los así llamados «derechos *in rem*», especialmente en dentro de la tradición hohfeldiana que analiza estos simplemente como un haz de derechos con idéntico contenido entre el titular y un enorme número indeterminado de portadores del deber o no-derecho correlativo; véase HOHFELD, 1919: 69-81. Sólo una vez que este paso es dado, es posible tratar todos estos derechos «multilaterales» como derechos *in rem*, sin tomar en consideración si alguna «cosa» es el objeto del derecho. George Rainbolt, por ejemplo, discute el derecho a no ser lesionado, que es un derecho en contra de toda otra persona, como un «derecho *in rem*» en el sentido de un derecho hohfeldiano multilateral. Una aproximación tal no es capaz de enfrentar en su verdadera complejidad de los derechos

a la otra parte a actuar de tal o cual manera respecto del titular del derecho. No todas las consecuencias de la titularidad de un derecho real, sin embargo, tienen el carácter de derechos o potestades. Algunas de ellas constituyen cargas, teniendo el carácter de deberes y limitaciones, esto es, de restricciones sobre derechos activos de uso y abuso. Éstas pueden ser impuestas por la legislación de planificación o zonificación urbanas, o bajo leyes que prohíben el consumo suntuoso. Puede además haber restricciones sobre, o excepciones en casos determinados a, los poderes derivados a partir de la titularidad de un derecho real respecto de una determinada cosa. Algunas ilustraciones en este sentido provienen de las restricciones sobre alienación, como por ejemplo los mayorazgos respecto de las propiedades de bienes raíces, o las leyes que imponen estrictas condiciones sobre los contratos de ventas a crédito y los arrendamientos con opción de compra. A pesar de tales cargas y restricciones, sin embargo, sigue siendo el caso que la titularidad de un derecho real, considerada como un todo, resulta claramente beneficiosa para el titular en todos los casos y circunstancias normales y ordinarias.

No obstante, para cualquier derecho real considerado genéricamente, el derecho puede contemplar variaciones en las disposiciones consecuenciales específicas acerca de derechos y potestades (incluyendo las potestades y derechos a tutela judicial) y de deberes, limitaciones e incapacidades. Cuando ocurren tales variaciones, por medio de un acto legislativo, por ejemplo, éstas no cambian ni la calidad conceptual del derecho real, ni la titularidad ni el objeto del derecho real. Los propietarios de tierras en Escocia no dejaron de ser los dueños de los mismos terrenos que antes poseían en el preciso momento en que entró vigencia el *Town and Country Planning (Scotland) Act 1947*. Tampoco fue abolida la propiedad de la tierra en el derecho escocés. Los derechos de propiedad se mantuvieron sin perturbación; si bien fueron alteradas algunas de sus consecuencias o incidentes<sup>19</sup>. Específicamente, los derechos activos de uso de la tierra fueron restringidos a los usos existentes en la respectiva porción de tierra; aunque a los dueños se les concedió la potestad para requerir de la autoridad local de planificación el permiso para los cambios de uso, permisos que estas autoridades tienen potestad para otorgar bajo las condiciones legales.

Puede decirse razonablemente que esta legislación supuso un cambio en la concepción legislativa acerca de cuáles son los derechos y responsabilidades que deben atribuirse a la propiedad de la tierra. No se puede decir razonablemente que el concepto de propiedad fue extirpado del derecho escocés,

---

de propiedad. RAINBOLT, 2006: 22, 86. Para una demolición de la teoría del «haz» [*bundle*], véase PENNER, 1997: 23.

<sup>19</sup> Un valioso término de HONORÉ, 1961.

o de cualquier sistema jurídico en que se haya introducido alguna forma de restricción por leyes urbanísticas o de protección del medio ambiente. Esto muestra por qué la teoría de los derechos reales que los entiende como un «haz» específico de otros derechos, o de derechos personales, de uno con respecto de todo otro ciudadano del mundo, no resulta una concepción satisfactoria. Los derechos reales son la base para un conjunto derivado variable y cambiante de derechos, potestades, deberes, capacidades e incapacidades, derechos que están al menos en alguna medida razonable protegidos mediante inmunidades en contra de la privación unilateral. La base se mantiene conceptualmente la misma aun cuando las consecuencias varíen, ya sea por acto legislativo o por acto privado del titular del derecho, ejerciendo una de sus potestades para cambiar los derechos (activos) del uso de la cosa, como cuando el propietario de un inmueble autoriza a otro a ingresar a éste.

Lo que una persona puede adquirir también puede perderlo. Una persona puede dejar de ser titular de un derecho de dos formas. La primera consiste en la transferencia del derecho que hace en favor de otra: *A* deja de ser el titular del derecho, porque ha sido adquirido por *B* que ahora es su titular. La segunda supone la extinción del derecho. Esto puede ocurrir mediante abandono de la cosa y del derecho en ella, o por muerte (p. ej., de un animal de ganado), destrucción o alguna otra forma de consunción de la cosa, o por la expiración de un determinado plazo fijo. (Algunas veces la terminación de un derecho por el cumplimiento de un plazo exige el ejercicio de alguna potestad o potestades por una o ambas partes, por ejemplo cuando el arrendatario debe comunicar anticipadamente su voluntad de poner término al arrendamiento, sin el que éste continuaría por simple renovación anual de acuerdo al derecho o a alguna otra base. En ocasiones la terminación se produce simplemente por la sola voluntad de la ley). Es en términos de los modos de pérdida o extinción que uno puede distinguir de mejor manera entre los derechos de propiedad del resto de los derechos reales. Pues está en la naturaleza de esos derechos que ellos sólo se pierden ya sea por voluntario abandono o por transferencia a otro, sea por un acto voluntario tal como una donación o venta, sea por un evento involuntario tal como la muerte o la expropiación. Estos derechos se extinguen sólo por la destrucción de la cosa o por abandono del derecho. Estas reflexiones nos permiten establecer de una manera general cuáles son las condiciones para la existencia de la propiedad privada en un determinado sistema jurídico.

Ésta existe en cualquier sistema que prevea la existencia de derechos reales en cosas de una clase determinada con derechos activos derivados. Éstos son típicamente derechos de uso y goce, y la potestad para regular el uso y goce por parte de otros. Tienen un final abierto, una cualidad de durabilidad, y se pueden dejar de tener sólo en los modos indicados por las disposiciones jurídicas sobre pérdida y extinción del derecho tales como

las que se han visto. Cualquier cosa que sea un elemento de la clase dada puede ser objeto de propiedad de alguien. Tales derechos de dominio sobre la propiedad privada contrastan con derechos como los de arrendamiento, que si bien confieren derechos de uso y goce, y al menos alguna potestad para regular el uso por el tercero, tienen un término fijo. Esto significa que se terminan con la expiración del plazo y que se deja de tener el derecho sin que éste sea transferido a otro. Ciertamente, como ha sido notado más arriba, esto puede requerir una comunicación previa por parte del arrendatario al dueño. Se diferencian también con los derechos vitalicios de uso y habitación, o con otros derechos «usufructuarios» en que, si bien carecen de un día determinado de término, éstos necesariamente se dejan de tener y se terminan con la muerte del titular del derecho, recuperando el propietario de la cosa sobre la que recaía ese derecho el pleno ejercicio de sus derechos propietarios anteriormente sujetos al gravamen.

Otro contraste se presenta con los derechos reales de garantía (hipotecas, prendas, etc.). Estos derechos presuponen la existencia de la alguna obligación que un deudor *D* tiene respecto de un acreedor *A*. Para asegurar el cumplimiento, *D* concede a *A* derechos en alguna cosa de su propiedad como garantía. Algunas veces este derecho está sujeto, y en ciertos casos debe estarlo de acuerdo al derecho, a un plazo determinado dentro del cual *D* debe cumplir la obligación en cuestión. Sea o no así, es siempre el caso que una vez que *D* incurra en incumplimiento de la obligación, *C* tiene el derecho de realizar la garantía. Esto puede hacer que *C* se convierta en el titular del derecho de propiedad que tenía *D* (sin que esté ahora sujeto al gravamen que suponía el derecho de garantía). Alternativamente, puede permitir a *C* ejercer potestades tales que le sea posible asegurar la satisfacción de todo el valor pecuniario de lo debido en virtud de la obligación incumplida. Tales eventos necesariamente terminan con el derecho real de garantía, por lo que *C* deja de tenerlos; mientras que al mismo tiempo *D* o bien deja de ser titular de la propiedad o bien la mantiene sujeta a gravámenes necesarios para satisfacer el derecho de garantía de *C*.

Es claro que todos los arrendamientos, los derechos vitalicios de usos y habitación, y los derechos reales de garantía presuponen la propiedad en dos sentidos: primero, que todos ellos son creados mediante el ejercicio de potestades que detentan los propietarios en tanto tales; segundo, que una vez creados constituyen gravámenes de la propiedad, porque ellos restringen, cualifican o cancelan derechos de uso y de disposición que el propietario tendría de no ser por el gravamen respectivo. Por otro lado, entre las ventajas económicas que la propiedad asegura en un sistema económico están las capacidades que otorga para arrendar la propiedad a cambio de una renta beneficiosa y para obtener préstamos utilizando propiedades como garantía. No debe causar mucha preocupación, ni da razones para modificar las defi-

niciones dadas, el hecho de que al que ha aprovechado la propiedad mediante estas formas de ventaja le queden pocas ventajas por obtener todavía.

Finalmente, debe ser notado que las servidumbres de tránsito, de luz, de soporte y similares, generalmente denominadas «servidumbres prediales», son necesariamente también derechos reales y presuponen, asimismo, la propiedad de bienes raíces. Pues el deber de tolerar el libre tránsito de personas a lo largo de un camino o paso, el de abstenerse de impedir el paso de la luz o el de mantener el soporte de un edificio adyacente, son en cada caso un incidente de la propiedad del predio sirviente quienquiera que sea su dueño. El derecho a transitar libremente por el camino o paso, el de recibir luz sin obstáculo, o de que el edificio de uno sea soportado, son correlativamente condicionales a la propiedad del predio dominante. No pueden ser separados de ésta salvo al costo de convertirse en un derecho puramente personal en favor del actual propietario del predio beneficiado en contra del presente dueño del otro predio. Una particular característica de los derechos de servidumbre es que se extinguen si una misma persona reúne la propiedad de tanto el predio dominante como del sirviente.

Resumiendo: al distinguir entre varios tipos de derechos reales, debe mirarse cada uno de una manera amplia, para percibir qué clase de beneficio jurídicamente asegurado envuelve. El dominio, el arrendamiento, los derechos de uso y habitación tienen por objeto asegurar a una persona el uso y disfrute de una cosa o bien — o «propiedad», como comúnmente se dice y aquí se ha dicho —. El dominio se diferencia de los otros en que carece de plazo fijo de extinción, como se indicó en el momento de examinar las disposiciones acerca de la pérdida y extinción. Una vez trazada esta distinción se puede observar que el arrendamiento y el derecho de uso y habitación son derechos derivados, creados por medio del ejercicio de las potestades del dueño o propietario. Los derechos reales de garantía por su parte aseguran condicionalmente al titular del derecho el valor del uso y disfrute de los objetos entregados en garantía, dado el derecho preferente de ejecución que tendrá respecto de éstos (como derivado del derecho real que tiene) en caso de incumplimiento y (particularmente) en caso de insolvencia o quiebra del propietario. Los derechos de servidumbre mejoran las ventajas incidentales del dominio de un predio al costo de un aumento equivalente de las cargas incidentales del dominio del territorio adyacente, el «predio sirviente» o *praedium serviens*.

Los conceptos de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y habitación, garantías reales y servidumbres prediales (como de cualquier otro derecho real que exista) deben así ser elucidados a través de la consideración de los derechos y potestades, y los deberes, limitaciones e incapacidades en relación con cualquier cosa que sea objeto de propiedad. En cuando a

su adquisición, cada uno depende de algún *título* determinado por las disposiciones jurídicas institutivas o de adquisición, y cada uno es protegido a través de algún tipo de autonomía relativa frente a privaciones involuntarias unilaterales. La pérdida voluntaria de la titularidad del derecho es una cuestión diferente y depende de las disposiciones acerca de pérdida o extinción a las que está sujeto cada uno. Éstas determinan los actos voluntarios o los eventos involuntarios por los que una persona puede dejar de ser la titular de un derecho dado, con o sin que se transfiera a otro, o por los que el derecho se extingue o termina.

Esto sugiere que, tal como existen actos, hechos y eventos que, de acuerdo al derecho, constituyen títulos para derechos de propiedad *en* las cosas, en virtud de los que personas particulares adquieren el dominio de cosas particulares (y de modo similar, *mutatis mutandis*, para otros derechos reales), así también el dominio y otros derechos reales constituyen títulos para derechos particulares *a* las cosas o son condición de tales títulos. Yo tengo el derecho para escribir sobre este papel con este lápiz, porque ambos me pertenecen. Usted podría adquirir el derecho a usar mi lápiz sólo si asegura contar con mi consentimiento para que, en tanto propietario, se lo preste o se lo venda. Las disposiciones jurídicas derivadas de los derechos reales tienen largo alcance y muchas ramificaciones, y los derechos más particulares sobre las cosas dependen de ellas. Estas reflexiones, como se verá en la sección que sigue, también resultan aplicables a la «propiedad intelectual».

##### 5. ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Claramente, la propiedad siempre depende de normas. Tener derechos de propiedad sobre algún objeto físico, o sobre algún trozo de tierra (normativamente demarcado) supone estar bajo la protección de reglas que exigen a otros no perturbar la posesión y el uso de la cosa o del predio. Esto presupone haber adquirido tales derechos de modos normativamente regulados que constituyen un título legítimo para detentar el derecho sobre ese tipo de cosa. En la forma cotidiana, normal de ver las cosas, todo esto queda oculto bajo la conciencia de la facticidad de los hechos sociales, el control físico que uno tiene sobre la cosa o predio y sobre el acceso a ésta, y la sensación psicológica de seguridad y familiaridad que uno tiene respecto del lugar<sup>20</sup>. Esto es algo que probablemente será aceptado de manera igualmente irreflexiva por otros, los que en todo caso también tendrán cosas que reclamar

<sup>20</sup> Cfr. PENNER, 1997: 2-3.

como tuyas, esto es, que son de ellos, por lo que ellos deciden qué sucede con ellas, cómo han de ser usadas y por quién.

Se ha establecido más arriba, en secciones anteriores de este capítulo, que las reglas y otras normas que definen la propiedad siempre establecen una relación normativa entre tres elementos: una persona, que es la propietaria; una cosa, que es objeto de propiedad; y algunas otras personas indeterminadas en contra de quienes el dominio que tiene el propietario prevalece. El dominio es el derecho real más pleno que el derecho reconoce. Existen otros derechos en las cosas más restringidos, como los derechos de servidumbre, pero la propiedad es el más pleno y completo de estos derechos. Es un derecho de una categoría peculiar en el sentido de que en sí es la base de un conjunto de derechos más particulares y de incidentes poseídos por o que afectan a un propietario en tanto que el titular del derecho de propiedad sobre esa cosa. En el centro de esto está la idea capturada con el término «valor de uso» utilizado por Marx y otros economistas bajo su influencia. El sentido de tener la propiedad de una cosa consiste en que uno puede usarla como uno desee, y otros no pueden. Esto es, ellos no pueden a menos que cuenten con el permiso de uno, o a menos que estén ejerciendo un derecho a o en la cosa específicamente otorgado por uno en ejercicio de uno de los derechos o potestades derivados del dominio. ¿Cómo es que sucede todo esto?

En esta imagen, como se ha visto, el propietario tiene el beneficio de no estar sujeto a un deber que obliga a todo el resto: el deber de no usar la cosa. Un propietario tiene el derecho activo a usar una cosa y todo el resto tiene el deber de no entrometerse con ella, lo que HOFELD denominaba un «privilegio», en este caso un privilegio exclusivo. Generalizando: la propiedad supone un privilegio exclusivo. Esto incluye tanto el privilegio de usar la cosa con exclusión de los demás y el privilegio de excluir a otros del uso de la cosa. Esto es algo bastante simple de entender en el caso de los objetos físicos tanto muebles como inmuebles, y tal vez también en el de algunos otros. Pero el derecho contemporáneo y la economía actual le atribuyen mucha importancia a objetos todavía más exóticos, los «derechos de propiedad intelectual», abreviados como «DPI». ¿Cómo puede la presente explicación adaptarse a las patentes, las marcas comerciales, los derechos de autor, los modelos industriales y artísticos, *know how*? ¿Qué se puede decir, de hecho, sobre la idea misma de «propiedad intelectual»? ¿Debe ser rechazada como un oxímoron tal como la sospechosa expresión «inteligencia militar»? ¿O tiene sentido la idea de que existe aquí una propiedad tan genuina como lo puede ser la propiedad sobre un zapato, una embarcación, un trozo de cera para sellar o un repollo?

Hay un sentido en que esto parece simple. Como se ha visto, la propiedad implica algún privilegio exclusivo, el privilegio del uso de la cosa en

cuestión. Los derechos de autor y las patentes implican privilegios exclusivos de manera similar. En el caso de los derechos de autor, el privilegio de reproducción de un determinado conjunto ordenado de palabras dotadas de significado, o símbolos, o imágenes. En el caso de las patentes, el privilegio de implementar un determinado proceso creativo que aplica un conocimiento particular de una manera especial. ¿Pero dónde está la cosa? En este caso, claramente, el privilegio no es *respecto* de alguna cosa. El privilegio parece ser en sí la cosa misma.

El derecho prohíbe a toda persona excepto al autor original o al inventor registrado (o a las personas que hayan obtenido de éstos una autorización o que hayan adquirido los derechos de explotación o la patente de ellos) explotar comercialmente esa cadena de símbolos inteligibles, o de producir algo utilizando tal proceso productivo. Por tanto, el autor o inventor (o quien tiene una autorización o el cesionario de los derechos de explotación) tiene un privilegio jurídico para hacer aquello que ningún otro puede hacer y esto es un privilegio exclusivo. ¿Pero qué imprenta o industria se encuentra vinculada por esta prohibición universal? ¿Qué fábrica u otro lugar de trabajo? La respuesta es «todos y cada uno». La prohibición es ciertamente universal, sujeta a la excepción exclusiva. Por otra parte, tampoco tiene la parte privilegiada un privilegio respecto de alguna cosa en particular. Cualquier imprenta puede ser utilizada, cualquier tipografía, cualquier fábrica. Uno no puede ejercer sus derechos de propiedad intelectual salvo produciendo algunos efectos en el mundo físico, utilizando cosas muebles o inmuebles para hacerlo. Pero la propiedad intelectual no es en sí un derecho de propiedad sobre las cosas que se utilizan o las cosas que son producidas, si bien éstas pueden ser también de uno. Los derechos de propiedad intelectual se enfocan y parecen agotarse en el privilegio en sí mismo. Esto es casi toda, pero no toda la verdad: un examen cuidadoso de la estructura conceptual demuestra que el privilegio es más bien una consecuencia de la propiedad de los derechos autor o de la patente.

Aquí se puede apreciar cómo el derecho opera para producir reificaciones, para producir cosas. Algunos autores, especialmente aquellos que pertenecen al movimiento de los *Critical Legal Studies*, han visto la reificación como un particular vicio del pensamiento jurídico tradicional<sup>21</sup>. Ellos están en parte en lo correcto —en el pensamiento jurídico abundan las reificaciones— pero también están en parte equivocados —no hay nada intrínsecamente vicioso en esto—. Debe considerarse: ¿cuál es la cosa que aquí se está construyendo? Es, claramente, una cosa que existe de acuerdo

<sup>21</sup> Cfr. TWINING y MIERS, 1999: 143-146, 372. La ventaja de la reificación se vuelve clara a la luz de, por ejemplo, REID, K., 1993: 16.

al derecho, dígase, un «derecho de autor», o una «patente», o un «modelo industrial», o una «marca comercial», o un «nombre comercial». ¿Cómo es que estas palabras refieren a cosas? De acuerdo con la teoría institucional del derecho, estas palabras constituyen nombres de hechos institucionales —y esto no constituye nada especial dada la institucionalización envuelta en todas las clasificaciones de las cosas que pueden ser objeto de propiedad en conformidad al derecho—. Que yo sea el titular de los derechos de explotación comercial del presente libro pero que yo se los haya cedido por un determinado período a Oxford University Press es un hecho de la clase relevante. Nuestra apreciación de este caso no se relaciona sólo con hechos físicos —hechos tales como que durante muchos años yo haya trabajado una y otra vez intentando exponer una teoría institucional del derecho, creando eventualmente un archivo maestro accesible desde mi ordenador, que luego imprimí en determinadas hojas de papel y entregué al editor de una casa editorial, para su eventual impresión y encuadernación como libro, ahora en las manos del lector—. A estos hechos físicos, uno debe sumar un juicio en términos de una comprensión de los hechos y relaciones envueltos. Éstos son humanamente significativos porque son imputables a normas humanas de conducta. La existencia de un derecho de *copyright*, tal como la existencia de una cola en el ejemplo introductorio del libro, es una cuestión de «hechos institucionales» no simplemente de «hechos brutos», si bien en este caso las normas de conducta relevantes relacionadas con los derechos de explotación incluyen crucialmente normas del derecho estatal.

El que este complejo de normas regule algo con características de «propiedad» depende de que incluya normas que permitan la realización de transferencias. Estas transferencias entre personas de cualesquiera de los ítems bajo propiedad, o de algún *copyright* o patente en sí, o de alguno de sus incidentes, como en el caso de la autorización para imprimir copias de la obra literaria o para producir bienes por medio del proceso patentado. Las transferencias suponen contratos y los contratos suponen pagos como contraprestación por la transferencia total o parcial. La reificación de privilegios exclusivos de esta clase, por la vía de transformarlos en entidades durables y transferibles, al mismo tiempo comercializa las creaciones e invenciones, convirtiéndolas en un proceso de creación de nueva riqueza como productos de mercado<sup>22</sup>.

Para concluir: los derechos de propiedad intelectual son necesariamente creaciones artificiales del derecho estatal —«cosas institucionales», en la terminología de este libro—. Deben existir leyes que prevean tres clases de disposiciones diferentes, exhibiendo la estructura de reglas característi-

---

<sup>22</sup> MACQUEEN, 1995.

ca de las instituciones jurídicas de acuerdo con la aproximación adoptada en este libro. Primero, deben establecer bajo qué circunstancias y por el acaecimiento de qué hechos surge algún determinado DPI y de qué manera se atribuye su titularidad a una persona en particular como su propiedad. Segundo, deben establecer qué privilegios y qué otros derechos pertenecen al titular del DPI como tal, incluyendo las potestades para autorizar a otras personas usar el DPI bajo ciertas condiciones. Inversamente, las «reglas de intromisión» prohíben a todas las personas actuar de formas que sean caracterizadas como infracciones al derecho, exceptuando al titular del DPI o a quienes cuenten con su autorización. Finalmente, deben especificar cómo y cuándo se extingue algún derecho particular, por ejemplo, por el transcurso del tiempo, y cómo puede ser transferido de una persona a otra, ya sea voluntariamente o por la sola voluntad de la ley.

## 6. FRACCIONANDO LA PROPIEDAD: EL TRUST

El *trust*\* constituye una técnica legal para fraccionar jurídicamente la propiedad sobre un bien o unos bienes determinados del derecho aprovecharlos beneficiosamente. Jurídicamente el *trustee* o los *trustees* detentan el dominio de la cosa sobre la base de un título jurídico apropiado para la cosa en cuestión. Pero el *trustee* o los *trustees* tienen el deber de administrar, usar y conservar la cosa, el objeto del *trust*, exclusivamente en beneficio de las personas en favor de quienes se detenta la propiedad en *trust*, los beneficiarios del *trust*. Un *trust* es normalmente creado mediante un acto específico en virtud del cual el propietario de un bien transfiere la propiedad a un determinado o unos determinados *trustees* para que la detenten en beneficio de uno o más individuos, o para algún objeto de beneficencia pública, en el caso de un *charitable trust*. Pueden existir también casos en los que un *trust* se constituya por la sola voluntad de la ley, en los que el derecho especifica que, por el acaecimiento de determinados eventos, un bien será tenido en *trust* por una persona en favor de otra.

El *trust* se originó en el derecho inglés como resultado de la división histórica entre el *common law*, administrado por los tribunales ordinarios, y la equidad, que era administrada por el *Lord Chancellor* en la Court of Chancery. Las raíces de la jurisdicción del *Chancellor* descansaban en la conside-

---

\* *N. de los T.*: En general se ha preferido preservar la expresión inglesa original *trust* y sus derivados, a pesar de que en rigor es posible traducirla usando expresiones castellanas (como *fiducia*, *fideicomiso*, *propiedad fiduciaria*, etc). La mayor o menor similitud o equivalencia entre las instituciones designadas por esas expresiones, sin embargo, es controvertida, controversia en la cual una traducción no es el lugar para tomar partido. El propio autor, además, enfatiza la peculiaridad del *trust* (*infra*, texto que acompaña a la n. 23).

ración de que existían usos de la propiedad que bien podían estar dentro de las potestades que, en rigor, le corresponden jurídicamente a un propietario, pero que en conciencia un propietario no debería realizar. Un ejemplo es el caso de una persona que antes de partir a un viaje arriesgado confía alguna propiedad a un amigo para que cuide de sus hijos, amigo que después, sin embargo, usa dicha propiedad en su propio beneficio en perjuicio de los intereses de los niños. Se podía solicitar la intervención del *Chancellor* para que impusiera una conducta más apropiada. La jurisdicción del *Chancellor* así era una jurisdicción de equidad, en el sentido clásico conforme al que las rigurosas prescripciones de las leyes debían ser en algunos casos moderadas para obtener un resultado más justo o equitativo. Para hacer valer los deberes de equidad y para asegurar que las potestades legales serían ejercidas de acuerdo con las exigencias de equidad fijadas por el *Chancellor*, existían medidas compulsivas que imponían cargas que podían llegar hasta la privación de libertad.

El resultado de esta separación de jurisdicciones entre el *common law* y la equidad hizo posible el desarrollo de dos complejos de reglas paralelos, uno que regulaba la propiedad en conformidad al *common law*, y otro que regulaba su ejercicio y aprovechamiento de acuerdo a los dictados de la equidad. Así dentro de un mismo sistema jurídico, el de Inglaterra y Gales, se desarrolló una forma de propiedad fraccionada, en virtud de la cual los títulos jurídicos y de equidad respecto de un determinado bien pueden ser detentados por diferentes personas. Desde el punto de vista de alguien que tiene la propiedad de muchas cosas, puede ser el caso que algunas de éstas le pertenezcan tanto en derecho como en equidad, como pleno propietario, mientras otras le pertenezcan sólo como *trustee* en beneficio de otro. Éste último tiene en equidad la propiedad de las cosas que son objeto del *trust*. De esto se derivan ciertos problemas respecto de los terceros: ¿qué sucede si una persona enajena un bien que detenta como *trustee*?, ¿el tercero adquirente detenta la cosa como *trustee* en favor del beneficiario original, o adquiere la propiedad plena, dejando al enajenante en posesión del precio de la compraventa en *trust* en favor del beneficiario?

La regla general en relación con los terceros es que se adquiere la plena propiedad libre de todo gravamen por parte del tercero adquirente sólo si éste ha adquirido la cosa de buena fe, sin que tenga o se le pueda atribuir conocimiento del *trust*, y siempre y cuando haya pagado el total del valor de la cosa. En este caso el *trust* original se mantiene entre el *trustee* y el beneficiario pero en relación con el precio obtenido con la venta y en relación con cualquier bien que se adquiriera con éste. En los demás casos, el tercero adquirente detendrá la cosa con el gravamen del *trust* en favor del beneficiario. (Alternativamente, el acto por el que se constituyó el *trust* puede otorgar al *trustee* potestades de administración, incluyendo potesta-

des para adquirir y enajenar los bienes, cuando esto sea conveniente para los intereses del o los beneficiarios. En este caso, por supuesto, el tercero que de buena fe adquiere de un *trustee* que está ejerciendo de buena fe estas potestades, adquiere la plena propiedad del bien libre de todo gravamen). Todo esto parece formar una imagen bastante simple, pero apenas es necesario decir que en los sistemas paralelos del *common law* y la equidad —que desde 1873 son administrados por un único sistema de tribunales de justicia en Inglaterra y Gales, como sucede en la mayoría de los países del *common law*— ha adquirido una notable complejidad en sus detalles. Pero también ha permitido variados y versátiles modos de desconectar el aprovechamiento del valor económico de los aspectos técnicos de la propiedad.

La especial división entre derecho y equidad que se logró en Inglaterra y en países con sistemas jurídicos derivados del inglés es única, y otros sistemas han luchado por obtener el tipo de fragmentación interna que implica en relación con los derechos reales. Y es que las ventajas que el derecho de *trusts* permite obtener son fáciles de apreciar. Algunos sistemas de la tradición del derecho civil (o mixtos) poseen versiones de los *trusts* relativamente desarrolladas, especialmente aquellos que han estado bajo una influencia importante (directa o indirecta) del derecho inglés, como el de Escocia y otras jurisdicciones civiles en la *Commonwealth* y de los Estados Unidos. Existen problemas para hacer operativo esto donde no existen rastros históricos de la diferenciación jurisdiccional entre tribunales ordinarios y tribunales de equidad —¿cómo pueden existir *trusts* sin equidad, en el sentido de una jurisdicción de equidad diferenciada?—<sup>23</sup>.

El problema es que una distinción conceptual entre derechos reales y derechos personales tal como la propuesta en el presente capítulo crea dificultades para explicar la posición del beneficiario de un *trust*. Ciertamente, los derechos del beneficiario en contra del *trustee* son, en principio, derechos personales, derechos respecto del *trustee* «a» las cosas, pero no «en» las cosas. En relación con el resto del mundo, el *trustee* es el titular de los derechos reales en las cosas sujetas al *trust* y, por tanto, cualquier enajenación por el *trustee* a un tercero es en principio eficaz en favor de éste. Sin embargo, si el tercero adquirente tiene conocimiento del *trust* no hay ninguna razón por la cuál los derechos personales del beneficiario no deban continuar gravando la propiedad por la vía de vincular al nuevo dueño. Esto claramente ocurre así, a menos que se hayan adoptado ciertas medidas con el objeto de asegurar que el *trust* recaerá sobre los nuevos bienes que sean adquiridos por el *trustee* original en sustitución de lo que ha sido enajenado

<sup>23</sup> GRETTON, 2000.

en favor de un tercero. Los derechos personales del beneficiario pueden no ser más que derechos *a* la cosa, pero a pesar de esto se mantienen junto a la cosa y vinculan sucesivamente a cada nuevo dueño de la cosa, excepto en el evento en que el comprador esté de buena fe y haya adquirido la cosa por un valor que no parezca disminuido por consideración al *trust*. Los derechos personales del beneficiario, entonces, adquieren gran parte de la importancia económica de un derecho real sin que ello modifique su naturaleza jurídica.

Es fácil explicar esto en el contexto de los sistemas jurídicos en los que el *trust* existe. Si existen sistemas paralelos de propiedad dentro un mismo sistema jurídico, es posible que existan derechos reales y personales en cada uno de éstos. El propietario en equidad de un bien tiene un derecho real en equidad en éste; el propietario en conformidad al *common law* tiene un derecho real en éste según el *common law*. ¿Cómo entonces se relacionan éstos? La respuesta es que los derechos reales en equidad pretieren a los derechos reales derivados del *common law* en todo lo que diga relación con el aseguramiento del aprovechamiento de los beneficios de la propiedad, excepto en el caso de un tercero adquirente de un derecho real derivado del *common law* que haya pagado el total de su valor sin tener conocimiento actual o presunto de la existencia de un derecho en equidad que grave la propiedad. En ese caso, el derecho real en equidad es derrotable en favor del derecho derivado del *common law*. Los derechos en equidad, si bien son derrotables, son derrotables sólo en contextos estrictamente determinados<sup>24</sup>, por lo que pueden ser adecuadamente considerados como especies de derechos propietarios.

## 7. CONCLUSIÓN

La propiedad en todas sus formas depende de normas, y la propiedad jurídicamente depende de y es definida por normas (reglas, principios, etc.) de sistemas jurídicos particulares, estructuradas del modo en que se ha explicado. Qué tipos de propiedad reconocer y cuán extensamente reconocer diversos tipos, es una cuestión política, guiada por la economía y quizás por la filosofía moral. Esto es particularmente obvio, y en ocasiones bastante controvertido, en el caso de la propiedad intelectual, por razones a las que se volverá en el capítulo XIII. Por ahora, basta con decir esto: en principio, al menos, se podría abolir toda forma de propiedad privada y prohibir todo uso de cualquier cosa salvo aquellos usos particulares permitidos por la au-

---

<sup>24</sup> Sobre la derrotabilidad en general véase cap. IX, apdo. 4, *infra*, y MACCORMICK, 2005a: 237-53; también TUR, 2001.

toridad pública mediante permisos en favor de personas particulares. Dado que esto es posible, se sigue que una completa socialización de la propiedad es posible y podría todavía permitir satisfacer la necesidad de que las cosas particulares sean efectivamente usadas por personas particulares. Tal «administración de las cosas», sin embargo, difícilmente podría mantenerse lejos del Estado, por lo que se necesitaría un enorme aparato de derecho público y una enorme variedad de agencias institucionales públicas para la regulación de la administración de las cosas. En la medida en que se reconozca la propiedad privada, ésta implicará una devolución del poder sobre el uso y disfrute de las cosas a la discreción de cada miembro de una multitud de personas de un modo que varía constantemente en el contexto de los mercados donde sea que existan. La cuestión de cuán deseable sea eliminar esta devolución de poderes es diferente de la cuestión de su posibilidad. Dejando a un lado la completa socialización, puede afirmarse con seguridad que todos los sistemas jurídicos permiten algunas formas de propiedad privada que pueden detentar algunas clases de personas (según corresponda en conformidad a estatus y capacidad) sobre algunas clases de cosas. Y todas las formas de propiedad y de los derechos reales asociados pueden ser entendidos en términos del análisis aquí presentado.



## CAPÍTULO IX

### POTESTADES JURÍDICAS Y VALIDEZ

#### 1. INTRODUCCIÓN

La idea de cambio resulta esencial para la discusión de las potestades o poderes. En general, «poder» hace referencia a la capacidad para causar o impedir la modificación de un determinado estado de cosas existente. Entre seres humanos, el poder de uno sobre el otro consiste en la capacidad para, en un determinado contexto, producir cambios afectando los intereses del otro sin importar su consentimiento. Las personas normalmente actúan, y siempre tienen razones para actuar, de acuerdo con sus intereses. Por tanto, que alguien tenga un poder sobre otro, en el sentido de que sea capaz de afectar los intereses de otro sin importar su consentimiento, significa que es capaz de modificar unilateralmente las razones para actuar que tiene el otro. Alguien que tiene poder sobre otro es capaz de imponerle razones para actuar o no actuar que de otro modo no habrían existido. En la medida en que las personas actúan generalmente de acuerdo con las razones que tienen para actuar, se sigue que tener poder implica tener la capacidad para hacer que las personas hagan cosas, para que realicen una acción que de otro modo no hubieran realizado. El ejercicio del poder afecta el modo en que es racional para las personas actuar.

El poder interpersonal es, por tanto, un factor en el razonamiento práctico; es un factor relevante en las deliberaciones prácticas tanto de quien detenta el poder como del que está sujeto al poder. Algunas veces el ejercicio de un poder puramente físico, o de la compulsión psicológica a través del ejercicio de un carisma especial, puede simplemente avasallar la voluntad

o la razón de otro. Pero en términos generales, y dejando de lado estas excepciones, el poder opera a través de la razón, y hace posible entender el comportamiento y la acción humana a partir de algún tipo de explicación racional o motivacional. El poder de un tipo puramente mecánico es diferente. Decir que el poder del campo gravitacional de la luna causa que las mareas suban o bajen, no hace a nadie pensar que el mar responda a las exigencias o deseos de la luna. Algunos sostienen, con Michel FOUCAULT<sup>1</sup>, que las estructuras sociales están dotadas de una forma análoga de poder extraña a la razón práctica. Éste es un poder que, como el poder mecánico, opera sin apelar a la razón y la deliberación, y que permite explicar eventos sociales y sus resultados en términos de operaciones de estructuras sociales sin tomar en cuenta decisiones o motivaciones individual. Poder en este sentido socio-estructural puede ser considerado como una posible fuente o fundamento del poder interpersonal que es analizado aquí. Porque si se preguntara cómo es que sucede que una persona pueda actuar de maneras que afecten los intereses de otros con independencia de su consentimiento, parece probable que será altamente relevante tener en cuenta algunos aspectos socio-estructurales de la situación de las partes.

Hasta aquí nos hemos referido sólo al poder de facto, poder para efectivamente cambiar la situación fáctica de modo tal que los intereses de otro son afectados modificando así sus razones para actuar o no actuar. Cuando se considera, en cambio, un orden normativo, la atención se vuelve hacia la posibilidad de producir cambios en relación con lo que es lícito o ilícito hacer. En la medida en que las ideas de lo lícito o ilícito pertenecen al ámbito de las razones para la acción, se sigue que debe reconocerse la posibilidad de una potestad normativa como una forma especial de poder interpersonal. Ésta existe cuando una persona es capaz de cambiar las formas en que es, de acuerdo a un cierto orden normativo, lícito o ilícito actuar, o cuando es capaz de cambiar estas posibilidades, más simples, de cambios.

La potestades normativas consisten, entonces, en la capacidad de tomar decisiones que cambian lo que una persona debe o no debe hacer, o puede o no puede hacer, o lo que una persona es capaz o no es capaz de hacer, en el marco de algún orden normativo<sup>2</sup>. Algunas veces, como se verá, estos cambios requieren del consentimiento de la persona o personas afectadas, algunas veces no.

Vale la pena repetir que este poder, el de las potestades normativas, se distingue del poder de facto. Esto permite sentar las bases para distinguir entre las potestades normativas y de una forma de poder íntimamente vincu-

<sup>1</sup> FOUCAULT, 1979: 93; FOUCAULT, 1980 y véase COTTERRELL, 1992: 297-298.

<sup>2</sup> Cfr. MACCORMICK, 1972 y la réplica de J. RAZ en el mismo volumen (79-103).

lada y entremezclada con éstas, el poder político. El poder político es un poder sobre las condiciones de vida en una comunidad o sociedad humana determinada. Es la capacidad para adoptar decisiones eficaces en todo aquello que se relacione con el bien común de sus miembros, y en todo aquello que afecte a la distribución de los bienes económicos disponibles para éstos. La adopción de tales decisiones tiene una influencia importante en las razones que guían las acciones de las personas en las relaciones sociales que tienen entre sí. El poder político es un poder de facto, que tiene relación con lo que efectivamente puede ser obtenido a través de las decisiones de quienes detentan ese poder<sup>3</sup>.

Sin embargo, dado que la capacidad para hacer tales cosas depende en un grado considerable de la opinión de los miembros de la sociedad, especialmente de la opinión acerca de la legitimidad de las decisiones que ha adoptado el agente, se sigue que el poder político es rara vez independiente de potestades jurídicas. Pues la legitimidad depende en gran parte de que la posesión del poder o autoridad haya sido conferida por el orden jurídico, en la medida en que no proviene del puro respeto tradicional por el de las cosas tal como ha sido desde siempre, ni responde al carisma o magnetismo personal del líder político<sup>4</sup>. Inversamente, la estabilidad de todo orden normativo institucional depende en una medida considerable en la posibilidad de que se ejerza el poder de facto en la configuración política. En consecuencia, si bien es importante distinguir el poder político de las potestades jurídicas, parece improbable de que alguno pueda subsistir sin tener la complementación del otro; con certeza no lo pueden en cualquier sociedad cuyos miembros aspiren a coexistir en un Estado de derecho (o en un «Estado constitucional») organizado bajo el *rule of law*<sup>5</sup>.

## 2. EL DERECHO COMO HABILITADOR

Es una verdad evidente e importante acerca del derecho el que éste así tanto como obliga, habilita. En gran medida, *El Concepto de Derecho* de H. L. A. HART es una explotación del significado teórico de esta idea<sup>6</sup>. El de-

<sup>3</sup> LOUGHLIN, 2003: 89-90, afirma correctamente que yo concibo el poder político como una especie de «poder de facto», pero, como el presente argumento hace obvio, no hay mérito alguno en su observación de que en mi concepción esto depende de algo más que la «relación entre gobernantes y gobernados».

<sup>4</sup> RHEINSTEIN, 1967: xxxi-xxxv. Cfr. COTTERELL, discutiendo la teoría de Max Weber acerca de la «dominación legítima», en COTTERELL, 1995: 137-139.

<sup>5</sup> Cfr. LOUGHLIN, 2003: 88-89 sobre la interacción y el apoyo mutuo entre poder político y potestades legales. Él difiere de lo que sostengo menos de lo que cree.

<sup>6</sup> HART, 1994 (especialmente, 27-42).

recho otorga potestades del mismo modo que impone deberes. Éstas pueden ser potestades que se ejercitan en tanto personas privadas, por ejemplo, para contraer matrimonio, otorgar un testamento, o para celebrar compraventas de productos y acciones societarias. O puede tratarse de potestades que se pueden ejercer en tanto titular de un cargo público, por ejemplo, en tanto miembro de un parlamento que vota respecto de un proyecto de ley, en tanto juez que conoce y juzga una demanda judicial, en tanto oficial del servicio de impuestos que comunica un requerimiento de pago de lo adeudado a título de impuestos, en tanto autoridad municipal que aprueba planes de desarrollo inmobiliarios en conformidad alguna legislación urbanística, o en tanto funcionario público que realiza un pago de un beneficio de seguridad social. La diferencia entre potestades públicas y privadas es desarrollada en toda su complejidad en el próximo capítulo.

Este aspecto habilitador del derecho envuelve la capacidad legalmente atribuida de alterar las situaciones o relaciones jurídicas de los sujetos de derecho. Las potestades en derecho son en su forma más simple poderes para variar de alguna manera lo que es lícito o ilícito hacer. Por ejemplo, al consentir tomar parte de un combate de boxeo con *B*, *A* excluye (válidamente) la ilicitud de las lesiones que *B* le pueda inferir, en la medida en que éstas provengan de agresiones físicas que sean aceptables bajo las reglas del boxeo. Golpear deliberadamente la cabeza y el cuerpo de otro no constituye un ilícito en un combate de boxeo apropiadamente supervisado y conducido, si bien el tipo de agresiones envuelto sería considerado ilícito en casi cualquier otro contexto. En la medida en que es posible cambiar los modos en que se pueden realizar estos cambios en lo que es lícito o ilícito, pueden existir potestades mucho más complejas. Tales potestades complejas incluyen la potestad de conferir, variar o restringir potestades y relaciones asociadas tales como potestades para imponer, conferir, variar o restringir deberes y derechos.

En la concepción del derecho de HART, y la de otros derivadas de éste, las reglas que confieren potestades son consideradas como una categoría especial de reglas. Éstas serían reglas que guían tanto la conducta como el juicio acerca de esta conducta por vía de prescribir lo que debe hacerse para ejercer una determinada potestad, sea pública o privada. Las potestades jurídicas tienen relación con la producción de cambios en las situaciones jurídicas. Para producir un determinado cambio, uno debe actuar del modo prescrito por la ley que confiere la potestad. Si uno lo hace, el acto realizado es válido y el cambio tiene lugar; si no, es inválido y, por tanto, ineficaz o, al menos, es imperfecto en sus efectos<sup>7</sup>. En cuanto tienen relación con la formación de juicios, las reglas que confieren potestades hacen posible

---

<sup>7</sup> HART, 1994: 92-97; RAZ, 1980: 156-166 y 224-230.

distinguir entre resultados válidos e inválidos de actos realizados con la intención (actual o imputada) de producir determinados cambios jurídicos que de otro modo no tendrían lugar. El ejercicio válido de una potestad es eficaz para producir el efecto de cambiar una situación jurídica en alguna forma, y por cierto frecuentemente produce todo un complejo conjunto o serie de cambios. Cualesquiera que sean las razones que se tenga para producir tales efectos, éstas serán las razones para cumplir los requisitos de validez que el derecho impone. Tales requisitos, entonces, son en sentido kantiano exigencias con carácter hipotético, al menos en el caso de las potestades privadas. Hay ciertas cosas que uno debe hacer si quiere producir ciertos efectos jurídicos, pero no si uno no quiere. Por contraste, si bien muchas potestades públicas envuelven una amplia discreción en relación con su ejercicio, siempre deben ejercerse de acuerdo a un juicio consciente acerca del interés público<sup>8</sup>. Otras pueden estar sujetas a un ámbito más restringido de discrecionalidad y, más aún, algunas pueden ejercerse sólo cuando existe el deber de ejercerlas, como cuando una petición o solicitud de algún tipo es válidamente presentada por medio del ejercicio de una potestad privada.

Una completa comprensión de una potestad particular cualquiera (y, generalizando, una adecuada comprensión del concepto de «poder» en su sentido normativo) supone una adecuada consideración de todo el abanico de circunstancias que son requeridas para el ejercicio válido de la potestad<sup>9</sup>. Las condiciones para el ejercicio válido de una potestad jurídica son siempre complejas en alguna medida y en cada caso deben abarcar los siguientes elementos:

- a) ¿Cuál o cuáles personas, teniendo
- b) qué capacidad activa, o bien qué competencia sobre la base de que se detenta un determinado cargo o puesto,
- c) en qué requeridas circunstancias, y
- d) en ausencia de qué factores o circunstancias que puedan viciar el acto,
- e) cumpliendo qué formalidades o solemnidades, si es que alguna, y
- f) a través de qué acto,
- g) respecto de qué otra u otras personas, si es que alguna,
- h) teniendo qué capacidad general,
- i) puede válidamente producir un determinado efecto jurídico?

Los puntos *a)* y *b)* ponen atención en las calidades requeridas para detentar y ejercer una potestad jurídica determinada. Las potestades privadas

<sup>8</sup> Esto es discutido con más detalle en capítulo X; las potestades públicas son potestades para actuar en el interés general.

<sup>9</sup> Cfr. MacCORMICK, 2005a: 249-251.

dependen de las características generales (tales como la edad, sanidad mental, género, ciudadanía, y más generalmente «estatus») que determinan la «capacidad transaccional» en las variadas formas en que se ha discutido en el capítulo V. Uno puede celebrar un contrato sólo si es que tiene la necesaria capacidad activa, y sólo con otra parte que también detente dicha capacidad [punto (h)]. Las potestades públicas dependen de una competencia determinada, fundada en que se detenta un determinado puesto o cargo jurídicamente definido, normalmente tras un procedimiento de designación o nombramiento válido, por lo que la validez del ejercicio de la potestad depende de la validez de la posición del titular del cargo o puesto. Tales potestades envuelven el ejercicio de «autoridad» en la medida en que pueden envolver la capacidad de cambiar una determinada situación jurídica sin que sea necesario obtener el consentimiento de las partes afectadas.

Los elementos *c)* y *d)* atienden a la forma en que deben ejercerse las potestades. Éstas sólo pueden ejercerse ante la presencia de determinadas condiciones *c)*. Su ejercicio puede ser todavía derrotado o viciado *d)* por la presencia de circunstancias adversas tales como el error, la intoxicación, la coacción, el cohecho, la implicancia o la invalidez del nombramiento o designación, en el caso de las potestades públicas.

Los elementos *e)* y *f)* atienden al hecho de que el ejercicio de una potestad exige la realización de algún acto, posiblemente acompañado por algunas solemnidades o formalidades de procedimiento o de ejecución. Los puntos *g)* y *h)* atienden a algo particularmente importante en el caso de las potestades privadas, a saber, el que comúnmente estas potestades sólo pueden ser ejercidas respecto de otras personas que por su parte tienen la capacidad correspondiente. De hecho, normalmente tienen una potestad recíproca, la de aceptar o rechazar una oferta propuesta por la otra parte que dio inicio al acto de ejercicio de la potestad: por ejemplo, si *A* le propone a *B* matrimonio o alguna otra oferta contractual determinada, esta oferta debe encontrarse con la aceptación de *B*, aceptación que debe ser en los mismos términos propuestos por la oferta. Cuando existe tanto una oferta válida como una aceptación válida, el acto conjunto de las partes es eficaz para que se produzca el acuerdo válido en cuestión. Las potestades de este tipo son, en un sentido obvio, esencialmente bilaterales y se encuentran en contraste con las potestades que pueden ejercerse por una persona respecto de otra sin que sea necesario el consentimiento de ésta (potestades «unilaterales»)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Incluso en el caso de las potestades bilaterales, alguien tiene que realizar la primera moción y al realizarla se cambia unilateralmente la posición de la otra parte. Si uno le hace una oferta a otro, aunque no sea bienvenida, uno de todos modos le confiere al otro una potestad para aceptarla o rechazarla. Sólo si el otro acepta, por cierto, el contrato se perfeccionará.

Esto lleva a considerar la cuestión de en qué sentido exactamente las potestades deben ser conceptualizadas en términos relacionales como si tuvieran alguna forma de «correlativo». ¿Son las potestades «atributos relacionales»<sup>11</sup>? Como se acaba de ver, es normal que las potestades privadas sean bilateralmente relacionales en el sentido de que su ejercicio pleno exige la interacción recíproca o consensual de dos o más partes, cada una teniendo las capacidades requeridas. Por otro lado, las potestades públicas para legislar o para realizar actos administrativos no requieren característicamente ninguna interacción recíproca o consensual de este tipo y, por tanto, no son en este sentido bilaterales. Pero siempre puede presentarse la cuestión de si una persona determinada está o no sujeta a la potestad ejercida por otro. Quizás un oficial de policía pretenda arrestar a una persona que se ha negado a dar determinada información pedida por el oficial. O, más espectacularmente, un juez federal pretende ordenar al presidente la entrega de determinadas cintas que se encuentran en su posesión. En cada caso la cuestión es si el modo en que pretende ejercerse la potestad resulta válido respecto de la otra persona en las circunstancias dadas. Otro problema similar es el de si una legislatura cuyo poder está sujeto a determinados límites puede válidamente aprobar leyes para prohibir o restringir la realización de abortos o, por cierto, para remover restricciones existentes.

Sobre la base de esta explicación, dado que los actos de ejercicio de las potestades pretenden modificar una posición legal de algún modo, siempre existe un aspecto relacional en el ejercicio de un potestad. Pues siempre está abierta a la cuestión de qué personas pueden ver su situación jurídica alterada de ese determinado modo por ese acto del titular de la potestad. HOHFELD usó el término «sujeción» para denotar esta exposición al ejercicio válido de una determinada potestad. Aunque éste es un uso que tiene el riesgo de producir confusiones, dado que el término se usa generalmente en otro sentido<sup>12</sup>, se ha vuelto tan extendido en este contexto que no se puede sustituir por algún otro potencialmente preferible como «susceptibilidad».

Es claro, de todos modos, que no es necesario tener siempre en cuenta el carácter relacional de una potestad. Por ejemplo, cuando se contempla la potestad legislativa del parlamento, una rara vez toma nota de que todos los sujetos al sistema jurídico son susceptibles de ser afectados por la nueva legislación, si bien esto es así. Sólo las ya mencionadas potestades privadas bilaterales y otras como éstas tienen que ser contempladas en estos términos en todos los casos. Pero para todo poder, hay circunstancias en las que se vuelve importante con-

<sup>11</sup> Véase *supra*, en la introducción a la segunda parte, la nota 2, sobre «atributos relacionales».

<sup>12</sup> HOHFELD, 1919: 50-59; sobre el sentido normal de «liability», véase MACCORMICK, 2005a: 75-79.

siderar su aspecto relacional. De cualquier ejercicio de una potestad es posible preguntarse si la persona respecto de la cual se ejerció es susceptible de verse afectada por él. Y sobre una base ampliamente aceptada de justicia procesal, toda parte que se vea afectada debe tener la oportunidad de plantear en contra de cualquier ejercicio de una potestad, cualquier objeción apropiada y susceptible de ser probada que sirva para mostrar que dicho ejercicio no fue eficaz.

Esta observación nos retrotrae a la cuestión de las condiciones que constituyen vicios que invalidan el ejercicio de una potestad que de otro modo hubiera sido apropiado. Los puntos *c)* y *d)* en la lista de cuestiones que deben ser determinadas para la completa especificación de una potestad consistían en:

- c)* sujeto a qué circunstancias requeridas, y
- d)* en la ausencia de qué factores o circunstancias que puedan viciar el acto.

Como se ha visto, el ejercicio de una potestad exige que exista una persona con la capacidad o competencia apropiada que realice un cierto acto de una forma determinada o a través del procedimiento correspondiente. Adicionalmente, no obstante, deben darse las correspondientes circunstancias de fondo. Éstas pueden ser, por ejemplo, la previa posesión de un derecho de propiedad que se pretende transferir, o realizar la debida manifestación, como en el caso de la celebración del matrimonio, o tener una intención adecuada, como la intención de crear relaciones jurídicas (contrato), la de constituir un *irrevocable trust* (*trust*), o similares. Tales condiciones «positivas» están dentro del conocimiento y, en cierto grado, bajo el control de la parte que pretende ejercer la potestad. Éstas contrastan en alguna medida con las condiciones «negativas» referidas en *d)*. Se trata de circunstancias cuya ausencia es requisito de validez del ejercicio de la potestad. Su presencia vicia lo que sería de otro modo un ejercicio válido de la potestad, como, por ejemplo, la equivocación (error) de alguna o ambas partes, el dolo, la contravención no deliberada de alguna disposición jurídica colateral, o la motivación antijurídica o inmorale de alguna o ambas partes. Este tipo de vicio puede descansar en algún principio jurídico del trasfondo, no necesariamente en una regla, o condición explícita, o excepción especificada a través de su formulación como regla. Cuando una viuda reclama el pago de una pensión de viudez sobre la base de la muerte de su marido, puede ser contrario a un principio (no a ninguna regla específica de la legislación sobre las pensiones) otorgar dicha pensión si es que la muerte del marido fue causada por la ahora viuda<sup>13</sup>. Estas causales de invalidación son normalmente de un tipo tal que están fuera del control de la persona que

<sup>13</sup> Cfr. la discusión de *R v. National Insurance Commissioner, ex parte Connor* [1981] 1 All ER 770, en MACCORMICK, 2005a: 242-243.

ejerce la potestad, para quien incluso puede ser imposible conocerlas. Problemas similares pueden surgir en relación con la capacidad tanto de quien ejerce la potestad como de la otra parte en el caso de las potestades estrictamente bilaterales. Cada vez que una persona actúa con la intención de ejercer una determinada potestad puede (con asistencia legal o no) adoptar todos los pasos necesarios para asegurar la regularidad en los asuntos que están bajo su control o de los que tiene conocimiento, y puede aplicar una considerable diligencia en revisar que no esté presente alguna circunstancia que vicie el acto. Pero a pesar de todo seguirá existiendo algún riesgo, normalmente la mínima probabilidad, de que aparezca algún defecto. Esto puede hacer defectuoso un ejercicio aparentemente válido de una potestad. Esto a su turno puede significar que el acto sea nulo *ab initio* o de que se haya vuelto anulable (invalidable) en sus efectos desde el momento en que la presencia del defecto sea descubierta o desde algún momento anterior o posterior determinado por las disposiciones jurídicas correspondientes.

¿Qué más debe decirse acerca de los efectos jurídicos de los actos mediante los que se ejerce una potestad? Frecuentemente éstos se relacionan con y fluyen de la creación de alguna figura de tipo institucional<sup>14</sup>. Típicamente las potestades son potestades para producir alguna figura jurídica, alguna nueva constelación de relaciones jurídicas. Las figuras jurídicas particulares son instancias de «instituciones» abstractas del derecho privado o comercial, tales como el matrimonio, el contrato, el *trust*, la transferencia de propiedad o la constitución de una sociedad anónima.

En derecho público, las leyes aprobadas por el parlamento son casos de legislación vinculante; las decisiones judiciales particulares son casos de la formulación de un juicio jurídico y otorgamiento de tutela judicial, de sentencia penal condenatoria o de orden de derecho público; los oficiales del servicio de impuestos despachan requerimientos de pago derivados de declaraciones de impuestos; las autoridades locales otorgan permisos de construcción para obras a realizarse en un lugar determinado bajo determinadas condiciones, etc. Estas figuras particulares, que constituyen casos de tales instituciones, tienen una duración en el tiempo que va desde el momento de su establecimiento válido hasta el momento de su terminación, que se produce por un ejercicio ulterior de una potestad o por el acaecimiento de algún otro evento legalmente determinado (p. ej., la muerte de alguien). Durante su existencia válida (y en ocasiones aun después de ésta) funcionan como condiciones para el surgimiento de ulteriores consecuencias jurídicas, incluyendo deberes y derechos de personas particulares o de personas en general, y también varias formas de potestad. Esto permite explicar la forma en que el ejercicio válido de po-

<sup>14</sup> MACCORMICK, 1998a: 73-82.

testades implica la eficaz producción de cambios en relaciones jurídicas. Lo que es válido o inválido es la figura particular (o cosa-institucional, o agencia-institucional, como, por ejemplo, una sociedad anónima) que alguien pretende establecer. Dado que tales figuras son normativas en su contenido, alterando deberes, derechos o potestades de otras personas, de la validez de la figura se sigue la validez de las normas que ella implica.

Todo esto en conjunto forma una razón de peso para apartarse de la idea de HART de que cada potestad deriva de una única «regla que confiere potestad», una por cada potestad, por así decirlo. Contémplese por un momento el derecho acerca de la formación de los contratos, o acerca de la constitución de las personas jurídicas, o de la constitución de *trusts*, o en relación con prácticamente cualquier institución jurídica significativa. Aquí, con toda seguridad, muchas reglas y principios respaldados por diversos precedentes, contenidos también a menudo en disposiciones legislativas y en códigos normalmente, interactúan en la determinación de las cuestiones que se han resumido en la lista *a)-h)* presentada más arriba. La relación potestad/sujeción depende, por cierto, del derecho, pero no porque una regla confiere o establece cada potestad jurídica. La posibilidad de la creación válida de una figura particular dentro de un marco institucional supone la posesión de una potestad por personas que tengan la capacidad correspondiente. Otorga la habilidad para cambiar la situación normativa de sí mismo y de otros, lo que ha sido identificado aquí como conceptualmente central para la idea de potestad normativa. Tales relaciones resultan de la aplicación de reglas y principios jurídicos a personas particulares en situaciones particulares. No son establecidas por reglas singulares discretas.

### 3. VALIDEZ

La idea de validez, entonces, se relaciona con las condiciones para la existencia de todo tipo de normas institucionalizadas. De modo similar, KELSEN considera que la validez es el «particular modo de existencia» de las normas jurídicas<sup>15</sup>. Existe una posición relacionada de KELSEN, o quizás de sus traductores, conforme a la que «válido» y «vinculante» [*binding*] serían sinónimos<sup>16</sup>. Que sea válido significa que es vinculante y viceversa.

<sup>15</sup> KELSEN, 1967: 213 acerca de la validez como modo de existencia; KELSEN, 1991: 2-3; también en 28, 171-172, donde KELSEN atribuye a las normas una existencia «*ideell*» (en alemán), que es equivalente a la existencia en tanto que «hecho institucional» en el uso propuesto en el presente libro.

<sup>16</sup> KELSEN, 1967: 193: «Que una norma respecto del comportamiento de los seres humanos sea «válida» significa que es vinculante —que un individuo debe comportarse en la manera determinada por la norma—».

El que una norma sea válida o vinculante es lo que le hace ser una norma jurídica.

Esto no es convincente en relación con la idea de lo vinculante. La validez tiene relación con la satisfacción de las condiciones para el correcto y exitoso ejercicio de una potestad. El matrimonio, contrato, o *trust* son válidos si las partes han hecho todo correctamente en el sentido de lo listado más arriba desde *a)* hasta *h)*. Los actos que ejercen correctamente alguna competencia pública resultan en un permiso de construcción válido, o en una ordenanza local, o en un requerimiento de pago de impuestos —o, para dar un ejemplo más imponente, una directiva del Consejo y del Parlamento de la Unión Europea—. La apreciación de la dimensión de validez/invalididad tiene relación con la satisfacción de las condiciones preestablecidas que rigen el ejercicio de un potestad. El que algo sea vinculante, sin embargo, es algo diferente a que sea válido, si bien es una de las consecuencias de la validez. Es porque un contrato es válido que las partes tienen que cumplir las obligaciones recíprocas que han contraído. Más aún, en el evento de una controversia jurídica, un tribunal que declare válido un contrato tiene que aceptar las acciones de responsabilidad civil contractual interpuestas por la parte que pueda probar que ha sufrido un daño como consecuencia del incumplimiento de la otra parte. Dado que se ha otorgado un permiso de construcción válido, el beneficiario del permiso tiene el derecho activo a llevar a cabo la obra bajo las condiciones que válidamente se han impuesto con el permiso. Los tribunales tienen que amparar su derecho a hacerlo en caso de que se le oponga alguna obstrucción física o si es impugnado jurídicamente. Una directiva válida vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea que tienen que reformar su legislación nacional para dar efecto a los términos de la directiva, y el derecho nacional así enmendado vincula tanto a los ciudadanos, como a los tribunales y los funcionarios estatales. En términos generales, las figuras jurídicas vinculantes son aquellas que deben ser cumplidas por aquellos cuyas obligaciones determinan y deben ser respetadas por los tribunales y por los demás funcionarios públicos en el desempeño de los deberes de sus cargos.

No todo lo que es vinculante para las personas privadas o para quienes detentan funciones públicas adquiere un carácter vinculante en virtud de alguna figura jurídica específica deliberadamente establecida del tipo que se ha estado discutiendo. En el caso de una constitución puramente funcional como la que tiene el Reino Unido, la base última de algunas de, aunque no de todas, las reglas y principios fundamentales de la constitución está dada por la costumbre más que por su establecimiento formal. Incluso en el caso de los países que han adoptado una constitución formal, el acto de adoptar la constitución y los principios que guían su interpretación razonable no derivan en sí mismos del ejercicio válido de alguna potestad previamente

otorgada. Esto es especialmente obvio cuando la constitución funcional de un país opera sobre la base de interpretaciones razonables de la constitución formalmente adoptada, guiada por principios apropiados. Como se ha discutido en el capítulo III, lo que da a una constitución su carácter vinculante y asegura su existencia como una constitución funcional es el cumplimiento consuetudinario de la norma no puesta y no institucionalizada de que la constitución debe ser respetada por quienes detentan las funciones públicas que ésta establece. Todos los órdenes normativos formales se erigen sobre el fundamento de la costumbre, esto es, de un orden normativo informal.

Existe sin duda un punto de vista estrictamente teórico desde el cual todo derecho y figura jurídica presuntamente existente o bien tienen en derecho una existencia perfecta y válida, o bien no la tiene (o está sujeto a ser válidamente anulado en el acto de aplicación correspondiente). Tales concepciones teóricas prestan atención solamente a cuestiones relacionadas con la existencia y la inexistencia, y con las condiciones relevantes para éstas (esto es, están preocupadas exclusivamente de cuestiones puramente ontológicas). Pero en el mundo práctico de las personas que buscan actuar en el marco y bajo el derecho, este punto de vista no está normalmente disponible en una forma pura. Las personas actúan dentro de los límites de las provisiones y de la información disponible tanto en las cuestiones de hecho como en las cuestiones de derecho que exigen una deliberación cuidadosa y reflexiva acerca de asuntos de principios. Ellas de hecho, y no pueden sino hacerlo, actúan en no poca medida de manera confiada. La concepción práctica humana del mundo no es *sub specie aeternitatis* sino de momento a momento, y uno se hace consciente de los eventos a medida que suceden y responde de la mejor manera que puede a la luz de la deliberación y de la información disponible. Como se ha sugerido en el capítulo IV, las reglas se vuelven inconscientes y los hábitos se convierten en la base de las acciones.

Por cierto una particular virtud de las instituciones y figuras jurídicas es que éstas estabilizan a través del tiempo las posiciones jurídicas que uno tiene. Un objetivo común de muchos actos que ejercen potestades es lograr crear figuras jurídicas dotadas de este tipo de seguridad transtemporal (o «diacrónica»). Esto no siempre resulta ser exitoso. No importa cuándo arduo sea el esfuerzo, siempre existe el riesgo de la frustración, de que salga mal.

Pero a pesar de esto, en la praxis jurídica sigue siendo una verdad general que quien confía en la validez de las figuras jurídicas creadas mediante el ejercicio de potestades puede descansar en su presunta validez si se han satisfecho las condiciones positivas sobre capacidad, las circunstancias de fondo y las formalidades. A menos que alguien pueda oponer una objeción y pueda establecer mediante pruebas apropiadas la presencia de una circuns-

tancia o factor que vicie el acto, las figuras jurídicas permanecerán. Normalmente las disposiciones adoptadas de buena fe en el ejercicio de una potestad que descansan en la validez de disposiciones anteriores no resultan viciadas cuando se descubre algún defecto en éstas. Pragmáticamente, la cuestión de si una figura aparentemente válida y operativa está de algún modo viciada por la existencia de alguna circunstancia tiene que ser planteada por quien quiera impugnar el acto; el derecho no exige una prueba absoluta de que no está presente ninguna circunstancia que pueda constituir un vicio. El derecho llega así a una suerte de compromiso entre la necesidad de otorgar una razonable seguridad a los planes humanos y la necesidad de resguardar ciertos principios de importancia según una determinada concepción del orden socio-jurídico. No existe una presunción general de que las figuras jurídicas existentes violan principios, si bien siempre existe la posibilidad de impugnarlas en caso de que lo hagan.

#### 4. DERROTABILIDAD

Al decir que las figuras jurídicas son impugnables la atención se vuelve hacia el concepto de derrotabilidad<sup>17</sup>. Algo que fue producido de modo que parecía totalmente válido puede en su momento volverse controvertido y derrotable, y, de hecho, ser derrotado. Autoridades locales acuerdan con los bancos determinadas permutas financieras de tipos de interés, con el objeto de neutralizar el efecto de las fluctuaciones de las tasas de interés. Estas autoridades actúan asesoradas y de buena fe, pensando que sus potestades normativas se extienden a transacciones de este tipo. El auditor del gobierno local, sin embargo, adopta una concepción diferente e impugna las permutas financieras. Finalmente, los tribunales acogen la impugnación. Lo que los participantes habían considerado que era válido resultó que no lo era de acuerdo a la interpretación definitiva de los tribunales superiores de justicia<sup>18</sup>.

Lo mismo es aplicable de modo general a las relaciones y posiciones jurídicas. La mayoría de los derechos en que uno descansa (cualquiera que sea el grado, por cierto, en que uno descansa en ellos) son más bien parte de las características de trasfondo de la situación. Una persona conduce su auto hasta su casa. En el trasfondo, existe un contrato de seguro que cubre

---

<sup>17</sup> La derrotabilidad [*defeasibility*] es examinada también en MacCORMICK, 2005a: cap. 12, con especial referencia a su rol en el razonamiento jurídico. El punto de partida para la discusión reciente ha sido HART, 1948-49, reevaluado en BAKER, 1977, a pesar de que el propio HART se había distanciado de este trabajo, como lo dejó dicho en el prefacio de HART, 1968; TUR, 2001.

<sup>18</sup> *Hazell v. Hammersmith and Fulham LBC* [1992] 2 AC 1.

el automóvil y la responsabilidad civil por daños a terceros, existe un documento de registro del vehículo y un certificado de un centro de revisión técnica vehicular de que al automóvil se le han realizado los correspondientes mantenimientos y cuenta con las debidas condiciones de seguridad. Ella es copropietaria de la casa que está gravada con una hipoteca y que también está asegurada. Aquí nos encontramos con una gran red de derechos reales y personales que emanan de figuras jurídicas presuntamente válidas, constituidas hace bastante tiempo y que no son objeto de reflexión consciente en la vida cotidiana, salvo cuando las cosas comienzan a ir mal.

¿Cómo es que se puede estar tan seguro de que estas figuras jurídicas, que se dan por sentado, son válidas, que esos derechos activos y pasivos se tendrán por buenos? ¿Cuáles son los fundamentos para esto? La respuesta es, en efecto, que nuestras afirmaciones acerca de los derechos, etc., que se detentan y las bases sobre las que son ejercidos, descansan en la aplicación de reglas y principios jurídicos a situaciones concretas, y en el ejercicio de potestades para el establecimiento de las correspondientes figuras de acuerdo a reglas y principios jurídicos de diverso tipo. Para decirlo de otro modo, es bajo una interpretación de la situación dada de la persona asumiendo como trasfondo un determinado orden normativo institucional, que uno considera que ésta tiene esos distintos derechos particulares. Normalmente interpretar la situación de uno conscientemente de este modo es algo que no hacemos, aunque deviene importante cuando surgen disputas con vecinos, familiares, empleadores, socios comerciales o con quien sea. Esto es tan cierto para los abogados en su vida privada como lo es para el resto de las personas, pero en el ejercicio de su profesión los abogados están entrenados para sintonizar esta aproximación interpretativa. En tareas tales como asesorar a las personas para que otorguen testamentos minimizando el impacto de los tributos aplicables a las sucesiones, para la compra y tradición de un inmueble, para la constitución y suscripción del capital de una sociedad anónima, el objetivo es minimizar el riesgo de una posterior impugnación. Los abogados tratan en la medida de lo posible de prever y evitar la presencia de posibles vicios, y normalmente son exitosos en ello. En otras situaciones, relacionadas con la litigación en derecho privado o en la persecución penal, toman la situación tal como se ha presentado y consideran qué interpretación es más favorable para los intereses de sus clientes dentro del rango de posibilidades fijado por lo seriamente argüible. El abogado ve profesionalmente al mundo en términos de relaciones y posiciones jurídicas en el contexto de las instituciones jurídicas. Casi nadie más hace esto, a excepción de aquellos que por alguna razón se ven atrapados en las redes del derecho. De manera similar, pocas personas reflexionan alguna vez en la red de tuberías subterráneas que yacen bajo las grandes ciudades o sobre la conexión entre ésta y los servicios domésticos. Pero si aparecen malos olores o manchas de humedad

en las paredes, esto adquiere un repentino interés. Se recurrirá así a la asistencia de un fontanero, cuya vida profesional está vinculada al asesoramiento y a la realización de intervenciones de las cañerías o conductos de agua y desagüe con el objeto de que funcionen apropiadamente.

Más de alguien considerará que esta analogía no es del todo apropiada. Sea o no que uno piense acerca de ellas, las tuberías subterráneas están físicamente donde están. No parece que pueda decirse lo mismo de las relaciones jurídicas. Éstas existen en tanto hechos institucionales en virtud de que actos y eventos son interpretados a la luz de un sistema de reglas. Pero se ha concedido que a éstas le es inherente la posibilidad de la derrotabilidad. Sea cual sea el cuidado que se haya puesto, pueden suceder eventos que derroten las figuras que se han creado o que conduzcan a cambiar radicalmente la interpretación de las reglas en que se había confiado. No solamente, en consecuencia, estas «cosas» no parecen existir en el mundo físico como las cañerías y tuberías subterráneas, sino que además parecen tener una forma frágil de existencia —ahora las ves, ahora no—. Éste es el significado de la derrotabilidad.

La primera respuesta a esta objeción es que la mayoría de las cosas que son derrotables no son, en los hechos, derrotadas. Puede que no aparezcan vicios, y/o que nadie tenga interés alguno en molestarse para impugnar aquello que, de hecho, podría haber sido impugnado. Más aún, las figuras jurídicas que las personas crean producen efectos reales en el mundo. Uno no sólo enajena el inmueble que a uno le servía de residencia al comprador, para luego adquirir la propiedad de una nueva residencia a través de la tradición que realiza el vendedor. Uno también se cambia de casa, planta cosas en el jardín, decora las paredes, levanta un garaje en el jardín, o lo que sea. No importa cuán vagamente consciente del trasfondo jurídico, las personas de hecho confían en sus derechos y obtienen cierta seguridad psicológica a partir de ellos, y cumplen con su deber y se abstienen de realizar actos delictivos —la mayor parte del tiempo—. Esto no es, después de todo, una existencia fastasmal.

Es importante observar, recogiendo algo apuntado por KELSEN, que la derrotabilidad puede adoptar dos posibles formas. En un tipo de situación, una figura legal considerada viciada es anulada, pero sólo con efecto prospectivo. Lo que se haya hecho hasta ahora con la fe puesta en la figura se mantiene y no está sujeto a ser invalidado. Pero ningún efecto normativo futuro puede derivarse de esta figura ahora anulada. En el otro tipo de situación, la invalidación o anulación de la figura se aplica desde su mismo comienzo. Cualesquiera que sean las consecuencias que se hayan derivado de ella en términos de derechos, deberes, potestades o lo que sea, fue falsamente producido y debe ser considerado del todo ineficaz<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> KELSEN, 1967: 276-278. Cfr. la discusión en RUTTER, 2001: 138-170.

El argumento de Kelsen niega que exista aquí una radical diferencia. La misma técnica es aplicada a través de decisiones judiciales o similares. Nada puede ahora cambiar los hechos del mundo que ya han sucedido. La figura jurídica fue tratada como válida y se confió en ella. Ahora está siendo puesta a un lado. Jurídicamente, existe una alternativa entre dos formas de invalidación en este momento —una que no autoriza a deshacer lo que hasta este momento se ha hecho bajo esta figura jurídica; la otra que sí lo autoriza o aun lo exige—. En términos pragmáticos, ésta resulta una forma atractiva para conceptualizar estas cuestiones. Pues vuelve innecesario negar que las figuras realmente produjeron efectos aparentemente válidos por un determinado lapso. Algo que fue defectuoso en su constitución existió durante un determinado período de tiempo y formó efectivamente parte de la base del razonamiento práctico de algunas personas y de su conducta correspondiente. El hecho de que los abogados lo caracterizan como si hubiera sino «nulo *ab initio*», y por tanto como si nunca hubiera existido realmente, es algo más bien propio de la retórica jurídica.

¿Es confiable esta propuesta de ontología jurídica? Aunque no estemos tratando con hechos físicos sino institucionales, debe ser posible decir que algo es válido o existente, o que es inválido o inexistente, a pesar de lo que alguien crea. Una vez que un defecto o equivocación es descubierto, uno se da cuenta de que la atribución de validez que constituyó la base de varios cursos prácticos de acción fue equivocada. Del mismo modo, si la ciencia médica establece y trabaja con la hipótesis de que (por ejemplo) la poliomielitis es una enfermedad que se contrae por medio de aguas contaminadas, puede posteriormente aparecer que ésta constituía una atribución causal equivocada, y que la enfermedad era comunicada por y a partir del tracto respiratorio. La refutación de la hipótesis causal no cambia el hecho de que las personas actuaron sobre la base de tal hipótesis, y se administraron tratamientos y se adoptaron medidas de prevención de acuerdo con ella. Estas verdades pragmáticas no obligan a mantener la tesis ontológica de que mientras se creía en ella la hipótesis era válida. Si es inválida ahora, fue inválida siempre. Lo mismo deberíamos decir respecto a las figuras y hechos institucionales.

Es necesario distinguir entre las diferentes formas de defectos o imperfecciones que pueden afectar a los actos mediante los que se ejercen potestades. Algunos envuelven intentos de crear figuras que nunca adquieren ni siquiera una validez presunta, por ejemplo porque quienes pretendieron realizarlos eran personas que carecían del todo de la capacidad o competencia relevante. Algunos son realizados por personas competentes, pero con defectos graves de procedimiento o de forma. Estas figuras pueden a veces ser simplemente ignoradas dado su carácter obviamente defectuoso, pero en ocasiones puede ser más prudente tratarlos como válidos, o posiblemente

válidos, hasta que sea establecido el hecho del defecto y se hayan dictado las correspondientes resoluciones judiciales declarando la nulidad *ab initio* de la pretendida figura. En algunos casos se trata más bien de algo afectado por una imperfección jurídica más que radicalmente defectuoso. En derecho, esto puede justificar una anulación del acto o figura desde el momento en que se impugna la validez del acto. Mirado todo esto desde la perspectiva de la ontología normativa, las normas y las figuras normativas de los dos tipos anteriores no son válidas y no existen, aunque con respecto al segundo tipo es pragmáticamente prudente tratarlas como al menos potencialmente existentes hasta el momento en que se ha declarado su inexistencia. Las figuras imperfectas existen hasta el momento en que son revocadas o anuladas<sup>20</sup>.

## 5. INMUNIDAD

Si las reglas y principios de los órdenes normativos institucionales pueden conferir potestades, también pueden restringirlas, al menos por implicación. Alguien que quiera cambiar la situación jurídica de otro debe ser capaz de mostrar alguna disposición jurídica que le confiera esa potestad. Si tal disposición no existe, o no puede ser interpretada de modo tal que le otorgue a esa persona la potestad para realizar ese cambio, entonces, la pretendida potestad no existe. Donde las potestades terminan, comienzan las incompetencias<sup>21</sup>. Alguien quiere ordenarme que no transite por el camino que pasa frente a su casa. Pero yo soy su vecino y existe un derecho establecido de tránsito (un «derecho de servidumbre») en favor de mi propiedad y que grava la suya. En este caso no puede imponerme unilateralmente el deber de no pasar. Mi derecho de paso es inmune respecto de (tengo inmunidad para no perderlo por) su decisión. Esto puede ser tomado en un primer momento como una simple herramienta de análisis. Para cada figura legal posible o variación en una determinada figura, alguna persona o bien tiene o bien no tiene potestad para producirla. Cuando una persona detenta la potestad, la(s) otra(s) en la correspondiente relación son susceptibles a la modificación de sus situaciones. Cuando el poder falta, la primera parte es incompetente, y la segunda disfruta de inmunidad frente a ese cambio.

Cuando está aliada con los principios de libertad civil, la herramienta analítica puede convertirse en un escudo contra intervenciones excesivas por

---

<sup>20</sup> Esta explicación sigue la de RUTTER, 2001: 169 y en la página precedente —nótese su distinción entre «actos jurídicos revocatorios, anulatorios, suspensivos e invalidatorios». Estas son distinciones útiles y sutiles en el contexto de un análisis más detallado de lo que es apropiado para un trabajo como el presente—.

<sup>21</sup> «Incompetencia» [*disability*] es el útil término acuñado por HOFFELD para hacer referencia a la posición de no-potestad: véase HOFFELD, 1919: 60-64; RAINBOLT, 2006: 38-39.

parte de una persona en la vida de otra, especialmente por parte de funcionarios públicos sobre los ciudadanos. Un importante principio de los órdenes jurídicos liberales es que las potestades que no se ejerzan bilateralmente por medio del mutuo consentimiento sólo pueden existir en virtud de una clara atribución legal o disposición constitucional. Los ciudadanos no pueden ser privados de sus derechos mediante un acto unilateral, en conformidad al derecho general (sea en el *common law* o en el derecho codificado), salvo que exista una disposición que otorgue una clara autorización positiva. Tales disposiciones son comúnmente interpretadas de manera restrictiva por los tribunales. Los ciudadanos, en consecuencia, gozan en las sociedades libres de una inmunidad general en contra de las interferencias en sus derechos excepto cuando exista una clara autoridad para realizarlas. Esto forma parte, de hecho, del significado del concepto de una «sociedad libre».

Una posición como esta puede reforzarse más aún por medio de garantías constitucionales y otros modos de protección de derechos fundamentales. Esto será examinado en un capítulo posterior (cap. XI). Por el momento, basta con observar que estas garantías tienen el efecto de proteger determinados derechos no sólo en contra de lesiones inferidas por funcionarios estatales actuando sin clara autorización legal para el efecto, sino que les otorgan mayor protección. Pues hacen al mismo legislador incompetente para establecer leyes que priven a los ciudadanos de sus derechos a la vida, a la libertad, o a un debido proceso (por ejemplo), lo que se extiende, en efecto, a cualquier persona dentro de la jurisdicción, incluyendo a las minorías y a las clases sospechosas de ser enemigos públicos. Existe una inmunidad general frente a la derogación de los derechos básicos, especialmente frente a actos discriminatorios de este tipo. Es una cuestión controvertida si los poderes del Estado y sus instituciones pueden con seguridad someterse a límites estrictos de este tipo en casos tales como, por ejemplo, conflictos bélicos o de amenazas terroristas. No hay controversia sobre la posibilidad misma de erigir tales protecciones, ni sobre el hecho de que ellas actualmente tienen un sólido fundamento en varias convenciones y declaraciones internacionales.

**TERCERA PARTE**  
**DERECHO, ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL**



Hemos considerado en la primera parte las ideas básicas de normatividad y de orden normativo, y luego la institucionalización de un orden normativo con especial referencia a los órdenes jurídicos bajo las constituciones de los Estados y las confederaciones. Luego en la segunda parte hemos examinado las clases de posiciones, relaciones y figuras jurídicas que pueden existir cuando se interpretan los asuntos humanos teniendo como telón de fondo un orden jurídico. Especialmente en la segunda parte, la discusión ha sido relativamente abstracta y sin hacer referencia sistemática al contexto y sentido del orden jurídico constitucionalmente establecido propio de un Estado de derecho. Ha llegado el momento de remediar este defecto, por la vía de mostrar que los contenidos de un orden jurídico no son arbitrarios, si bien existe un amplio rango de posibilidades entre diferentes maneras de desarrollar las formas básicas del derecho.

El derecho del tipo que estamos considerando es una característica de un cierto tipo de Estado y de organizaciones transnacionales establecidas por esos Estados para institucionalizar una base supranacional de colaboración. Bajo esta luz, necesitamos considerar las principales divisiones del derecho tal como éstas han sido tradicionalmente concebidas —derecho público (capítulo X), derecho penal (capítulo XII), y derecho privado (capítulo XIII)—. También debemos considerar cómo han sido adoptados los instrumentos nacionales e internacionales de derechos fundamentales con el objeto de fijar límites a los posibles abusos del poder estatal (capítulo XI). Tomadas en un sentido amplio y panorámico, estas ramas del derecho proveen las estructuras a través de las que se puede entender cómo el derecho contribuye a dar forma al Estado y a crear en el marco de éste las condiciones para la existencia y florecimiento de la sociedad civil. Esto se sigue de las consideraciones finales del capítulo IV. Conviene en este contexto recordar las siguientes palabras de Adam FERGUSON: «Donde sea que los hombres disfruten de la paz, ellos se la deben o bien al mutuo respeto y consideración, o a las restricciones del derecho. Los Estados que procuran la paz de sus miembros por

medio del primero de estos métodos, son los más felices: pero como esto es inusual la paz debe procurarse por la vía del segundo de ellos. Esto resume bien la contribución que el derecho puede hacer a la civilidad de la sociedad civil, si bien el derecho no es suficiente para la civilidad»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> FERGUSON, 1966: 154.

## CAPÍTULO X

### EL DERECHO PÚBLICO Y LAS POTESTADES: EL DERECHO Y LA POLÍTICA

#### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho público comprende el derecho constitucional y todas las demás ramas del derecho que establecen y otorgan potestades a la administración del Estado y otras agencias administrativas. Tales agencias pueden ser parte del gobierno central del Estado o propias de los niveles regionales o locales de gobierno. Las leyes que otorgan potestades lo sujetan también a límites y lo dirigen hacia determinados fines. Como se verá en el capítulo siguiente, pueden existir limitaciones generales adicionales impuestas en nombre de los derechos fundamentales. Las autoridades públicas pueden tener además el deber de ejercer sus potestades bajo determinadas condiciones o de manera que muestren un debido cuidado hacia aquéllos que se ven afectados por su ejercicio (esto fue discutido *supra*, en el capítulo V, apdo. 4).

En el Estado de derecho contemporáneo el gobierno se extiende a un amplio rango de ámbitos para lo cual la Constitución o la legislación le otorgan las potestades adecuadas (así las potestades gubernamentales dependen de la constitución y, bajo ella, de las potestades atribuidas por la legislatura). Las áreas del derecho público incluyen al menos las siguientes: tributos, seguridad social, política económica, política industrial y comercial, política laboral y política de protección al consumidor; política agraria, pesca y estándares alimenticios; política de vivienda, medioambiental, de planificación urbana, servicios de agua potable y descarga de aguas residuales, infraestructura de transporte y telecomunicaciones; los asuntos de cultura, medios y educación;

servicios de salud; policía, seguridad interior del Estado; y defensa y relaciones internacionales. En relación con todos estos tópicos existe una discusión perenne acerca de cuánto debe el gobierno intervenir en ellos. Con respecto de varios servicios resulta particularmente controvertido si debiera limitarse a tener un rol primariamente regulatorio, dejando a la iniciativa privada la provisión de los servicios, o si debiera proveerlos directamente en mayor o menor extensión. En relación con la mayoría, hay alternativas adicionales, y las correspondientes disputas, acerca de si asignar las potestades correspondientes a las autoridades locales o regionales, o si mantenerlas al nivel del gobierno central del Estado. Comoquiera que sean resueltos estos desacuerdos y cualesquiera que sean las opciones que se adopten en cada lugar y momento, el gobierno debe en todos estos ámbitos ejercer potestades. Para entender el derecho público se debe reflexionar, en consecuencia, acerca de las especiales características de las potestades de las autoridades de gobierno.

## 2. POTESTADES PÚBLICAS

Todas las potestades jurídicas son tanto relacionales como relativistas. Son relacionales en el sentido de que todo ejercicio de una potestad por parte de una persona envuelve un cambio de la posición jurídica de alguna otra persona. Son relativistas en el sentido de que operan relativamente a ciertas instituciones jurídicas particulares, cuya existencia, terminación, consecuencias normativas o contenido son determinados mediante el ejercicio de esas potestades. Una diferencia importante existe entre aquellas potestades cuyo ejercicio es esencialmente bilateral y aquellas potestades cuyo ejercicio es esencialmente unilateral. En el primer caso, el ejercicio válido de la potestad por *P* requiere para su perfeccionamiento de algún acto correlativo, o algún signo de asentimiento o consentimiento, de la otra parte. En el último caso, aun cuando el ejercicio válido de la potestad por *P* suponga que otra persona haya presentado una solicitud o petición, la validez del ejercicio de la potestad es independiente de cualquier acto correlativo o de alguna expresión de consentimiento o asentimiento por la otra parte. Existe otra importante diferencia entre lo que pueden llamarse «potestades para bienes particulares» por contraposición a las «potestades para bienes generales». Las primeras son potestades que pueden ejercerse apropiadamente por el titular de la potestad *P* en su propio beneficio o en beneficio de terceros a quienes *P* decide beneficiar por su libre voluntad. Las últimas son potestades cuyo ejercicio debe obedecer a algún fin o interés distintos al de *P* o de terceros arbitrariamente elegidos por *P* sobre la base de sus preferencias personales.

Dentro del marco constitucional de un Estado de derecho, las autoridades estatales establecidas para ejercer funciones legislativas, ejecutivas o

judiciales típicamente se encuentran revestidas de potestades de tipo unilateral. La validez jurídica de un acto legislativo particular, por ejemplo, no depende del consentimiento que presten las personas a quienes se les aplica este acto particular<sup>1</sup>. Tampoco lo exige el ejercicio de la mayoría de las potestades administrativas. Ningún acto de consentimiento por parte de persona alguna es exigido para la validez de una aprobación ministerial para el uso de un determinado fármaco una vez que han sido verificadas sus condiciones sanitarias, o para la validez de un permiso ministerial para la realización de algún desarrollo inmobiliario por una decisión adoptada conforme a la legislación de planificación urbanística, o para cualquier otra decisión ministerial tomada bajo la autorización otorgada por la correspondiente legislación. En el caso de las decisiones judiciales es, en efecto, necesario para que los tribunales actúen la previa iniciativa de algunas de las partes mediante una acción judicial, o en el caso del derecho penal, la previa interposición de una formulación de cargos o acusación penal por parte del funcionario competente para llevar a cabo la persecución penal. Pero la validez de la decisión en los procedimientos civiles o del veredicto y (en caso de participación punible) la sentencia condenatoria en la conclusión de un juicio penal no dependen de ninguna manera del consentimiento de quienes son afectados por la sentencia o de quienes son destinatarios de ella.

Las potestades de tales autoridades estatales son también típicamente potestades para el bien general. Son otorgadas con el objeto de asegurar la persecución del bien común en el ámbito correspondiente. En consecuencia, constituye un abuso de poder si *P*, como ministro, o juez, o como miembro de una legislatura, actúa motivado por el beneficio personal o para beneficiar a (por decir algo) su familia o sus amigos, o cualquier otro grupo particular a quien le plazca favorecer (correligionarios, simpatizantes políticos o quien sea). Esto es así, con independencia de que exista un mecanismo judicial para impugnar este acto abusivo. Que tales potestades sean potestades para los bienes generales no significa, sin embargo, que no puedan usarse para beneficiar a una clase particular de personas. Es probable que la legislatura en ocasiones decida legislar en favor de los sindicatos o de los sindicalistas, o para el beneficio de los agricultores grandes o pequeños, de las pequeñas y medianas empresas, o de los consumidores, o de los accionistas. En la implementación de tal legislación los ministros que forman parte del poder ejecutivo, o los funcionarios públicos, o las agencias actuando en su lugar o como su extensión, pueden correctamente ejercer sus poderes delegados

---

<sup>1</sup> Esto no implica negar que, políticamente hablando, la legitimidad de una legislatura puede muy bien depender de que disfrute del consentimiento general del cuerpo ciudadano, en el sentido de que éste reconozca que esta legislatura tiene poderes para legislar y que, por tanto, se deben respetar sus decisiones cumpliendo lo que establezca.

para el beneficio de la clase relevante. Los «bienes generales» no son necesariamente bienes universales, para el beneficio de todos los ciudadanos todo el tiempo. El punto, no obstante, es que debe estar por completo ausente cualquier forma de favoritismo personal en la identificación de las clases a ser beneficiadas, en cualquier nivel del Estado, incluyendo aun el más alto nivel legislativo. Además, los titulares de las potestades delegadas tienen que ejercer su discreción para favorecer a quienes la legislación tiene por objeto beneficiar, en la extensión correspondiente al diseño legislativo, entendido razonablemente a la luz de otros valores relevantes reconocidos por el derecho.

El principio en juego aquí es que las potestades constitucionalmente atribuidas deben ser ejercidas para el bien del Estado en su conjunto o, en la forma habitual de decirlo, «para el bien común». El bien común exige el justo trato de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, de acuerdo a alguna idea determinada de justicia, y requiere además que el Estado sea conducido con el propósito de maximizar el bienestar de todos. Como fue observado en el capítulo VI<sup>2</sup>: «Existe el bien común, esas condiciones generales que son necesarias para una vida comunitaria lograda, y existen los bienes individuales, que son todos los fines que los individuos pueden desear realizar en el marco que provee un bien común asegurado». John FINNIS define el bien común como «el conjunto de condiciones que permiten a los miembros de una comunidad obtener por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el o los valores en virtud de los cuales ellos tienen razones para colaborar entre sí [...] en una comunidad»<sup>3</sup>. Esto no implica que diferentes sectores de la producción, de la economía, o de la sociedad, no puedan ser enfrentados mediante diferentes actos de legislación o que estén bajo la supervigilancia de distintos ministros y ministerios. Los diferentes elementos del bien común debieran, sin embargo, ser capaces de ser representados como entremezclándose de algún modo para formar un bien común de alcance general en el sentido arriba señalado. Para identificarlo será necesario invocar algunos principios políticos razonables (si bien probablemente controvertidos también), incluyendo principios de justicia. La legislación que favorece a los agricultores en tiempos de crisis de la producción agrícola no es objetable en el modo en que lo es la legislación que busca aumentar los recursos de los partidos de gobierno en desmedro de los partidos de oposición. Las intervenciones ministeriales que tienen por objeto asegurar que todas las solicitudes de pasaporte sean resueltas lo más rápido posible no es

<sup>2</sup> En el texto que acompaña a la nota 10.

<sup>3</sup> FINNIS, 1980: 155; cfr. MOORE, 1982: 215-216; para una respuesta general a la posición de Finnis, véase MACCORMICK, 1982.

objetable, como evidentemente sí lo es la intervención de un ministro para asegurar que se resuelva rápidamente la solicitud de pasaporte presentada por la empleada de su amante<sup>4</sup>.

Es importante no definir la idea del Estado de derecho de un modo que excluya o parezca excluir un programa o ideología política razonable. Las diferencias entre los seres humanos acerca de qué exige el bien común son inveteradas y el sentido de la representación política es asegurar una equitativa igualdad de oportunidades a todos quienes quieran proponer un conjunto de políticas y principios relativos acerca del buen gobierno del Estado. Cuál prevalece en un momento dado depende de la elección para cargos públicos que resulte de procesos electorales justos. Cuando se está en una democracia, los representantes son electos sobre la base de un voto universal. Existen bases razonables para sostener que las elecciones son la mejor representación de la opinión de la mayoría. Esto es de valor en circunstancias en que es reconocido universalmente que la legitimación por mayoría es preferible a cualquier alternativa, en la medida en que ninguna mayoría electoral específica pueda impedir que en el futuro se forme una mayoría diferente. Es sobre supuestos como éstos que se puede concluir que las potestades estatales constitucionalmente atribuidas no sólo son típicamente, sino que deben ser, potestades para el bien general y tienen que ser ejercidas de un modo acorde con ello.

Su carácter unilateral es una especie de corolario de esto. Sin importar cuán discutible puedan resultar las medidas políticas particulares que se pretenda adoptar en favor de algún aspecto del bien común, las controversias no pueden durar eternamente y alguna decisión debe adoptarse<sup>5</sup>. Decir que las decisiones, entonces, deben ser adoptadas con el consentimiento específico de quienes son afectados, es simplemente una manera de decir que ninguna decisión estatal puede cerrar la controversia, aunque sea momentáneamente, y a pesar de que quede abierta la posibilidad de una reversión luego de una elección. En casos extremos, la desobediencia civil puede incluso ser legítima, pero no afecta de ningún modo la validez de ninguna decisión que se haya adoptado. Si es que ha de existir un gobierno efectivo en algún grado, entonces deben existir potestades para adoptar decisiones unilaterales tanto acerca de reglas generales como acerca de casos particulares.

---

<sup>4</sup> Cfr. la renuncia del miembro del Parlamento, David Blunkett al cargo de secretario de Estado para asuntos interiores del gabinete del Reino Unido, *The Times* (Londres), 15 de diciembre, 2004.

<sup>5</sup> Cfr. WALDRON, 1999: 106; ENG, 2003.

### 3. DIFERENCIANDO EL DERECHO PÚBLICO

Su orientación a bienes generales y su carácter unilateral, son características que, tomadas en conjunto, permiten distinguir las potestades públicas de las privadas, y con ello el derecho público del derecho privado. El derecho público tiene relación primariamente con las potestades públicas que son unilaterales en su ejercicio y que se orientan a bienes generales. La esfera del derecho privado, algunas veces llamada también «sociedad civil», es la de las potestades que son bilaterales o multilaterales y se orientan a bienes particulares. Esta esfera es una en la que personas mayores de edad con plena capacidad se confrontan recíprocamente como portadores de un igual estatus legal, o de estatus equivalente, como en el caso de las corporaciones, fundaciones, sociedades con personalidad jurídica y similares. Esto significa que ninguno es jurídicamente superior al otro, sin importar cuán diferentes sean en cuanto a sus características personales o los recursos de que dispongan. Por tanto, toda figura jurídica que resulte vinculante para ellos en virtud de un acto voluntario privado, ha de ser recíprocamente consentido, en la medida en que cambie las relaciones jurídicas entre ellos. Por supuesto, que alguien sea el titular de una determinada propiedad no es algo que requiera el consentimiento de uno, ni viceversa. Pero cualquier intercambio entre ellos a partir de cualquier posición inicial dada tiene que desarrollarse a través de acuerdos, o a través de algún otro tipo de figura consensual, tal como el poner en común algunos bienes para formar el capital de una sociedad con personalidad jurídica. Incluso una donación (unilateral) no tiene efecto sin que el donatario acepte la cosa donada. Las obligaciones de derecho privado están basadas en actos voluntarios, incluyendo las obligaciones convencionales, como las contractuales, y las obligaciones reparatorias que emanan de la responsabilidad civil extracontractual por haber inferido un daño mediante un acto ilícito. Los deberes impuestos en conformidad al derecho público no exhiben esta característica de voluntariedad.

Las agencias estatales, sin embargo, también ejercen algunas potestades de manera similar a las del derecho privado, como cuando celebran contratos para la provisión de servicios públicos o cuando ofrecen empleos públicos. Tanto el Estado en sí como las autoridades públicas subordinadas pueden ser propietarios tanto de bienes muebles como inmuebles, tanto corporales como incorporales. Puede que se les exija a los Estados y las autoridades públicas internas (como lo hace, por ejemplo, el Tratado de la Comunidad Europea) que adquieran bienes y servicios que necesiten mediante un procedimiento de concurso de ofertas configurado conforme a criterios equitativos<sup>6</sup>. A la luz de

<sup>6</sup> Cfr. OFFICE OF GOVERNMENT COMMERCE (OGC), 2004.

esto, no puede afirmarse que todas las potestades de las agencias estatales se caracterizan por ser unilaterales y estar orientadas a bienes generales. (Pero esta última característica tiene, por cierto, una particular importancia en el caso de, por ejemplo, la exigencia de un procedimiento de concurso competitivo, uno de cuyos fines es precisamente excluir favoritismos impropios en la destinación de los recursos públicos). No obstante, la especial posición de todas las autoridades públicas implica que, cualquiera que sea el sistema de tribunales o cortes bajo cuya jurisdicción se encuentren, su responsabilidad conforme al derecho de contratos o conforme al derecho de daños tiene ciertas características especiales. Esto distingue la responsabilidad de las autoridades públicas de la responsabilidad de las personas en general bajo el derecho privado. No todas las potestades de las autoridades públicas son tanto unilaterales como orientadas a los bienes generales; pero todas las autoridades públicas son identificables por el hecho de que sus potestades esenciales tienen ambas características y porque casi todas sus potestades tienen al menos la última.

En general el derecho público, incluyendo tanto el derecho constitucional como todas las otras partes del derecho que establecen y otorgan potestades a las agencias estatales, atribuye potestades específicas que son unilaterales y para bienes generales, y algunas potestades auxiliares, incluyendo potestades para celebrar contratos y para adquirir la propiedad de bienes. Los términos en los que la potestad es otorgada también implican necesariamente, y algunas veces prescriben expresamente, los límites de la potestad así atribuida. Como ya ha sido mencionado, y como se verá en el capítulo siguiente, pueden existir ulteriores límites generales impuestos en nombre de los derechos fundamentales. Pueden existir además importantes deberes de que las autoridades públicas ejerzan al menos algunas de sus potestades en determinadas condiciones o de manera que exhiban un debido cuidado hacia quienes se ven afectados por su ejercicio.

El derecho público difiere del derecho privado en el tipo de potestad que otorga, lo que se explica por la necesidad de un orden y gobierno efectivos. Tanto el derecho privado como el derecho público, sin embargo, son elementos de la realización de un orden normativo institucional concebido como un todo en un Estado contemporáneo. El derecho público, por tanto, no es derecho en un sentido diferente al derecho privado<sup>7</sup>. Ambos son dere-

---

<sup>7</sup> LOUGHLIN, 2003: 153ss., ha argumentado que el derecho público es bastante diferente y que merece ser reconocido como una disciplina autónoma. En la medida en que tal argumento no suponga sostener que el derecho público y el derecho privado son «derecho» en un sentido diferente del término, no es objetable, pues solamente implicaría proponer un fundamento básico para la división del trabajo en la dogmática jurídica. El argumento de Loughlin depende aquí de la interpenetración entre derecho público con la actividad de gobierno; esta especificidad es explicada aquí en términos de las especiales características de las potestades públicas. MORTON, 1998 trata al derecho penal, al derecho civil y al derecho público como tres diferentes tipos de

cho en el mismo sentido, pero ellos tienen distintos ámbitos de aplicación y se refieren a distintas materias. Uno, por tanto, debería rechazar cualquier pretendida «autonomía» para el derecho público que tienda a negar, o que haya sido entendida como si negara, que el derecho público y el derecho privado son dos partes de un único orden normativo de un Estado o comunidad política<sup>8</sup>. Un sistema jurídico estaría incompleto si le faltara cualquiera de estas partes, y cada una es derecho en el mismo sentido del término «derecho», pues toda la diferencia radica en el tipo de potestades que ellas confieren en personas de diferente tipo teniendo diferentes funciones.

#### 4. EL DERECHO PÚBLICO Y LA POLÍTICA

En los Estados constitucionales que tienen al menos formas representativas de gobierno, y con mayor razón cuando la representación opera a través de un sufragio plenamente democrático en el que cada ciudadano adulto detenta igual derecho a elegir, el derecho público provee la infraestructura de la política y constituye una parte sustancial del objeto sobre el que ésta recae. La política tiene relación con el ejercicio del gobierno en una comunidad política, ejercido de acuerdo con una determinada concepción del bien común. Esto incluye, como se acaba de decir, alguna concepción defendible de la justicia entre las personas sobre las que el Estado va a ejercer jurisdicción. En la competencia política, lo que los rivales buscan es obtener posiciones predominantes en las ramas legislativa y ejecutiva del Estado. Esto es, buscan posiciones desde las que puedan ejercer potestades unilaterales que son potestades para el bien general.

El sentido de obtener estas posiciones, más allá del engrandecimiento personal y del placer de detentar altos cargos, es poder realizar la concepción de la justicia y del bien común que se ha avanzado en el programa político del partido, facción o coalición vencedora, o una que sea acorde con sus principios generales y su *ethos*<sup>9</sup>. Esto por cierto puede no ser más que

---

«prácticas legales» en el especial sentido de la expresión que él le asigna. El sostiene que: «las crucialmente importantes relaciones entre estas prácticas, las variadas y sutiles interconexiones entre estas formas discretas, no respaldan la suposición de que las normas jurídicas agregadas conforman un sistema unificado» (p. 63). Esto me parece gravemente equivocado, dada la explicación de la unidad en la diversidad de los sistemas jurídicos propuesta a partir del capítulo III en adelante en la presente obra.

<sup>8</sup> De maneras diferentes, tanto HAYEK, 1982: 131-134 y 141-143 como LOUGHLIN, 2003: *loc. cit.* afirman la autonomía del derecho público —el primero la denuncia, el segundo la celebra—. KELSEN, 1967: 280-281 por su parte exagera la similitud entre el derecho público y el derecho privado. La diferencia es afín a aquella que existe entre dos especies del mismo género, de modo tal que ninguna puede ser entendida sin estudiar la otra.

<sup>9</sup> La distinción entre los principios o doctrinas expresos, o compromisos manifiestos, de un partido político o facción y su *ethos* es muy importante. Véase DRUCKER, 1979.

una pantalla para la promoción de ventajas de una facción o de un interés de clase. Pero no puede proclamarse abiertamente como tal, por razones que son exploradas en el capítulo XV. La efectiva implementación de un programa político exige el ejercicio de potestades públicas de tipo legislativo y tipo ejecutivo, y a su turno de potestades administrativas subordinadas. ¿Significa esto que el derecho público y la política simplemente se diluyen el uno en el otro? Ciertamente no.

Una teoría sociológica del derecho altamente influyente y persuasiva —la «teoría de sistemas» de Niklas LUHMANN<sup>10</sup> que ha sido ulteriormente desarrollada por Gunther TEUBNER<sup>11</sup>— llega tan lejos como para sostener que los sistemas sociales (sub-sistemas) como el derecho, la política y la economía, son sistemas de comunicación que son en un sentido determinado mutuamente clausurados. Cada sistema se produce y autorreproduce de acuerdo a su propia lógica interna y opera a través de su propio código binario tal como la distinción que el derecho traza entre lo lícito y lo ilícito<sup>12</sup>, como se ha discutido antes (cap. 6, apdo. 3). Cada sistema es parte del entorno de los otros, y existen mecanismos de «acoplamiento estructural» que facilitan sus interacciones. No obstante, la información incorporada que proviene de los demás sistemas asume un carácter sistémicamente determinado en el proceso de su asimilación. Los agentes jurídicos leen los *outputs* del sistema político (actos legislativos, por ejemplo) en términos jurídicos. Los actores políticos miran los *outputs* del sistema jurídico (por ejemplo las decisiones judiciales acerca de la validez de los actos del gobierno) como restricciones políticamente relevantes acerca de la manera en que los efectos deseados pueden ser obtenidos a través de la actividad gubernamental. Tanto el derecho como la política reciben *inputs* del sistema económico (véase la discusión *infra* en el cap. XIII, apdo. 4), y generan *inputs* para éste, mientras cada uno se adapta a su propio modo como reacción a la información que proviene de los otros. Ésta es una interacción continua y dinámica<sup>13</sup>.

Como se dijo, una ley aprobada por la legislatura en el ejercicio de su rol, que por diseño constitucional es primariamente legislativo, constituye

<sup>10</sup> LUHMANN, 2004.

<sup>11</sup> TEUBNER, 1993.

<sup>12</sup> Luhmann usa los términos «*Rechts*» y «*Unrechts*», y sus adjetivos derivados en la versión alemana original de su trabajo. La traducción estándar es «legal/ilegal», que aparentemente convierte al código binario del derecho en algo trivial —me parece que tiene más sentido la oposición binaria entre (legalmente) lícito versus (legalmente) ilícito—. Sea ésta o no una traducción más fiel del texto de LUHMANN, a mí me parece mejor adoptar en este sentido su idea, o con esta modificación en caso de que lo sea. Véase LUHMANN, 2004: 94ss.

<sup>13</sup> LUHMANN, 2004: 381-385 discute los «acoplamientos estructurales» entre el derecho, la política y la economía, utilizando el trabajo de Humberto MATURANA en el ámbito de la epistemología de las ciencias biológicas, si bien todavía es controvertido si este uso sociológico del concepto constituye una forma satisfactoria de analogía.

un *output* del sistema político. Pocos legisladores, sin embargo, son expertos en derecho, y los debates legislativos están organizados bajo las líneas programáticas de los partidos. Los miembros de la legislatura pueden tener un conocimiento relativamente limitado respecto de los detalles de la legislación que ellos aprueban y sus razones para votar pueden no incluir mucho o quizás ninguna referencia a estos detalles. Expertos en derecho (asesores legislativos) que trabajan para la legislatura o el ejecutivo son empleados para hacer probable que las palabras que contenga el texto legal produzcan los efectos que sus autores intentan obtener. La asistencia de tales expertos es necesaria, porque los *outputs* de la legislatura son un *input* para abogados y tribunales. La interpretación de los textos legislativos es un tópico de considerable importancia, muy discutido por quienes están interesados en los procesos de razonamiento característicos de los sistemas de aplicación del derecho, a través de los tribunales y demás<sup>14</sup>. Sólo quien entiende bien la práctica de la interpretación de textos legales está en posición de asegurar que la redacción de un texto legal hará que sea probable que la interpretación que realice quien aplica el derecho tenga una razonable correspondencia con la intención del promotor del proyecto de ley. Éste puede ser un ministro, o un comité parlamentario, o incluso un parlamentario individualmente, pues si bien sólo la legislatura como un todo puede aprobar leyes, siempre lo hace como respuesta a una propuesta específica.

Un texto legislativo supone un nuevo *input* en un sistema jurídico ya en funcionamiento, por lo que al atribuirle sentido a la ley recién establecida uno tiene que leerla a la luz del sistema jurídico existente para ver qué cambios implica y cuál es el sentido de las nuevas reglas que se han creado a la luz de este modificado pero continuo sistema jurídico. Como es de esperar, existe la posibilidad de que el modo en que un abogado o un juez entiende una ley difiera del modo en que la entienden los políticos que participaron en su creación. Pues tomará forma en un contexto general diferente, más concentrado en el derecho que en el programa político respectivo. Esto sucede con más fuerza en el caso de los textos legislativos que son aplicados mucho tiempo después, cuando los legisladores que lo promovieron o aprobaron se han comenzado a preocupar de otros asuntos, han sufrido una derrota electoral o se han retirado del todo.

Más aún, cualquiera que tenga algún interés en el Estado de derecho es consciente de la importancia de que los tribunales y la judicatura sean independientes de toda presión política indebida por parte de miembros del

---

<sup>14</sup> Véase MACCORMICK y SUMMERS, 1997, para una amplia consideración comparada por parte de un grupo de teóricos del derecho de diferentes jurisdicciones; cfr. MACCORMICK, 2005a: cap. 7 para una explicación de esto situado en el contexto de la (presente) teoría institucional del derecho.

gobierno o de la legislatura. Aun cuando sean de hecho decepcionados por la interpretación que los jueces dan a las leyes que aprueban, los políticos erosionan el *rule of law* en la medida en que interfieren o presionan a los jueces o abogados para que adopten una determinada línea política en la interpretación jurídica. Una vez que una ley ha sido aprobada, queda en manos de los tribunales la tarea de entender su sentido y de aplicarla de acuerdo a sus propias razones y razonamientos. Si la legislatura no queda satisfecha con los resultados, el único recurso legítimo con el que cuenta es volver a producir un proyecto de ley y aprobar una versión de la ley que apunte de modo aún más claro hacia las consecuencias deseadas.

Estas consideraciones son plenamente compatibles con la manera en que la teoría de sistemas explica la autonomía de estos diferentes sistemas entre sí. Debe, por cierto, destacarse que esto no supone una radical separación que impida todo tipo de interacción. Por cierto, LUHMANN sostiene que el «Estado» funciona (al menos conceptualmente) por la vía de un «acoplamiento estructural» entre el sistema jurídico y el sistema político<sup>15</sup>. Esto es así porque la constitución, desde un punto de vista político, constituye la estructura básica de la acción política y, al mismo tiempo, es el fundamento de la validez jurídica y la fuente de las potestades jurídicas desde un punto de vista jurídico. Como se ha destacado ya, hay un sentido en el que el derecho es un objeto de la política. Un partido que piensa que el poder del Estado ha crecido demasiado, que impone demasiados impuestos a los ciudadanos, o que interfiere demasiado en la autonomía individual y local, buscará ganar las elecciones para poder llevar a cabo un programa de reformas. Si obtiene la mayoría de los cargos parlamentarios, sus líderes serán designados o asumirán los principales cargos del poder ejecutivo, y podrán desplegar los instrumentos de reforma. Éstos consistirán necesariamente en propuestas legislativas, proyectos de ley que tengan por objeto reducir la carga impositiva y los poderes de intervención de las agencias del gobierno central, y así. Para implementar estas políticas, esos proyectos de ley deberán ser aprobados como leyes.

Por contraste, un partido con una concepción más socialista del bien común puede pretender realizar un programa con un sentido opuesto al recién expuesto, y puede buscar reformas que tiendan a generar una mayor igualdad en el bienestar de sus ciudadanos a través de servicios públicos y una más alta carga impositiva. También tendrá que incluir en la persecución de estas propuestas políticas las correspondientes propuestas legislativas y si obtiene una victoria electoral, tendrá que lograr la aprobación de estas reformas legales. Un programa de reformas ya sea del primer o del segundo

<sup>15</sup> LUHMANN, 2004: caps. 9 y 10, especialmente en 408-409.

tipo puede fallar de muchas maneras. Una de ellas es que el texto legislativo sea tan defectuoso que no pueda ser interpretado de modo tal que produzca los efectos queridos por los promotores del programa político. Otra sería por ejemplo que los tribunales se resistieran a interpretar las leyes aprobadas de un modo que sea fiel a los valores que sus creadores intentaron que encarnaran. Esto último constituiría un abuso de los poderes de la judicatura, aun cuando puede que no exista un mecanismo constitucionalmente disponible para corregirlo.

Lo mismo resulta aplicable para las preocupaciones medioambientales o respecto de las libertades civiles que son afectadas por el derecho penal y las autoridades de imposición del derecho. Sea lo que sea que uno perciba como deficiente en la ordenación política del Estado, el remedio probablemente requerirá del ejercicio de la potestad legislativa. Este remedio sólo funcionará si la legislación así establecida es interpretada con el fin tanto de asegurar la coherencia del sistema jurídico como de implementar los principios implícitos en la nueva legislación, a saber, los valores que se usaron como argumento para respaldarla durante el proceso político<sup>16</sup>.

Otra tensión entre derecho y política se deriva de la diferente escala de tiempo con la que operan. Los sistemas jurídicos se toman muchos años en procesar los casos desde que se inician con la interposición de alguna acción o recurso judicial hasta la decisión final de la última apelación. Esto ocurre cuando el caso es lo suficientemente importante o polémico, de modo que se hace necesario recorrer todo el camino hasta llegar a una decisión dotada de la más alta autoridad para determinar cuál es la correcta interpretación del derecho aplicable. Los imperativos de la vida política, y algunas veces (como puede ocurrir en materias medioambientales o en asuntos urgentes de seguridad nacional) la urgencia práctica de algunos tipos de prevención de daños hacen de esta diferencia entre las escalas de tiempo del derecho y la política algo políticamente problemático. En parte por esto es que el ejecutivo promueve en estas materias frecuentemente la aprobación de leyes que crean agencias públicas capaces de actuar con agilidad. Ésta puede ser, por ejemplo, alguna agencia de protección del medio ambiente con potestades para intervenir agresivamente en la actividad de agentes económicos tales como las empresas industriales, con el objeto de obtener de manera más rápida la prevención o rectificación de los daños. Una agencia de este tipo, por ejemplo, puede (bajo la rama del derecho público comúnmente denominada «derecho administrativo») acelerar la implementación jurídica efectiva de soluciones políticas a los problemas medioambientales percibidos. En el caso de que surjan controversias o disputas, la interpretación jurídicamente

---

<sup>16</sup> Esto es sostenido en MacCORMICK, 2005a: 139-141.

definitiva de sus potestades y deberes, y sobre su legítimo ejercicio, tendrá que esperar, sin embargo, al resultado de los procesos legales comparativamente más lentos. Los tribunales superiores pueden eventualmente ser llamados a pronunciarse acerca de la validez de la atribución de las potestades o de alguna forma particular de su ejercicio<sup>17</sup>.

## 5. EL VALOR POLÍTICO DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

Los jueces no sólo arriesgan verse involucrados en política por presiones indebidas de ministros u otros actores políticamente poderosos. Ellos pueden por sí mismos involucrarse en política si aparentan o efectivamente oponen resistencia o distorsionan las reformas políticas que han sido exitosamente aprobadas en sede legislativa. Algunas escuelas de teoría del derecho han llegado tan lejos en su oposición a la teoría de sistemas que han negado que exista alguna separación entre el derecho y la política, precisamente por el rol que le cabe a los tribunales en la implementación del derecho. Los teóricos «críticos» siempre han destacado que los jueces tienen que decidir si respaldar valores afines a los que prevalecen en los programas legislativos del momento o valores opuestos a éstos<sup>18</sup>.

De acuerdo a la teoría institucional del derecho, tal como ha sido presentada en un volumen que acompaña a éste<sup>19</sup>, esta tesis «crítica» acerca de la aplicación del derecho se vuelve exagerada si niega que pueden existir realmente argumentos jurídicos objetivos que constituyan mejores o peores interpretaciones con independencia de las preferencias personales de los jueces. Tales fundamentos objetivos pueden existir realmente. Por cierto, de esto no se sigue que los jueces nunca cometan errores o que ellos nunca se inclinen impropriamente para un lado. Es posible, sin embargo, para los jueces evitar todo partisanismo político en el desempeño de sus cargos y en este sentido mantenerse al margen de la política<sup>20</sup>. Uno no tiene por qué adoptar todo el complejo aparato de la sociología de la teoría de sistemas al estilo de LUHMANN o TEUBNER para agradecer la poderosa corroboración que ofrece acerca de este punto.

Pero, de nuevo, en otro sentido, esa misma imparcialidad de la judicatura constituye un preciado logro de la política cuando y en la medida en que

<sup>17</sup> Sobre el problema de las diferencias en escala de tiempo entre el sistema jurídico y el sistema político, compárese LUHMANN, 2004: 372-374.

<sup>18</sup> Compárese en general KENNEDY, 1997; NORRIE, 1993 (especialmente el cap. 7 por P. GODRICH: «Fate as Seduction»).

<sup>19</sup> MACCORMICK, 2005a.

<sup>20</sup> MACCORMICK, 2005a: cap. 13. En contraste, por ejemplo, BALKIN, 1993: 369.

es obtenido. La idea misma de una comunidad política bajo el *rule of law*, un Estado constitucional o un Estado de derecho, supone la existencia de una efectiva separación de poderes tal que diferentes funciones son llevadas a cabo por diferentes agencias. No es el caso, entonces, que los jueces y los tribunales deban ser en todo sentido no-políticos —ellos, ciertamente, tienen que ser imparciales, evitando tomar partido abiertamente por alguno de los bandos en materias que son objeto del debate político del momento—. Pero la obtención de una imparcialidad no-partisana es en sí un rol político, uno de un valor inestimable en el aseguramiento del equilibrio constitucional. Esta forma de participación es la mayor contribución de los jueces al mantenimiento del bien común de la comunidad política.

Existen otras conexiones importantes entre lo jurídico y lo político. Los políticos, en todas las formas de gobierno representativo y a fortiori en las democracias, compiten para adquirir poder en el sentido de la capacidad práctica para realizar cambios en el modo en que las personas viven y el bienestar relativo de los ciudadanos, logrando un justo equilibrio en el bienestar que éstos disfrutan. Pero en un Estado de derecho (este término en sí es reminiscente del «acoplamiento estructural»), el poder que ellos buscan supone la adquisición y el ejercicio de un agregado de poderes de acuerdo al derecho, esto es, de potestades jurídicas.

Los poderes de un ministro, que puede ejercer por estar investido de uno de los cargos que están a la cabeza del sistema político, constituyen o bien potestades directamente atribuidas por la constitución o bien potestades que le han conferido leyes que han sido establecidas en ejercicio de poderes legislativos constitucionalmente otorgados o por poderes normativos subordinados. O (esto es más probable en relación con la defensa y las relaciones internacionales) puede ser ese tipo de poder residual que recae en la jefatura del Estado bajo el concepto de una prerrogativa ejecutiva (en las monarquías, una «prerrogativa regia») ejercida en nombre del jefe de Estado por un ministro. El derecho confiere potestades para dirigir la actividad de los funcionarios públicos o del personal militar, para autorizar el gasto de fondos públicos, para requerir de los ciudadanos que respondan a exigencias impuestas en nombre del Estado, para otorgarles autorizaciones especiales a través de alguna u otra forma de permiso —en general, toda la panoplia de potestades públicas—. Esto es un hecho significativo aun en los casos de potestades cuyo desempeño suponen el ejercicio de una amplia discreción por parte del ministro o de alguien en su nombre. Por consiguiente, la legalidad del ejercicio de una potestad ministerial (si éste es un ejercicio legítimo de la potestad, o si es un acto *ultra vires*, un acto arbitrario, o un *détournement de pouvoir*, etc.) puede normalmente ser sometida al conocimiento de un tribunal independiente. El *rule of law* es erosionado en la medida en que existan poderes cuyas condiciones de validez dependan exclusivamente de la voluntad de quienes los ejercen.

## 6. ¿PODER POLÍTICO POR SOBRE EL DERECHO?

Es claro que la legalidad no garantiza el éxito político y es también claro que a veces acciones que en sentido estricto constituyen infracciones a las exigencias legales pueden tener consecuencias brillantes. La política a veces exige este tipo de osadías. Requiere además liderazgo y visión, así como trabajo en equipo para la realización de políticas, metas e ideales comunes. El derecho atribuye potestades públicas y establece sus límites. Es asunto de la política el cómo son ejercidas estas potestades y es una cuestión de visión y comprensión política el que del múltiple ejercicio de numerosas potestades jurídicas resulte un ejercicio coherente y benéfico del poder en el sentido político. Como es bien sabido, el derecho no contiene receta alguna para el éxito político ni para el buen desempeño político. Pero sin las estructuras que provee el derecho no habría sistema político, ni tampoco, por cierto, Estado.

Curiosamente, sin embargo, también parece ser cierto lo inverso. Pues para mantener el Estado y para que siga siendo un Estado de Derecho (con más o menos defectos) son necesarias voluntad y organización políticas. Más aún, puede sostenerse que toda comunidad política, incluyendo los Estados mejor ordenados, pueden caer en un estado de crisis, tal vez por conflictos económicos o políticos internos, o quizás por catástrofes naturales o presiones externas. Las razonables exigencias del principio de separación de poderes tienen que ser dejadas a un lado y debe adoptarse una decisión que haga frente a la crisis. De acuerdo con Carl Schmitt<sup>21</sup> y sus seguidores contemporáneos, la necesidad de una decisión en este «estado de excepción» sirve de criterio para determinar dónde reside en último término la soberanía que siempre subyace a toda comunidad política exitosa<sup>22</sup>. «Soberano es quien decide sobre el estado de excepción»<sup>23</sup>. Estos son casos en los que sólo el éxito es exitoso. Un intento de apoderarse del poder supremo puede llevar a una desastrosa derrota y al colapso del Estado. Cuando es exitoso, sin embargo, preserva y revela el verdadero carácter del Estado en relación con las reales relaciones de poder últimas que lo mantienen, sin importar cuán poco esto se vea reflejado en la conducta normal y superficial, jurídicamente correcta.

<sup>21</sup> SCHMITT, 1988; cfr. SCHMITT, 1996.

<sup>22</sup> El énfasis que M. LOUGHLIN pone sobre el carácter último del poder político se lo debe en parte a SCHMITT, aunque de ningún modo lo sigue en todo el resto del camino. Véase LOUGHLIN, 2003: 33-35, 155-156.

<sup>23</sup> Este es la afirmación inicial de su *Political Theology*, como la presenta DYZENHAUS, 1997: 42.

¿Qué puede decirse acerca de esto? Vale la pena repetir que el poder es siempre un atributo relacional, como se ha argumentado en el capítulo IX. El que tiene poder lo tiene en relación con algo o alguien. El poder se revela en los cambios que uno puede producir en aquello sobre lo que se tiene poder, y puede ser graduado de acuerdo al grado de cambio que puede ser producido y a cuánta resistencia puede vencer. Las potestades jurídicas, en tanto que constituyen una forma de poder normativo, consisten en la aptitud que tiene una persona o entidad para cambiar la situación jurídica de una persona o entidad, creando un nuevo deber o extendiendo uno existente, o haciendo ilícito lo que antes no lo era, o confiriendo, extendiendo, restringiendo o anulando alguna potestad. El poder político es conceptualizado mejor como un poder de facto más que como un poder normativo. No se trata de los cambios acerca de lo que las personas de alguna manera deben hacer. Se trata de lo que de hecho hacen, pero en un Estado de derecho esto sólo puede lograrse a través del ejercicio de potestades jurídicas.

En la medida en que los ciudadanos sean motivados para actuar y actúen conforme al derecho, tenderán a responder a todos los tipos de cambios jurídicos que se han mencionado. En esa medida, el ejercicio de potestades jurídicas puede ser una forma altamente efectiva de ejercicio del poder político. Más aún, la legitimidad de la conducta de los agentes políticos es un elemento importante en la posición o aura que ellos tienen o adquieren. La obtención de determinados resultados a través de medios constitucionales y legales refuerza la legitimidad que se detenta y, por tanto, contribuye a que las personas respondan al ejercicio político del poder. Existe una clara diferencia conceptual entre el poder político y las potestades jurídicas. Pero en la vida real van de la mano y sólo pueden ser examinados por separado en momentos excepcionales —quizás, efectivamente, en los «estados de excepción»—. Por cierto que es parte de la naturaleza de los estados de excepción que sean, en los hechos, excepcionales. Derivar una tesis sobre el modo de funcionamiento apropiado y normal de los Estados a partir de las condiciones de su sobrevivencia en circunstancias que puede que nunca lleguen parece ser simplemente perverso.

Puede acusarse de falta de realismo a quienes enfatizan el carácter conformador que tiene el derecho público respecto de la política, el modo en que define y al mismo tiempo necesariamente delimita los poderes públicos (sin importar cuán amplia o vagamente). Martin LOUGHLIN, por ejemplo, reprocha a tales pensadores (incluyendo al presente autor) que ignoran el hecho de que el derecho público es en último término acerca del gobierno<sup>24</sup>; con lo que hace posible la existencia del orden político, preferentemente

---

<sup>24</sup> Cfr. LOUGHLIN, 2004: 82-83; para una respuesta, véase MACCORMICK, 2004.

al buen gobierno, pero algún gobierno más que el caos y el desorden, o incluso la mera anarquía. Es necesario, por tanto, subrayar el compromiso de la teoría institucional del derecho con el énfasis, tan claro como lo pone Loughlin, en el aspecto habilitador del derecho público. Pero tiene que recordarse nuevamente que el derecho sólo habilita, mientras que la política es la que lleva a cabo —en todo caso, los políticos en tanto miembros del poder ejecutivo, asistidos por los funcionarios civiles, llevan a cabo— la actividad de gobierno.

Si ésta es o no bien desempeñada es algo que se juzga comúnmente por lo resultados reales o imputados. ¿Son satisfactorias las estadísticas de criminalidad? ¿Muestran una tendencia a la baja y ayudan a disminuir el miedo a una posible victimización? ¿Mantiene la política monetaria un control satisfactorio sobre la inflación? ¿Se está expandiendo o contrayendo la economía? ¿Está alta o baja la tasa de desempleo? ¿Está subiendo o está a la baja? ¿Está el sistema educativo formando estudiantes y pupilos bien educados, con la capacidad y disposición para integrarse al mercado de trabajo? ¿Están los servicios de salud proveyendo los cuidados de salud que requieren quienes se encuentran en necesidad y dando soporte efectivo en la prevención de la enfermedades? ¿Están siendo conducidas las relaciones internacionales de modo que promueven las condiciones de paz y el mantenimiento de la seguridad económica y militar del Estado? ¿Cuentan las fuerzas militares con los equipos, las armas y los soldados necesarios para cumplir sus imprescindibles funciones? ¿Se ha mantenido exitosamente la subordinación de los militares al poder civil?

Las respuestas a estas preguntas y, más todavía, la cuestión de cómo debe planificarse la conducta del gobierno para asegurar respuestas satisfactorias a todas ellas son sumamente polémicas. La rivalidad de los partidos en un sistema representativo (más aún en uno democrático) es una rivalidad acerca de la pretendida superioridad en la capacidad de lograr resultados positivos en ámbitos tales como los mencionados. Filosofías políticas diferentes apuntan a diferentes orientaciones en cuanto a los medios a elegir y a los fines que deben adoptarse. ¿Cuáles son las exigencias de la justicia política y económica? ¿Qué resulta necesario para el bien común, y no sólo para el bien de una facción, y cómo puede obtenerse? Incluso la cuestión de si estas preguntas admiten una respuesta razonable o no son más que ilusiones tras las que se esconde la ideología y la falsa conciencia es en sí misma polémica.

Todo lo que esto muestra es que el derecho y la política ciertamente no son, y no pueden ser, opacos el uno al otro. Una forma de entender, o malentender, a LUHMANN y TEUBNER, que le atribuye a estos autores la concepción de que son recíprocamente opacos, los presenta como autores muy poco

persuasivos. El respeto mutuo de los diferentes roles en un régimen constitucional de poderes separados pero mutuamente interactivos no es sólo (en un sentido trivial) esencial para la seguridad de este régimen; es esencial para un *rule of law* adecuadamente asegurado. Debe reconocerse íntegramente la diferencia conceptual entre el derecho, como un orden normativo de lo lícito y lo ilícito, y la política, como el dominio de la actividad de gobierno guiada por consideraciones de prudencia. Éstos han de ser entendidos en relación con lo que es más o menos efectivamente postulado como bien común o, por cierto, considerando la articulación de nuevas formas de comprender el bien común por medio de la deliberación política y el discurso. La política, sin embargo, depende del orden constitucional y legal, y los políticos deben utilizar los roles de la legislatura y del ejecutivo dentro de la separación de poderes constitucionalmente establecida para alcanzar legítimamente sus objetivos. El hacer esto, a su vez, resulta esencial para mantener de la viabilidad de un Estado en tanto Estado de derecho que opera bajo una constitución funcional que se mantiene en armonía con el texto de una constitución formal (si es que existe) sobre la base de una interpretación razonable de ésta<sup>25</sup>. El derecho y la política son conceptualmente diferentes pero recíprocamente interactivos en los procesos dinámicos del gobierno, y de la aplicación del derecho y la interpretación.

---

<sup>25</sup> Sobre las constituciones «funcionales» en contraste con las «formales», véase el capítulo III.

## CAPÍTULO XI

# LÍMITES AL PODER: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. INTRODUCCIÓN

Las potestades de las autoridades estatales son típicamente unilaterales. Éstas incluyen poder para recurrir a la coacción física a través de reglas y órdenes dirigidas a las agencias institucionalizadas de imposición del derecho. El derecho penal, como es bien sabido, contempla disposiciones que prohíben el ejercicio de coacción física a toda persona salvo a los funcionarios públicos (de la policía y gendarmería de prisiones, excepcionalmente de las fuerzas armadas) que actúan razonablemente para el mantenimiento del orden y el derecho. Esta prohibición del ejercicio privado de coacción física está sujeta a excepciones en los muy delimitados casos de la legítima autodefensa y la legítima defensa de terceros en caso de extrema necesidad. Las autoridades estatales afirman de este modo el monopolio del ejercicio de la coacción legítima — todo ejercicio de coacción física de un ser humano sobre otro es o antijurídica, o medida o sanción jurídicamente autorizada, como podría decirse de manera ligeramente exagerada —<sup>1</sup>.

La pretensión estatal, o de las autoridades estatales, de monopolizar la coacción de esta manera conlleva peligros evidentes. ¿Acaso el poder normativo supremo para autorizar la coacción no puede llevar a la concentración de la fuerza y al uso de la fuerza así concentrada de una manera que sea excesiva,

---

<sup>1</sup> Cfr. Kelsen, 1967: 42.

cruel e injusta, aunque no cuente con fundamento alguno? Existen bastantes antecedentes, sin duda, que muestran que esto es posible. De la sofisticada cultura que caracterizaba a la Alemania decimonónica en la literatura, las ciencias sociales y las humanidades, las ciencias naturales, la música y las artes, emergió, sin embargo, un mal extremo. La derrota militar y el colapso de la monarquía llevaron a la fundación de una república democrática inestable bajo la constitución de Weimar. Su colapso ocurrió de un modo que permitió a Hitler y al partido Nazi tomar el poder, quienes progresivamente abusaron de los recursos del Estado, cayendo en actos tales que los convirtieron en el ejemplo mismo de la inhumanidad, la crueldad, el racismo y el genocidio. Existen ilustraciones menores de lo que es esencialmente el mismo siniestro proceso.

Resulta quizás demasiado fácil referirse al mal extremo e imperdonable para plantear estos problemas. En ocasiones uno puede mirar con inquietud lo que sucede no tan lejos de casa, en el tiempo, en el espacio y en el sentimiento, y recordar algunas situaciones graves que pueden haber dado lugar a respuestas problemáticas. Con este espíritu, uno puede reflexionar acerca de la reacción de dos de las más estables y antiguas democracias, la de los Estados Unidos de América y la del Reino Unido, a los ataques del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas en Nueva York y al Pentágono en Washington, y de los eventos subsecuentes. La primera reacción fue un ataque total al gobierno talibán en Afganistán y el inicio de procedimientos que tenían por objeto establecer una nueva constitución para un Estado democrático en Afganistán. Junto con ello se llevaron a cabo una serie de feroces ataques para destruir completamente a al-Qaeda, la organización responsable por los ataques del «11-S». A continuación vino una intervención militar masiva en Iraq bajo el pretexto de prevenir el desarrollo de armas de destrucción masiva, con el propósito ulterior de deponer la tiranía de Saddam Hussein y de promover el establecimiento de una constitución democrática operativa en Iraq. Los niveles de violencia y destrucción que acompañaron y que surgieron en respuesta a todo esto a través de varias formas de insurgencia y de violencia sectaria entre las comunidades musulmanas chiíes y suníes, llevaron a varios observadores a controvertir la sensatez y la justicia de la intervención en Iraq y muchos, por cierto, sostuvieron que su concepción y su ejecución era contraria al derecho internacional. Más aún, las condiciones en las que son mantenidos los prisioneros en las cárceles iraquíes y las que existen en el Campo Delta (el anterior Campo Rayos X) en la Bahía de Guantánamo, Cuba, que retiene a personas capturadas en medio de la guerra de Afganistán que son sospechosas de tener vínculos con al-Qaeda, parecen violar las reglas básicas del derecho constitucional norteamericano<sup>2</sup>. No se cumplió

---

<sup>2</sup> Personal militar relativamente joven ha sido juzgado y condenado por ilícitos cometidos en contra de prisioneros iraquíes; y prisioneros en Guantánamo han impugnado exitosamente

tampoco la Convención de Ginebra sobre Prisioneros de Guerra, hasta un punto tal que la Corte Suprema norteamericana tuvo que establecer los márgenes dentro de los que el presidente puede manejar estas materias<sup>3</sup>. El hecho de que los detenidos fueran calificados de «combatientes enemigos», y no como soldados capturados de un Estado reconocido, fue algo que conmovió la consciencia de muchos norteamericanos y de aún más ciudadanos de otros países, para quienes el restablecimiento del *rule of law* por la Corte Suprema norteamericana fue un gran alivio.

Mientras tanto en el Reino Unido, especialmente con posterioridad a los crueles ataques suicidas en el tren subterráneo de Londres y en los servicios de transporte terrestre en julio de 2005, el primer ministro, Tony Blair, declaró «que las reglas habían cambiado» y procedió a introducir una serie de medidas antiterroristas. Éstas incluyeron la creación de un delito mal precisado de «glorificación» de actos terroristas<sup>4</sup> y el aumento de las potestades de los ministros —miembros del poder ejecutivo— para ordenar la detención de individuos y para decretar «órdenes de control»

---

algunos aspectos de su detención. En *Rasul v. Bush* 542 US 466 (2004) 321 F. 3d 1134, la Corte Suprema sostuvo que los extranjeros que estuvieran presos sin cargos en los centros de interrogación de Guantánamo estaban legitimados para interponer acciones legales en las Cortes Federales Civiles con el objeto de impugnar su cautiverio.

<sup>3</sup> En *Hamdan v. Rumsfeld* 126 S Ct 2749 (2006) la Corte Suprema sostuvo que «la comisión militar reunida para juzgar a Hamdan carecía de competencia para actuar porque su estructura y sus procedimientos violaban tanto el UCMJ (*Uniform Code of Military Justice*) como la Convención de Ginebra» (opinión de la Corte, por el *Justice Stevens*). Owen Fiss ha sostenido que los principios fundacionales de la Constitución norteamericana quedaron seriamente menoscabados aun después de estos casos. Véase Fiss, 2006.

<sup>4</sup> Véase *Terrorism Act 2006* s 1:

1) Esta sección se aplica a las afirmaciones que probablemente puedan ser entendidas por todos o parte de los miembros del público para el que está dirigida su publicación, como una incitación directa o indirecta, o alguna otra forma de inducción, para la comisión, preparación o instigación de actos terroristas o delitos contra la convención.

2) Una persona comete un delito si—

a) publica una afirmación a la cual esta sección es aplicable o causa que otro publique una afirmación tal; y

b) al tiempo de la publicación o de que causa que otro la publique, si ella—

i) intencionalmente incita directa o indirectamente, o induce de otro modo, a miembros del público, por medio de la afirmación, a cometer, preparar o instigar actos terroristas o delitos contra la convención; o

ii) imprudentemente incita directa o indirectamente, o induce de otro modo, a miembros del público, por medio de la afirmación, a cometer, preparar o instigar tales actos o delitos.

3) Para los efectos de esta sección, las afirmaciones que probablemente puedan ser entendidas por miembros del público como induciendo indirectamente a miembros del público a cometer o preparar actos terroristas o delitos contra la convención incluyen cualquier afirmación que—

a) glorifique la comisión o preparación (sea en el pasado, en el futuro o de modo general) de un acto o delito tal; y que

b) razonablemente pueda esperarse que tales miembros del público comprendan que lo glorificado por la afirmación está siendo glorificado como una conducta que debiera ser emulada por ellos en las circunstancias existentes.

que restrinjan sus libertades normales. Estas medidas fueron sujetas a formas muy limitadas de control judicial. Posteriores propuestas legislativas pretender otorgar a ministros poderes generales para reformar o derogar la legislación existente mediante reglamentos con mínimos controles parlamentarios efectivos. Nuevamente, en el Reino Unido, los tribunales tuvieron que establecer límites al ámbito de actuación del ejecutivo en materias relacionadas con los derechos humanos y las libertades civiles fundamentales<sup>5</sup>.

Así las autoridades de gobierno de países con orgullosas tradiciones constitucionales de respeto por el *rule of law*, y con un antiguo y estable respecto por los derechos fundamentales de los seres humanos dentro de su jurisdicción, pueden alejarse de un modo alarmante de estas tradiciones cuando se enfrentan con el terrorismo organizado. Constituye un verdadero problema el encontrar vías para permitir el ejercicio de poderes para el bien de la seguridad pública sin crear con ello espacio para abusos, que inicialmente quizás se dan en el margen, pero que siempre esconden la posibilidad de que se transformen en formas de intervención cada vez más profundas en ámbitos anteriormente protegidos. Resulta también una cuestión seria la de quién debe finalmente decidir en qué medida son necesarias las garantías frente a los abusos y qué garantías.

Las reflexiones del párrafo precedente sobre los desarrollos que han tenido lugar en los Estados Unidos de América y en el Reino Unido en las primeras décadas del siglo XXI tienen relación con procesos que han sido dirigidos por líderes políticos democráticamente elegidos, actuando bajo la autoridad de resoluciones emitidas por el Congreso en un caso, y por el Parlamento en el otro. La antigua cuestión de «¿quién nos defiende de los defensores?» sólo puede moverse a la cuestión de «¿qué jueces deben juzgar esto?». ¿Dónde se ha de trazar la línea entre las responsabilidades del ejecutivo y de la judicatura? El presente capítulo discutirá primero el trasfondo y la evolución de la idea de que deben reconocerse derechos fundamentales que ningún gobierno puede legítimamente privar o violar. A continuación se considerará el nivel de institucionalización que tales derechos han alcanzado en el mundo contemporáneo. Finalmente, se volverá a la cuestión recién planteada y a la duda expresada acerca de cuán deseables son ciertas formas de institucionalización de los derechos fundamentales.

---

<sup>5</sup> Véase *A v. Home Secretary* [2004] UKHL 56, [2005] 2 WLR 87; *A v. Home Secretary (N.º 2)* [2005] UKHL 71, [2005] 3 WLR 1249.

## 2. DERECHOS COMO LÍMITES POSIBLES AL GOBIERNO

La fidelidad al *rule of law* es una condición necesaria para la protección de la libertad frente a intervenciones injustificadas de las agencias estatales. El Estado de derecho o *Rechtsstaat* es un intento por establecer que la fuerza estatal sea siempre ejercida de acuerdo a reglas generales que puedan ser interpretadas de forma estricta y de un modo universalista excluyendo discriminaciones injustas. Pero esto no parece ser suficiente. Las reglas generales pueden conferir poderes discrecionales extremadamente amplios a determinadas autoridades —un buen caso es el de la ley en virtud de la cual se le atribuyó a Hitler el poder para gobernar por decreto en Alemania tras el año 1934—. Abundan ejemplos de atribuciones abusivas de poderes discrecionales amplísimos en otros Estados de Europa y el mundo, pero pocos son tan egregios como el del terror nazi. Uno podría incluso señalar el lamentable proyecto de ley sobre reforma de la legislación y la regulación presentado por el gobierno de Blair en el Reino Unido el año 2006<sup>6</sup>. Más aún, existe el riesgo de que, incluso cuando una potestad sea formalmente limitada, estos límites sean ignorados impunemente en la práctica y así se puedan cometer actos terribles. Siempre debemos preguntar: «¿quién custodia a los custodios?».

Tomado por sí solo, el *rule of law*, aunque esencial, parece resultar insuficiente en algunos contextos para la protección en contra de las actividades ilegítimas de las agencias estatales<sup>7</sup>. ¿Quizás se requieran algunos límites sustantivos además de límites puramente formales al poder estatal? Un candidato para la formulación de tales límites es el reconocimiento de derechos fundamentales. Esto es algo que ha ganado mucho prestigio actualmente como consecuencia de las garantías adoptadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial a través de diversos instrumentos internacionales y en las constituciones nacionales, como respuesta a los horrores que se presenciaron en ese período de la historia humana.

Se trata de una idea antigua, cuyas raíces están en las ideas filosóficas del período en que aparecieron las modernas formas y concepciones del Estado. Los reinos feudales y los imperios apelaban a ideas como la costumbre

---

<sup>6</sup> La cláusula 1 proponía conferir a los ministros, esto es, al ejecutivo, extensas potestades generales para crear y derogar leyes, sujetas a un control parlamentario demasiado débil. Las modificaciones introducidas por el Parlamento parecen restringir esas potestades a materias estrictamente relacionadas con la simplificación administrativa y, en este sentido, la «desregulación». Aun así, las potestades conferidas al poder ejecutivo por este medio significan una importante desviación respecto de la separación de poderes tal como ésta es comúnmente entendida.

<sup>7</sup> Cfr. Raz, 1979b: 210-229.

y los derechos inmemoriales, o al derecho divino de los reyes, para justificar su pretensión de gobernar. Tras la reforma y las guerras de religión de los siglos XVI y XVII, estas ideas comenzaron a verse cada vez más erosionadas. De todos modos, ya no se podía dar por presupuesta la legitimidad de reyes y emperadores por el solo hecho de que existían y de que habían existido durante largo tiempo de una forma u otra. ¿Qué puede justificar el gobierno monárquico? ¿Cómo puede éste o alguna otra alternativa establecerse si se ha caído en la confusión de la guerra civil y de los conflictos religiosos? ¿Sobre qué base?

Una línea de pensamiento postuló que cuando los seres humanos viven fuera de un orden jurídico establecido caen necesariamente en un «estado de naturaleza», en el que lo único que puede guiarlos y crear condiciones de confianza recíproca son los preceptos morales que bajo esas condiciones fueran vinculantes. Thomas HOBBS consideraba que dichos preceptos serían mínimos en esta situación. Todas las personas enfrentarían el imperativo de asegurar los medios de su propia sobrevivencia y la de su grupo familiar; y ninguno tendría bases sólidas para confiar en otro. A falta de toda prohibición organizada y efectiva del uso de la fuerza, cada persona estaría naturalmente en libertad de usar la fuerza que sea necesaria para preservar su vida y para hacerla lo más confortable posible dadas las circunstancias. Pero esto resultaría intolerable, porque las circunstancias serían las de una guerra de todos contra todos, aun cuando la violencia actual fuera intermitente. Del imperativo de autopreservación se seguiría, entonces, un imperativo subsidiario, el de buscar la paz con todos los demás en términos que todos puedan aceptar. Cualquier acuerdo de paz, sin embargo, sería precario a menos que haya alguna forma de imponer su cumplimiento («convenios sin armas no son sino palabras»). Por tanto, el acuerdo debería contemplar alguna provisión que asegurara su cumplimiento. Esto puede llevarse a cabo si un «contrato social» instituye un soberano a quien (o a quienes —pues se puede tratar de una asamblea de personas, no un individuo—) todos transfieren todos sus «derechos naturales» para usar la fuerza. A cambio ellos tendrían que aceptar la protección pero también la carga de las leyes establecidas e impuestas por este soberano<sup>8</sup>.

Los «derechos naturales» así entendidos serían una pobre protección en contra de la arbitrariedad estatal. Pues el único derecho natural fundamental es el derecho a usar toda la fuerza necesaria para asegurar la propia subsistencia, y a éste se renuncia por medio del contrato social. A continuación podrán existir toda clase de derechos de propiedad, derechos a libertades reguladas, a juicios justos, y todos los demás de este tipo. Pero todos estos

<sup>8</sup> HOBBS, 1997: caps. 12-17.

proviene del derecho positivo establecido por el soberano y, por tanto, no pueden dar lugar a una base sustantiva para la limitación del poder soberano. El derecho creado es, en la concepción hobbesiana, el único estándar objetivo de justicia que está disponible para los seres humanos entre sí. No puede existir ningún criterio independiente de justicia que permita criticar las leyes como injustas. (Existen, no obstante, un conjunto de preceptos acerca del sabio ejercicio de los poderes soberanos, y Hobbes da una cuidadosa explicación de estas guías prudenciales para el buen gobierno como si se tratara de una suerte de «derecho natural» complementario)<sup>9</sup>.

Una concepción diferente acerca de los preceptos morales que son vinculantes en el estado de naturaleza sería necesaria para poder obtener una conclusión diferente. John Locke fue quien desarrolló una concepción diferente como ésta. Él sostuvo que el estado de naturaleza sería uno de libertad, no de licencia, dado que igual existiría una ley de la razón vinculante para los humanos en tanto criaturas racionales diseñadas por una deidad benevolente. Dado que los humanos son iguales en tanto que criaturas de Dios, nadie puede tener un derecho a matar o a lesionar a otro, y cada uno debe respetar la libertad de todos los demás, no teniendo el derecho de someter a nadie. Cada uno tiene igual acceso a los frutos del mundo y, por la vía de mezclar con las cosas los propios esfuerzos en su cultivo, caza o recolección, se puede adquirir un derecho a poseerlas. Los demás no tendrán derecho a tomarlas salvo mediando consentimiento, como en el caso de un intercambio voluntario. Así en un estado de naturaleza los humanos tendrían derecho a la vida, la libertad y la propiedad legítimamente adquirida<sup>10</sup>.

El problema, sin embargo, es que el único mecanismo para proteger esos derechos sería la autotutela. Lo que uno puede concebir como el legítimo castigo por la violación sus derechos — digamos, de la propiedad que tengo sobre ciertos frutos recolectados — puede ser concebido por el otro a su turno como una violación de su derecho a la integridad corporal. Pues si este otro niega que uno haya adquirido los frutos de manera legítima o que, en efecto, uno tenga algún derecho exclusivo, el otro no puede considerar la violencia que uno ha ejercido como un justo castigo, sino que más bien como un tipo de apropiación violenta de bienes sin dueño. Para enfrentar esta situación de potencial conflicto uno podría invocar la asistencia de sus amigos, pero el otro puede hacer lo mismo, y es probable que todo resulte en una espiral de violencia. La situación de todos en el estado de naturaleza sería así inestable y la esperanza de una vida en paz en el estado de natura-

<sup>9</sup> HOBBS, 1997: cap. 14. Debo a Garret BARDEN el que me haya recordado la importancia de este aspecto del pensamiento de HOBBS.

<sup>10</sup> LOCKE, 1966 (especialmente cap. 2).

leza de acuerdo al derecho natural puede demostrar ser ilusoria. ¿Qué puede hacerse ahora?

La respuesta no es la completa transferencia de todos los derechos naturales que cada uno tiene a una persona o asamblea soberana, sino que solamente la transferencia parcial del «poder de ejecutar el derecho natural» de cada uno, esto es, el derecho a hacer respetar los propios derechos y a imponer la reparación o el castigo por las violaciones que sean inferidas a sus derechos<sup>11</sup>. Para superar la inseguridad del estado de naturaleza mediante un contrato social se acordaría establecer el gobierno. El gobierno sería capaz de crear reglas generales para expresar los principios básicos del derecho natural en términos positivos y claros, de adjudicar las disputas acerca de presuntas infracciones de los derechos, y de organizar una defensa interna y externa en contra de la violencia. Los gobiernos así establecidos quedarían obligados a respetar los derechos naturales cuya inseguridad en el estado de naturaleza llevó a que las personas formaran una sociedad mediante un contrato estableciendo un gobierno civil efectivo. Las autoridades de gobierno que violan gravemente los derechos de quienes están sujetos a su poder erosionan su propio derecho a ser obedecidos como legítimos gobernantes —pues, en efecto, al violar los derechos naturales dejan de ser legítimos—. Una protección frente a estas violaciones podría obtenerse asegurando que los diferentes poderes del gobierno residieran en diferentes manos<sup>12</sup>.

Doctrinas de este tipo estuvieron involucradas en la «gloriosa revolución» de varios de los reinos británicos de 1688-1689 (el tratado de LOCKE fue escrito antes, pero no fue publicado hasta 1690; no fue una de las causas a las que se pueda atribuir la revolución sino que expresa más bien el espíritu de la época) y nuevamente en la Revolución norteamericana de 1776. Tras la adopción de la constitución norteamericana propuesta por los padres fundadores en Filadelfia en 1787, un primer conjunto de diez enmiendas fueron propuestas y aprobadas en 1789. Éstas constituyeron lo que llegaría a ser conocido como el *Bill of rights* que enumera los derechos que deben respetar las autoridades federales en favor de los ciudadanos. La decimocuarta enmienda adoptada tras la guerra civil de 1861-1865, completó el catálogo de derechos, desarrollando el derecho a igual protección de las leyes para todos los ciudadanos y extendiendo el alcance del *Bill of Rights* tanto al gobierno federal como a los Estados. En la segunda mitad del siglo xx ésta se convirtió en un arma poderosa en la batalla por la igualdad de los ciudadanos de color<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> LOCKE, 1966: cap. 7, pars. 87-90.

<sup>12</sup> LOCKE, 1966: caps. 8-14.

<sup>13</sup> Véase, por ej., DICK HOWARD, 1992.

Las doctrinas del «contrato social» no sólo ayudaron a dar forma a la constitución de los Estados Unidos, sino que continuaron siendo populares durante siglo XVIII y fueron desarrolladas en diversas formas, siendo la de Jean-Jacques ROUSSEAU particularmente influyente en el mundo francófono<sup>14</sup>. La Revolución francesa de 1789 vio la redacción de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* como la afirmación de los derechos naturales fundamentales que eran superiores a cualquier ley del Estado, incluyendo al Estado revolucionario, o, finalmente, a la República. Esta declaración fue repetida en la constitución de la Quinta República francesa en 1958 y así se ha mantenido vigente como límite constitucional del poder público. La concepción francesa de la separación de poderes excluye la posibilidad de un control de la legislación para asegurar la conformidad con las restricciones constitucionales, pues esto constituiría una intrusión del poder judicial en la esfera reservada a la legislatura. El *Conseil Constitutionnel*, que tiene a su cargo la supervigilancia de la validez y de la conformidad de la legislación y de los actos regulatorios, es considerado como elemento integrante de la legislatura, no de la judicatura<sup>15</sup>.

En las manos de Inmanuel KANT y pensadores posteriores como John RAWLS<sup>16</sup> o Timothy SCANLON<sup>17</sup> y, más cualificadamente, Jürgen HABERMAS<sup>18</sup> el contrato social revivió a fines del siglo XX en la forma de lo que KANT llamó una «idea de la razón»<sup>19</sup>. Se concibe al contrato social no como algo que realmente hayan acordado históricamente determinadas personas, sino como un modelo conforme al que puede examinarse si las instituciones del Estado, o cuáles, son tales que podrían recibir el consentimiento de todas las personas afectadas. Pues lo que se pregunta es si aquéllas serían o no aceptadas si se propusiera su adopción a todos en una posición de mutua igualdad. Esta igualdad imaginada en un «estado de naturaleza» nos permite abstraernos de las innumerables presiones que son inevitables en los Estados y sociedades realmente existentes, con desigualdades todo de tipo socialmente determinadas en las opciones de vida y capacidades de negociación. Por tanto la cuestión de qué sería aceptable en este caso puede proveer de un modelo crítico para evaluar las instituciones existentes a la luz de un ideal alternativo que todavía pretende estar fundado en verdades acerca de la naturaleza humana.

Sea como sea, desde finales del siglo XVIII y a través del siglo XIX y gran parte del XX, las teorías acerca del contrato social y los derechos naturales

<sup>14</sup> ROUSSEAU, 1972.

<sup>15</sup> CAENEGEM, 1995: 200-217.

<sup>16</sup> RAWLS, 1999.

<sup>17</sup> SCANLON, 1998.

<sup>18</sup> HABERMAS, 1995a.

<sup>19</sup> KANT, 1965: xxx y 80-81.

dejaron de tener importancia práctica en la política y tanta influencia jurídica en el Reino Unido. Pensadores como David HUME<sup>20</sup> primero, y Jeremy BENTHAM<sup>21</sup> después, rechazaron la idea de que un contrato que nunca ha ocurrido en ninguna parte pueda ser una base para criticar o mejorar, y mucho menos para fundar, instituciones jurídicas y de gobierno. Los usos y las costumbres daban cuenta de las instituciones que se habían desarrollado y el principio de utilidad proveía de un estándar mucho mejor para la evaluación de la calidad de las leyes que cualquier apelación a unos especulativos y discutibles derechos naturales. Las leyes, como BENTHAM y su seguidor John AUSTIN insistieron, serían todos los mandatos generales emitidos por la persona o cuerpo de personas que sea realmente el soberano de una «sociedad política» operativa, esto es, una sociedad en la que las personas tienen el hábito general, aunque no ciertamente universal, de obedecer a tal persona o cuerpo de personas<sup>22</sup>. Como HOBBS, creían que los derechos son consecuencias de la legislación soberana, no las precondiciones de la soberanía legítima. Una buena ley es aquella que es más útil para promover la mayor felicidad del mayor número de personas en la sociedad. Los derechos que éstas deben tener son aquellos que serían conferidos por las leyes más beneficiosas. La reflexión acerca del Terror que se desarrolló tras la Revolución francesa y que llevó al imperialismo napoleónico desincentivaba cualquier nostalgia por las ideas acerca del contrato social.

Junto a la teoría política utilitarista, pero nunca en pleno acuerdo con ésta, corre la tradición de concebir al *common law* como la fuente de los derechos más fundamentales a la vida, a la libertad y a la seguridad de la propiedad y las posesiones. De acuerdo con A. V. DICEY, por ejemplo, la mejor garantía para la protección de los derechos de los ciudadanos frente a intromisiones injustas por parte de las agencias estatales consiste en asegurar que la soberanía del parlamento sea respetada por los tribunales ordinarios de justicia. El proceso consiste en sujetar todas las decisiones entre Estado y ciudadano, y entre ciudadano y ciudadano, a los mismos tribunales que interpretan toda nueva legislación en el contexto de derechos establecidos por el *common law* que se presumen respaldados por el Parlamento salvo si legisla de modo claramente explícito en contra<sup>23</sup>. Incluso esta concepción fue objeto de críticas porque asumía que las decisiones judiciales tenían un carácter benigno. Especialmente desde la izquierda, se sostenía que los jueces típicamente adoptaban una línea más bien conservadora, tendiendo por ejemplo a favorecer a los empleadores en contra de los sindicatos incluso

<sup>20</sup> HUME, 1963.

<sup>21</sup> BENTHAM, 1977.

<sup>22</sup> BENTHAM, 1970b; AUSTIN, 1995.

<sup>23</sup> DICEY, 1964: 183-205.

ante la presencia de legislación cuya intención era liberar a los sindicatos de algunas de las restricciones que se desarrollaron bajo el *common law*. Cualquier proposición que pretendiera conferir a los jueces algún grado de poder para controlar la legislación (para examinar por ejemplo su conformidad con un catálogo de derechos) era vista con gran recelo, tanto desde la izquierda como desde la actitud diceyana más bien conservadora del *common law*. Durante la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, bastante tempranamente, la opinión en el Reino Unido comenzó a cambiar. Las atrocidades de la Alemania nazi todavía no eran conocidas del todo, pero se sabía lo suficiente como para causar grave alarma. Algunos intelectuales comenzaron a reunirse en Londres para tratar de redactar una declaración de exigencias básicas de decencia humana que pudiera convertirse en la base para un código internacional de los derechos humanos a ser establecido después de la guerra<sup>24</sup>.

### 3. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

En diciembre de 1948 la recientemente creada Organización de las Naciones Unidas estableció y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que debía ser suscrita por todos los miembros de la ONU. Posteriormente (en 1966) se redactaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y se han producido muchas más convenciones especializadas relacionadas con materias tales como discriminación racial, discriminación en contra de la mujer, los derechos de los niños, y similares. El resultado general es la concreción de modo cada vez más detallado de los compromisos a gran escala expresados en la Declaración Universal, y el establecimiento de una serie de Comités y Comisiones de las Naciones Unidas que pueden supervisar activamente los progresos o deterioros en la situación general, o instancias específicas de abuso, y en ciertos casos adjudicar de una manera cuasijudicial reclamaciones presentadas ante ellos.

En Europa la institucionalización ha sido aún más profunda. El Consejo de Europa fue establecido como consecuencia de la guerra (el 3 de agosto de 1949) para crear un foro común para los Estados democráticos y propuso un Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales («CEDH»)<sup>25</sup>, en cuya redacción contribuyeron de manera importante abogados del Reino Unido. En el intento de estable-

<sup>24</sup> Véase ROBERTSON, 1999 para una descripción de este proceso. Cfr. LAIRD, 2003: 17-22.

<sup>25</sup> Éste fue abierto para su firma por los miembros del Consejo de Europa, en Roma, el 4 de Noviembre de 1950.

cer claramente los derechos básicos, la CEDH entra en considerablemente más detallé que la mayoría de estos instrumentos. Se detiene a considerar las varias limitaciones que son aplicables a los derechos particulares, donde debe encontrarse un balance entre derechos en tensión o con otros aspectos del bien público y las circunstancias en las que, por razones de emergencia, un Estado puede válidamente restringir algunos derechos (pero no todos). Una innovación importante en el contexto europeo fue que la convención también estableció procedimientos para formular reclamaciones acerca de la violación de los derechos, que serían conocidas en definitiva por un Tribunal de Derechos Humanos compuesto de jueces provenientes de todos los miembros participantes. Inicialmente esto implicaba una suerte de rodeo que involucraba una Comisión de Derechos Humanos que trataba de reconciliar las disputas con los Estados, de modo que el Tribunal conociera sólo los casos que no habían podido resolverse de ese modo.

Con el paso del tiempo, sin embargo, se concedió a los individuos el derecho de presentar demandas directamente ante el Tribunal una vez que han agotado las instancias domésticas dentro del Estado miembro respectivo, lo que robusteció al Tribunal y su rol judicial. Los Estados que ratificaron la Convención originalmente en términos que excluían las reclamaciones individuales han abandonado estas restricciones y el derecho de los individuos para interponer demandas ante el Tribunal es casi universal. Al mismo tiempo, los desarrollos de la Comunidad Europea y ahora de la Unión Europea han reforzado las obligaciones de la convención, pues el ingreso a la Unión Europea y la continuidad de la membresía están condicionados al compromiso de mantener la debida observancia de los derechos reconocidos en la Convención Europea y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Ahora existe una sustancial jurisprudencia europea de derechos humanos conformada a partir de las sentencias del Tribunal y de los tribunales nacionales, que conocen de cuestiones relacionadas con los derechos humanos a través de diversas vías. En Alemania por la vía de la protección constitucional de los derechos fundamentales desde que la Ley Fundamental fue adoptada en 1949; en Francia mediante la aplicación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por los tribunales administrativos y el *Conseil Constitutionnel*; en el Reino Unido por la vía de la «incorporación» de la Convención Europea desde la *Human Rights Act* de 1998.

Claramente, todo esto da cuenta de una considerable institucionalización de los derechos fundamentales, tanto internamente en cada Estado como a través de organizaciones internacionales regionales (como el Consejo de Europa y su Tribunal de Derechos Humanos) o confederaciones transnacionales como la Unión Europea. La forma de esta institucionalización transforma el antiguo debate de los «derechos naturales». Puede seguir siendo

—y de hecho lo es— objeto de controversia tal como antes lo fue, si es que existen derechos naturales universales fundados en principios morales universalmente válidos, derechos que pueden efectivamente ser vinculantes en un «estado de naturaleza» (si es que algo así ha existido o resulta concebible). Muchas escuelas de pensamiento han tratado de demostrar de diversas maneras cómo es que se pueden fundar objetivamente derechos y deberes morales básicos, vinculantes para los seres humanos simplemente en virtud de la naturaleza humana y/o de la naturaleza de las cosas. Otros se oponen a esto pero no por ello han de oponerse también a la institucionalización de los derechos humanos. Los utilitaristas, por ejemplo, podrían perfectamente pensar que la institucionalización de los derechos humanos tiene la virtud de que, con la voluntad concordante de los Estados, se establecen reglas que de otro modo no existirían. Estas reglas, dados los intereses que ellas ayudan a proteger, tienden a maximizar la felicidad humana. O dicho de un modo más plausible, ellas establecen obstáculos reales y sustanciales a formas notorias e históricamente conocidas de degradar y hacer sufrir a seres humanos. Los utilitaristas pueden, no obstante, sumarse a las críticas en contra de los regímenes e instrumentos de derechos humanos si es que (o en la medida en que) los obstáculos que ellos oponen resultan ser contraproducentes para la promoción del bien común de la comunidad. Esto puede apreciarse vívidamente, aunque no siempre respaldado por una buena argumentación, en las críticas actuales a la «cultura de los derechos» con la que los procesos que se han analizado se encuentran relacionados.

Todas estas cuestiones siguen abiertas tanto al nivel de sus fundamentos filosóficos como en el contexto del continuo debate político y moral sustantivos en el mundo contemporáneo<sup>26</sup>. Aun así la institucionalización de los derechos sigue siendo un fenómeno establecido en los órdenes normativos institucionales tanto dentro de los Estados como entre ellos, uno que fija límites tanto sustantivos como formales a los poderes de las autoridades estatales. Cuando la legislatura aprueba leyes que no son susceptibles de ser interpretadas de un modo que las haga compatibles con los derechos humanos, de acuerdo a la interpretación prevalente que se tiene de éstos, puede incurrir en serias violaciones de las obligaciones del Estado e incluso puede ver frustrado su intento de producir una ley jurídicamente válida<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Véase MILNE, 1986 para una crítica de los prejuicios culturales que subyacen a muchos de los instrumentos sobre derechos humanos actualmente vigentes. Cfr. CAMPBELL, 2006 quien sostiene que la excesiva atención a los derechos en la práctica política y jurídica puede dar pie tanto al egoísmo, al legalismo, al dogmatismo y al elitismo —véase particularmente el resumen que presenta de su concepción en 199-205—.

<sup>27</sup> No sucede así, por ej., en el caso del Reino Unido, en donde el *Human Rights Act* 1998 permite a los tribunales emitir una «declaración de incompatibilidad» entre la legislación del Reino Unido y los derechos de la Convención; pero esta declaración no tiene el efecto de in-

Las normas producidas por la Administración, y la actividad o las prácticas de las autoridades del ejecutivo, así como las de los funcionarios encargados de la imposición del derecho y similares, pueden ser objeto de control para verificar si respetan los derechos, siendo válidas sólo en la medida en que observen estas restricciones. Los ciudadanos son inmunes frente a las privaciones de sus derechos llevadas a cabo por normas administrativas o por decisiones de autoridades administrativas.

El que una conducta sea ilícita o que carezca de validez jurídica no significa, obviamente, que nadie las realice. Oficiales indecorosos pueden violar los deberes de su oficio y quedar impunes. Estados poco escrupulosos pueden con algún grado de éxito desafiar la opinión pública internacional, violando derechos humanos e incumpliendo sus obligaciones internacionales. El genocidio todavía campea en el planeta, sesenta años después del completo descubrimiento de la criminalidad suprema del Holocausto. Entidades tales como la Corte Penal Internacional están todavía lejos de ser una garantía mínimamente efectiva de que serán castigados quienes violan los más básicos de los derechos universales proclamados con devoción. No obstante, uno puede sostener que los Estados de derecho contemporáneos no sólo cumplen con un «*rule of law*» formal que insiste en el cumplimiento de formalidades mínimas en el ejercicio de las potestades públicas, sino que además han llegado a tener un cuerpo compartido, si no idéntico, de límites sustantivos al ejercicio legítimo del poder público a través de la institucionalización de los derechos humanos. Esto ha convertido estos principios morales muy reconocidos aunque controvertidos en limitaciones establecidas y normativamente efectivas a los poderes públicos, si bien siempre sujetos a las decisiones interpretativas de las agencias a las que se les ha confiado la tarea de conocer y juzgar las reclamaciones por violaciones de derechos.

Como éste no es un trabajo referido primariamente a los derechos humanos no es necesario dar cuenta detallada de las diversas declaraciones, convenciones, o cartas de derechos fundamentales, ni tampoco de su implementación. Que el poder del gobierno tiene que ser un poder limitado, porque existen ciertos bienes humanos fundamentales que no deben negarse a nadie, es hoy un artículo de fe<sup>28</sup>. Estos bienes están consagrados en los

---

validar la ley respectiva, aunque bien puede dar lugar a una rectificación del problema por la vía administrativa o legislativa. Existe un contraste radical con la situación que predomina, por ejemplo, en Alemania, en donde los derechos fundamentales fueron establecidos por escrito en la Ley Fundamental de 1949, y donde han gozado de una fuerte protección por parte del Tribunal Constitucional Federal. Véase ALEXY, 2002b.

<sup>28</sup> Esta consolidada creencia no excluye, sin embargo, el desacuerdo acerca de la utilización del mecanismo de las convenciones, catálogos o declaraciones de derechos unido a su aplicación judicial para asegurar estos bienes fundamentales en los Estados contemporáneos —cfr. CAMPBELL, 2006—.

instrumentos sobre derechos y las instituciones estatales establecidas para servir al bien común nunca debieran ser capaces de cancelar o avasallar estos derechos de los individuos.

Puede presentarse, sin embargo, un breve recuento con el solo objeto de recordar los principales temas acerca de la institucionalización contemporánea de los derechos. La idea básica es que todos los seres humanos deben ser tratados como personas y que todas las personas han de ser tratadas con el debido respeto. El valor del respeto a las personas en su comprensión contemporánea convierte en una realización positiva una de las ideas fundamentales de KANT.

Un recuento sumario particularmente claro y directo acerca de los términos de los actuales instrumentos y de la concepción del respeto a las personas que éstos encapsulan puede encontrarse en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta fue adoptada en el año 2000 bajo el tratado de Niza, aunque sólo con la fuerza de una «declaración política». El texto jurídicamente vinculante para los europeos sigue siendo la Convención Europea. La Carta determina esos derechos (y otros derivados de los tratados de la Comunidad Europea y de otras convenciones más recientes en tópicos especiales) por la vía de desarrollarlos bajo los títulos de dignidad individual, libertad personal, igualdad interpersonal, solidaridad social, ciudadanía política y justa administración de justicia de acuerdo al derecho. Ésta constituye una forma valiosa de resumir esta materia.

Comencemos con la dignidad. Puede haber disputas marginales acerca de cuáles exactamente son las formas de trato inhumano y degradante, contrarias a la dignidad de la persona, que la tratan como si fuera una mera cosa o un animal subhumano. El sentido de la idea de dignidad humana se expresa en el imperativo kantiano de tratar a la naturaleza racional como un fin en sí mismo, nunca como un mero medio. En cuanto a la libertad, el aprisionamiento o confinamiento físico de cualquier tipo siempre requiere algún tipo de justificación. Otras formas de privación de la autonomía individual, de la capacidad de autodeterminación de un miembro del «reino de los fines», son inevitablemente objetables. Las interferencias con la libertad siempre requieren de una justificación afirmativa y sólo pueden ser toleradas cuando están autorizadas por leyes previamente aprobadas y publicadas que buscan sin desproporción la realización de un determinado fin que es en sí mismo parte de los valores fundamentales de los que estamos discutiendo. Bajo este mismo título figuran también las libertades de opinión y de expresión, la libertad de conciencia y el libre ejercicio de los credos religiosos.

Es contrario a la dignidad el que bienes fundamentales sean protegidos de manera distinta para diferentes clases de personas, excepto cuando las diferencias puedan satisfacer exigentes condiciones de justificación. Lo que

aquí está en juego es la idea de que las leyes discriminatorias son injustas —pero lo único que está excluido de un modo absoluto es la discriminación que carece de justificación afirmativa y la que, a la luz de esta justificación, resulta desproporcionada. Cuando se consideran los derechos fundamentales, éste es el sentido de «igualdad» que es relevante. La solidaridad social mira hacia la exclusión de otro tipo de diferenciación. Sin duda la libertad exige la libertad de usar y de disponer de la propiedad. Pero la desigualdad en grado extremo respecto del acceso a los bienes materiales es en sí una forma injustificada de discriminación que a su vez se ramifica en otras. Toda propiedad es adquirida conforme al derecho, y los regímenes de propiedad que consagran una discriminación inaceptable entre el rico y el pobre no pueden justificarse. Una forma de remediar esto es a través de los impuestos y la redistribución. Los derechos humanos en estas materias se traducen en el derecho de todos a tener un acceso mínimo decente a los bienes de este mundo, sea que se trate de adquisiciones personales o que se obtengan como resultado de una distribución deliberada del total del producto social. Todo esto concierne a la solidaridad.

La ciudadanía supone el derecho a participar en las actividades políticas democráticas, a votar en las elecciones y presentarse como candidato, y a salir y entrar libremente del país. La remoción arbitraria del derecho a voto, por ejemplo, incluso respecto de personas que están cumpliendo una pena de presidio, fue considerada en el año 2005 como incompatible con la Convención Europea —incluso en este caso debe existir una debida proporcionalidad entre la privación de tal derecho y las demás provisiones del derecho penal<sup>29</sup>. Los derechos a una justa administración de justicia, por su parte, comprenden derechos como el de toda persona a conocer adecuadamente cualquier cargo o acusación formulada en su contra, y a tener una oportunidad adecuada para responderla y defenderse en un proceso judicial, con un acceso adecuado a asesoría y asistencia profesional. También exige que el tribunal que conozca del juicio sea un tribunal de justicia genuinamente independiente y que se prohíba la autoincriminación forzada.

De acuerdo a la propia Carta los derechos que contiene han de ser interpretados en conformidad con la Convención Europea y con la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Derechos Humanos, salvo cuando la Carta otorgue una protección más amplia. Esto es muy importante. La pretensión de que el poder del Estado se ve limitado por los derechos supraestatalmente reconocidos es debilitada por la existencia de múltiples textos diferentes, cada uno de los cuales pretende enunciar con autoridad estos

---

<sup>29</sup> *Hirst v. the United Kingdom (N.º 2)* ECHR 26 de octubre de 2005 (demanda núm. 74025/01).

derechos pero que se sirven diversos términos para determinar su contenido. Si existen muchas diferencias reales, la pretensión de que tienen un carácter «fundamental» se ve erosionada. Más aún, existe el riesgo de que existan interpretaciones judiciales ampliamente discordantes de términos similares contenidos en instrumentos diferentes. La institucionalización de los derechos fundamentales envuelve inevitablemente algún grado de arbitrariedad en la elección de las palabras utilizadas para delinear cada derecho y las excepciones o limitaciones a que se sujetan, y respecto de la posible permisibilidad de que sean restringidos en situaciones de emergencia. Pero a su vez la institucionalización de los derechos y el establecimiento de tribunales internacionales, que limitan los poderes legislativos ejercidos por órganos estatales democráticamente establecidos, tienen una legitimidad precaria. La credibilidad de esas instituciones depende de que logren un alto grado de consistencia y coherencia en la sustancia del contenido de los juicios que emiten acerca de los derechos y los límites que implican para el poder legislativo.

No puede decirse que existe alguna formulación institucional única de los derechos humanos fundamentales, si bien con toda seguridad se le debe un especial respeto a la Declaración Universal de 1948. Pero en lugares diferentes hay estándares diferentes. La constitución de los Estados Unidos y la Corte Suprema norteamericana constituyen el ejemplo más antiguo de protección doméstica de los derechos, que permite que cualquier alegación de que se ha violado un derecho sea objeto de pronunciamiento judicial. Pero el contenido del *Bill of Rights* no puede compararse con el de la Convención Europea o con la Carta de la Unión Europea, o con la Declaración de las Naciones Unidas o las Convenciones. La declaración francesa a su turno difiere de los *Grundrechte* garantizados por la Ley Fundamental alemana de 1949. Sólo la Constitución irlandesa trata al feto humano como una persona que es titular de protección constitucional. En los Estados Unidos, la pena de muerte está permitida bajo la interpretación actualmente prevalente de la prohibición de los «castigos crueles e inusuales», mientras que en Europa está generalmente prohibida en el nombre de la misma tradición de derechos humanos que fue tempranamente desarrollada en los Estados Unidos. Canadá, que tardíamente estableció una «carta de derechos», tiende a acercarse más al modelo europeo que al norteamericano<sup>30</sup>. El caso de la India también es diferente.

Parece poco razonable sostener que alguna versión institucional de los derechos fundamentales captura mejor su esencia sobre cualquier otra, o encarna el único parámetro correcto para evaluar si los instrumentos de de-

---

<sup>30</sup> ANDERSON, 1999.

rechos humanos participan plenamente de la aptitud para constituir «derecho». Existen diferentes institucionalizaciones de los derechos en contextos políticos y constitucionales diferentes. Hay un consenso internacional cada vez mayor acerca de la necesidad de establecer límites a los poderes estatales (incluyendo al poder legislativo), con el objeto de proteger la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, junto con el reconocimiento de derechos políticos de la ciudadanía y de derechos a una justa administración de justicia. Los órdenes políticos que fallan en esto carecen de algunas de las virtudes esenciales del derecho, aunque sean exitosos en mantener alguna forma de orden normativo institucional y, en esa medida, de un sistema jurídico. Pero no se puede decir que exista algún conjunto único de derechos «humanos», «fundamentales» o «naturales» que tenga la más alta autoridad para todos los efectos.

#### 4. PROBLEMAS SOBRE LOS DERECHOS: ¿QUIÉN HA DE JUZGAR?

Parece claro que existe un consenso amplio y superpuesto acerca de la necesidad de tomar los derechos en serio<sup>31</sup>. Como siempre, los problemas aparecen en el detalle. Al definir los derechos en cuestión uno puede darles un contenido demasiado amplio, o demasiado vago, por lo que o bien su ámbito de aplicación es demasiado extenso o bien su desarrollo en términos concretos queda entregado a tribunales cuyos jueces provienen de diversas tradiciones jurídicas y judiciales. Como producto de este proceso pueden surgir interpretaciones sorprendentes e indeseadas, que toman una forma que es mucho más difícil de reformar mediante una decisión democrática que la que supuso el establecimiento de los textos jurídicos sobre los derechos mismos, pues todas las versiones institucionales de los derechos humanos o fundamentales pertenecen a la categoría de los «derechos respecto de modos de ser/estar y estados de cosas» analizada en el capítulo VII. Por tanto, estos son polisémicos y pueden ser leídos como si dieran lugar a diferentes conjuntos de derechos activos y pasivos, de potestades e inmunidades. La tarea de la jurisprudencia de derechos humanos ha sido la de especificar y concretar el contenido relativamente vago y abstracto de las disposiciones sobre los derechos, en relaciones jurídicas entre individuos y Estados, y hasta cierto punto entre individuos *inter se*.

El acuerdo acerca de la necesidad de asegurar derechos fundamentales puede ocultar, en consecuencia, un profundo desacuerdo acerca de qué cae

---

<sup>31</sup> La frase, por cierto, proviene de DWORKIN, 1977.

exactamente bajo la protección de derechos tales como el derecho a la vida, el derecho a un debido proceso, o el derecho a la privacidad en el domicilio y la correspondencia. Pueden existir además desacuerdos paralelos acerca de cualquier calificación o excepción al núcleo del derecho —¿cuán extensivamente leer la excepción o calificación?—. Un aspecto fundamental acerca del derecho institucionalizado es que provee medios para resolver, mediante decisiones dotadas de autoridad, desacuerdos como éstos<sup>32</sup>. Esto puede hacerse de dos maneras. La primera consiste en el método de la adjudicación. Si se ha establecido alguna regla o principio, o éstos resultan de algún otro modo reconocibles, los jueces pueden resolver las disputas acerca de cómo la regla o principio han de ser aplicados en un caso particular controvertido. Esta resolución siempre tiene al menos algún valor ejemplar y en muchas tradiciones la resolución individual adoptada por un tribunal de mayor jerarquía es reconocida como un precedente que establece un regla o decisión que resulta aplicable a casos futuros. El otro método es el de la legislación. Una vez que aparece alguna controversia acerca de las implicaciones de un derecho reconocido —por decir uno, el derecho a un debido proceso— la legislatura puede adoptar una legislación que contenga términos más precisos que aclaren el punto en disputa (y, tras esto, quedará a los jueces llevar más adelante el proceso de concreción). Cuando la legislatura es un cuerpo representativo y democrático, la autoridad última reside en el electorado, en el cuerpo ciudadano como un todo. Como sucede con las materias ordinarias, entre la legislatura y la judicatura la última palabra respecto de las reglas generales recae en la primera. Los precedentes judiciales que son considerados insatisfactorios bajo la deliberación democrática pueden ser corregidos hacia el futuro (sólo de modo muy excepcional con efecto retroactivo) a través de nueva legislación.

En el caso de los tribunales de derechos humanos y de los tribunales constitucionales, sin embargo, la situación es la inversa. Pues una vez que la corte o tribunal ha adoptado una interpretación de un derecho fundamental, constituiría una violación de ese derecho un intento de la legislatura de revertir ese precedente, aunque sólo sea de modo prospectivo. De cualquier modo, corresponderá al mismo tribunal o corte decidir subsecuentemente si la nueva ley viola o no el derecho tal como ha sido interpretado por la corte o tribunal. Sólo la revisión de la convención internacional o la reforma constitucional podrían revertir una interpretación una vez que ha sido adoptada por el tribunal respectivo. Por cierto que bajo el ataque de las críticas o por la consideración de nuevos argumentos presentados en casos nuevos, el tribunal o corte podría adoptar una decisión diferente acerca de la interpre-

<sup>32</sup> Véase, *infra*, capítulo XIV; cfr. WALDRON, 1999: 119-122, 149-151; ENG, 2003.

tación del derecho. Aun así, todavía queda abierta la cuestión de si son los tribunales los que deberían tener la última palabra es estas materias<sup>33</sup>, o si una alternativa democrática es posible y preferible.

Esto no debería ser entendido como un conflicto entre la protección de los derechos, por una parte, y la protección de las instituciones mayoritarias, por la otra. El sentido de la democracia, como Jeremy WALDRON ha argumentado, depende del «derecho de los derechos»<sup>34</sup>, esto es, del derecho a participar en la deliberación y votar sobre todas las cuestiones de lo que es (o ha de ser) jurídicamente lícito o ilícito. En relación con los derechos la democracia implica que los ciudadanos tienen el derecho a decidir acerca de todos los derechos que todos han de tener. Entre estos derechos deberán estar sin duda los derechos básicos sin los cuales la participación democrática de todos es imposible —por ejemplo, los derechos de la Declaración Universal, o los de la Convención Europea, o de la Carta de la Unión Europea—. Pero cualquier decisión de que éstos han de ser dejados fuera de la operación del proceso democrático y resguardados de modo tal que, para el futuro, su desarrollo queda reservado para la interpretación y la aplicación judicial, de modo que respecto de ellas ya no puede abrirse de nuevo la deliberación democrática, tiene un efecto extraño. Supone confiar en una mayoría democrática previa, la que adoptó o firmó el catálogo de derechos, mientras se desconfía de la actual mayoría, ya sea de su capacidad para mantenerse fiel a estos derechos o —y aquí está el problema— de las reformulaciones o reinterpretaciones del stock de derechos heredado. Supone, puede decirse, otorgar preferencia a un modo «aristocrático»<sup>35</sup> de decisión por jueces que son elegidos por su exaltada sabiduría práctica, en desmedro de las decisiones democráticas que descansan en la sabiduría práctica que todos puedan aportar sobre el problema. Tom CAMPBELL ha sostenido de modo similar que: «El respeto de los valores humanos, e incluso un compromiso con los ideales de autonomía que subyacen a gran parte de la concepción de los derechos humanos, apuntan definitivamente a la necesidad de mantener el poder de definir el contenido de los derechos humanos dentro de las preocupaciones normales de la política democrática»<sup>36</sup>.

Estos no son problemas triviales y debe subrayarse que no existe un modelo único que establezca cuál es la manera manifiestamente correcta de lidiar con los derechos fundamentales. Alemania y los Estados Unidos tienen

<sup>33</sup> Considérese nuevamente la crítica de Tom CAMPBELL acerca del elitismo que inevitablemente se encuentra envuelto en la determinación judicial de los derechos humanos (CAMPBELL, 2006: 152-156).

<sup>34</sup> WALDRON, 1999: 232-254, 282-283; pero véase, para una poderosa réplica FABRE, 2000a.

<sup>35</sup> WALDRON, 1999: 264-265.

<sup>36</sup> CAMPBELL, 1996: 185.

cortes constitucionales con poderes para revisar e invalidar la legislación inconstitucional. Francia estableció la salvaguarda del *Côseil Constitutionnel* en el mismo proceso legislativo, no en el judicial<sup>37</sup>. En el Reino Unido la *Human Rights Act* hace jurídicamente vinculante en el derecho interno la mayor parte de la Convención Europea de Derechos de Humanos, y ordena a los tribunales interpretar la legislación de un modo que evite «tanto como sea posible» que entre en conflicto con los derechos de la convención. Pero en último término, en los casos en que los tribunales se encuentren con una ley que simplemente no pueda interpretarse de un modo acorde con los derechos de la Convención, ellos pueden emitir una «declaración de incompatibilidad». Esta declaración transfiere de vuelta el problema al sistema político, para que los ministros y el parlamento decidan si reformar la legislación cuestionada o si la dejan tal como está.

Más allá de todos estos mecanismos internos, queda el recurso al derecho internacional o Europeo de los derechos humanos. Los Estados, y especialmente los Estados Europeos, que optan por violar abiertamente la Convención (y posiblemente la Carta en el futuro) deben enfrentar desventajas considerables, de cara en último término a una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pocos tribunales nacionales o internacionales tienen la autoridad de la que gozan las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero en todos los casos existe la posibilidad de un juicio objetivo con al menos algún valor moral persuasivo. Nada de esto fue suficiente, sin embargo, para evitar el establecimiento del Campo Delta en la Bahía de Guantánamo y la detención en éste sin juicio de muchas personas por muchos años. Una vez que la Corte Suprema se pronunció acerca de las obligaciones jurídicas de los Estados Unidos hacia los prisioneros encarcelados ahí, el presidente Bush anunció (el jueves 13 de julio de 2006) la decisión de cerrarlo. Pero así y todo, el presidente presentó, el 28 de julio, nuevos proyectos de ley ante el congreso con el objeto de autorizar formas de detención sustancialmente iguales a las que la Corte Suprema había considerado contrarias al derecho. Esto sigue siendo el foco de continuas controversias jurídicas.

Hubo un tiempo en que era común que los libros de teoría general de derecho discutieran la cuestión de si el derecho internacional es o no realmente «derecho». Las dudas acerca de esto eran atribuibles, por ejemplo, a la inexistencia de un supersoberano capaz de ordenar bajo amenaza de sanción a todos los Estados que se comporten de un modo apropiado. Aunque

---

<sup>37</sup> Véase FABRE, 2000b: 138-141, que sostiene correctamente que los diferentes modelos que existen para adjudicar y proteger a los derechos constitucionales afectan la cuestión de cómo los derechos fundamentales se articulan con los procedimientos democráticos de toma de decisiones. La *Human Rights Act* del Reino Unido es aún otro ejemplo de esto.

el presente libro se concentra principalmente en el derecho y en las instituciones de los Estados, la teoría del derecho ofrecida aquí asume completamente el carácter jurídico del derecho internacional. Es bastante claro que el derecho internacional público cae bajo el concepto de «orden normativo institucional». Ninguna de estas instituciones del derecho internacional, de hecho, tiene mayor importancia que aquellas encargadas de diversas maneras de sostener y proteger los estándares internacionalmente establecidos de comportamiento decente y civilizado, en cuyo núcleo mismo se encuentran los derechos humanos.

Especialmente en tiempos de estrés y de crisis, frente a frente con chocantes atrocidades, los gobiernos democráticos, con el objeto de responder a la indignación colectiva y a su propio deber de proteger a las personas inocentes y de castigar a los culpables, pueden precipitarse a la adopción de medidas extremas y repentinas. Existen tribunales y agencias internacionales de diverso tipo que en el largo plazo pueden ser llamadas a juzgar sobre y exigir la corrección de las prácticas de los Estados que han ido demasiado lejos en la afectación de los derechos de unos para la mejor protección de los derechos de otros. En el largo plazo, los juicios que provienen desde fuera del Estado, que operan dentro de éste para mantener los estándares internacionales mínimos de conducta aceptable, se articulan con las respuestas democráticas a esos juicios cuando son adversos al Estado.

Esto nunca es suficiente para garantizar que Estados corruptos y gobiernos parias enmendarán el rumbo. El hambre no es pan<sup>38</sup>, y la maldad de la crueldad y el genocidio no es una garantía de que no volverán a suceder. Los obstáculos a los abusos del poder no pueden asegurar de modo absoluto la prevención de tales abusos, ni que todos los abusadores se arrepentirán de lo que han hecho. Uno puede decir con confianza, sin embargo, que ningún Estado constituye propiamente un Estado de derecho a menos que sea capaz de establecer genuinos obstáculos al abuso del poder y que luego cumpla con límites internamente determinados y que éstos puedan ser adjudicados desde fuera.

Las potestades jurídicas nunca constituyen un poder ilimitado.

---

<sup>38</sup> El ataque de Jeremy BENTHAM a la tradición de los «derechos naturales» en la forma que adoptó en su época incluía la crítica de que ellos creaban una ilusión cruel —las apelaciones a los derechos pueden dar lugar a la cómoda ilusión de que ya se encuentran establecidos positivamente— pero ésto es precisamente algo que no puede decirse de los derechos naturales. «[Que exista una] razón para querer que un determinado derecho sea establecido, no es tal derecho; querer no es satisfacer; hambre no es pan» (BENTHAM, 2002: 330).

## CAPÍTULO XII

### DERECHO PENAL Y SOCIEDAD CIVIL: DERECHO Y MORAL

#### 1. INTRODUCCIÓN

Sea o no verosímil lo demás que dice LOCKE sobre el «estado de naturaleza», su concepción acerca del derecho universal a castigar es ciertamente persuasiva. Si todos están en la posición de tener que defender sus propios derechos frente al resto y si cada uno tuviera que adoptar por sí mismo los pasos necesarios para obtener las reparaciones o el castigo de quienes han violado sus derechos, las posibilidades de la paz civil serían pocas. Aún sin recurrir a fábulas acerca del estado de naturaleza, mucho puede aprenderse acerca de la historia de las venganzas de sangre en las sociedades basadas en clanes<sup>1</sup>, e incluso de ejemplos contemporáneos de justicia de propia mano o de las crónicas históricas de la justicia de frontera durante la expansión hacia el oeste en los Estados Unidos o durante los violentos días de la frontera anglo-escocesa<sup>2</sup>.

El desarrollo comparativamente moderno de un cuerpo especializado de derecho penal respaldado por fuerzas policiales y otras agencias de imposición del derecho, que trabajan de la mano de un sistema público de persecución ante tribunales especializados, ha sido una condición para la obtención de mayor civilidad en la sociedad civil<sup>3</sup>. Para esto ha sido

---

<sup>1</sup> CAIRNS, 1998.

<sup>2</sup> FRASER, 1971.

<sup>3</sup> CATTRELL, 1998.

necesario restringir efectivamente del ejercicio de los poderes policiales bajo el Estado de derecho, sujetándolos a limitaciones que protegen la libertad civil y, en años recientes, toda la panoplia de derechos humanos. Esto ha sido explorado en el último capítulo. Tales poderes limitados en su ejercicio hacen posible la emergencia de la convivencia pacífica y confianza mutua incluso entre completos extraños. La autotutela, o el recurso a la incapacitación preventiva de personas potencialmente agresivas, se vuelve menos atractivo y menos necesario mientras más eficaz sea el mantenimiento efectivo del orden público y sustancial la prevención de los delitos. Por cierto, esto depende principalmente de la autolimitación voluntaria y recíproca de los ciudadanos en sus interacciones con otros. Pero el sentimiento colectivo de seguridad y solidaridad en una sociedad relativamente pacífica depende en un alto grado de la confianza que exista entre las personas que viven de acuerdo al derecho de que serán efectivamente reprimidas aquellas personas que no sean fieles al derecho y que se involucren en un comportamiento violento o deshonesto. También requiere un grado de confianza en que se harán esfuerzos para detectar los ilícitos que sean cometidos y para perseguir a quienes los hayan cometido llevándolos a juicio, imponiéndoles un adecuado castigo en caso de que sean condenados tras un debido proceso judicial.

Así, la civilidad de una sociedad civil depende en parte de que el Estado establezca y mantenga un cuerpo de derecho penal adecuado, y de que sostenga instituciones apropiadas para asegurar su cumplimiento, para juzgar sobre las imputaciones o acusaciones penales y hacer cumplir las penas a las que las personas hayan sido condenadas. Éstas son condiciones necesarias, pero no suficientes para asegurar la civilidad. Otras condiciones tales como una educación adecuada, convicciones morales compartidas (aunque no idénticas) conforme a las que las instituciones estatales aparezcan como razonablemente justas a los ojos de la mayoría de los ciudadanos, de las comunidades e instituciones religiosas, y muchas otras instituciones de la sociedad civil deben hacer su contribución al sostenimiento de la voluntad de mantenerse fiel a las exigencias del derecho<sup>4</sup>. Pero éstas son menos efectivas en la medida en que se sea verosímil la creencia de que quienes no son fieles a las exigencias del derecho pueden aprovecharse de quienes sí lo son, sin que haya una efectiva intervención por parte de las autoridades públicas<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Inversamente, David GARLAND ha llamado la atención sobre el hecho de que las políticas de gobierno que promueven la estratificación social y erosionan la solidaridad realmente tienden a aumentar la criminalidad y la sensación de que es necesario aumentar el control de la criminalidad. Véase GARLAND, 2001: 101-102.

<sup>5</sup> Cfr. HART, 1994: 197-198 acerca de la necesidad de una «cooperación voluntaria con el sistema coactivo».

Todo esto ayuda efectivamente a dar sentido al muy usado, aunque normalmente muy vago, concepto de «sociedad civil»<sup>6</sup>. La vida humana es siempre, como observó ARISTÓTELES, social. No podemos vivir en completo aislamiento y el pleno desarrollo de las potencialidades humanas dependen de que podamos coexistir en grupos sociales relativamente extensos, o en grupos de grupos. Las sociedades guerreras interactúan sobre la base de una fuerte solidaridad interna a cada clan (o similares) pero con regulares actos de sangre y prolongadas *vendettas* entre clanes. La sociedad civil existe en la medida en que las interacciones pacíficas predominan entre personas que confían en que unas y otras cumplirán las exigencias comunes jurídicamente establecidas, sobre una base principalmente voluntaria, pero con el telón de fondo de instituciones estatales coactivas. El recurso a la autotutela violenta puede ser excluido efectivamente en un grado considerable, si bien un derecho residual a la legítima defensa debe ser reconocido todavía por el derecho cuando no se pueda proveer otro tipo de protección de un modo suficientemente rápido. En las circunstancias de una sociedad civil así entendida, el desarrollo de una economía de mercado comprensiva se vuelve posible, como se discutirá en el capítulo siguiente. Estas reflexiones de trasfondo resultan suficientes, sin embargo, para la introducción de algunas observaciones acerca de la naturaleza del derecho penal en el contexto más amplio del tipo de orden normativo institucional que constituye el derecho estatal.

## 2. ILÍCITOS Y DELITOS

Como hemos visto en el capítulo VI, la distinción entre lo lícito y lo ilícito (en rigor, entre lo ilícito y lo no ilícito) es la oposición binaria básica sobre la que el derecho está fundado. Los delitos penales son una especie de ilícitos, distintos de los delitos civiles (responsabilidad extracontractual), de los incumplimientos contractuales, de los incumplimientos de deberes fiduciarios, y de otros ilícitos civiles. Su nota distintiva reside en que son ilícitos punibles. Es decir, mejor aún, que un delito penal es merecedor de la imposición de una pena estatalmente ejecutada sobre quien lo ha cometido. En efecto, un delito penal es aquello que está prohibido en un sistema de derecho estatal dado (o, actualmente, también de acuerdo a las reglas del derecho internacional constitutivas de la Corte Penal Internacional) bajo sanción penal estatalmente impuesta o internacionalmente administrada.

---

<sup>6</sup> «Es en la dirección de los asuntos de la sociedad civil, en donde la humanidad muestra el ejercicio de sus mejores talentos, así como el objeto de sus mejores afectos» (FERGUSON, 1966: 154). Véase, además, KRYGIER, 1997: 44-63 acerca de «*The Uses of Civility*»; también KRYGIER, 2005: 163-176.

No todas las penas o castigos son estatalmente impuestos o internacionalmente administrados. Los padres castigan a sus hijos, las escuelas castigan a sus alumnos, los empleadores sancionan a sus empleados, las asociaciones de fútbol sancionan a los futbolistas, y así. El castigo o pena es una reacción intencional a un comportamiento por el cual una persona es tenida por responsable, y cuyo objeto es expresar el sentido de la ilicitud del comportamiento realizado y la participación culpable del agente en éste. Busca, por tanto, representar al agente la gravedad del disvalor de su acción con la finalidad de que se comporte mejor en el futuro, y para que sirva de ejemplo para otros que puedan tener inclinaciones similares. La reacción intencional toma la forma de un «trato duro» al agente<sup>7</sup>.

El Estado reclama y pretende ejercer el monopolio de la fuerza física y esto, consecuentemente, implica restricciones a las formas de trato duro que las autoridades no estatales están autorizadas a usar para la imposición de sus propios castigos. Aparte de las formas (si es que las hay) de «razonable corrección» que son permitidas en contextos domésticos y educacionales, el uso de la fuerza física es reservada de acuerdo al derecho a las propias agencias estatales de carácter civil y militar (éstas sujetas a intensas restricciones en el interior) relacionadas con la criminalidad y su prevención, con la seguridad exterior del Estado, con el orden público y con la salvaguarda de los ingresos públicos.

Las prácticas punitivas de coacción física están sustancialmente reservadas a las autoridades estatales relacionadas con el derecho penal y con algunas otras áreas del derecho público (protección del medio ambiente, seguridad y sanidad en el trabajo, aduanas, tributos, etc.). En los países que están sujetos a la Convención Europea de Derechos Humanos, la coacción física se reduce hoy sólo a la encarcelación. Las demás penas corporales (como los azotes, la decapitación o la horca) han sido abolidas por ser consideradas incompatibles con la dignidad humana, si bien muchos Estados contemporáneos tienen una concepción diferente. La encarcelación por períodos de tiempo sustanciales es en sí una cuestión grave para la mayoría de las personas ordinarias y como se impone como pena lleva consigo un serio efecto estigmatizante. De acuerdo al Estado de derecho y en virtud de los derechos garantizados a un debido proceso (o de los derechos derivados del *common law*), las penas sólo pueden ser impuestas por un juez o un tribunal colegiado de jueces independientes previa realización de un proceso debidamente tramitado sobre la base de una imputación o

---

<sup>7</sup> KLEINING, 1998 explora el concepto de «trato duro» [*hard treatment*] y adscribe el uso original de la expresión al trabajo de FEINBERG, 1970a. Véase además DUFF, 1986: 240-246, 260-261, y DUFF, 2001. Cfr. TADROS, 2005: cap. 3.

conjunto de imputaciones determinadas, y sólo si la persona acusada ha sido declarada culpable de las imputaciones formuladas. La imputación misma debe especificar un acto que se haya definido como delito por una regla preexistente y clara<sup>8</sup>. Bajo algunos sistemas, debe realizarse en el caso de imputaciones graves un juicio por jurado constituido por personas que sean pares del acusado. La pena sólo puede imponerse por un delito imputado y probado de este modo (o judicialmente confesado por el acusado a través de una libre declaración de culpabilidad respecto de los cargos imputados).

Las condiciones restrictivas impuestas a las prácticas de detención, persecución, juicio, condena y, finalmente, ejecución de la pena en contra de una persona por un delito da cuenta de la gravedad moral que acompaña a todo el proceso. El sentimiento de seguridad esencial para la vida en sociedad civil sería erosionado si fuera verosímil la creencia de que las formas de procedimiento penal y de ejecución de penas no fueran más que un espectáculo que involucran acusaciones y veredictos arbitrarios. Por otra parte, esto explica por qué no se debe recurrir a la pena más allá de los casos de graves ilícitos intencionalmente cometidos. Esta reflexión da lugar algunas veces a preocupaciones relativas a la expansión del cuerpo de «derecho contravenicional» o «derecho cuasicriminal», infracciones que en apariencia envuelven poca estigma moral<sup>9</sup>.

En este punto, podría objetarse que las presentes explicaciones se han alejado de una comprensión «positivista» más equilibrada de la materia que nos ocupa. Esta protesta seguiría las siguientes líneas:

Los delitos son aquellas acciones que el Estado prohíbe bajo la amenaza de una pena y cuando la prohibición es infringida impone la pena. Si el Estado decide criminalizar el fumar en lugares públicos, o el uso de carbón como combustible en casas ubicadas en zonas libres de humo, o el manejar vehículos defectuosos aun cuando el defecto sea desconocido para el conductor, tales comportamientos se convierten en delitos junto a los demás. Y cada vez que el Estado derogue una anterior prohibición, lo que era un delito deja de serlo — como en el caso de los actos homosexuales consentidos entre adultos—. La pena inflige un mal y está diseñada para causarlo. En consecuencia, la cuestión de cuándo y cómo se impone justificadamente este mal constituye un problema moral. Pero no hay que confundir lo que «debe» ser con lo que «es». Los delitos existen en relación con un sistema jurídico específico en un momento dado, y para determinar si una acción constituye un delito uno debe estudiar el cuerpo de normas correspondientes e identificar

<sup>8</sup> Véase, por ej., el art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

<sup>9</sup> Véase DEVLIN, 1965: 26-34, acerca del derecho «cuasicriminal».

qué prohíbe. Siempre hay que diferenciar entre lo que el derecho penal dice y lo que debiera decir.

Existe, por supuesto, un importante núcleo de verdad en esta robusta objeción positivista y relativista. Aunque pueden encontrarse catálogos de crímenes y delitos de diferentes Estados que son similares a grandes rasgos, los crímenes y delitos son definidos de manera diversa y el catálogo como un todo difiere bastante de lugar en lugar. Uno no puede decir si una conducta constituye un delito en Francia, Letonia o Japón sin preguntarle a un experto en derecho francés, letón o japonés. No obstante, esta objeción planteada así sin matices ignora la importante verdad de que existen límites conceptuales acerca de lo que puede inteligiblemente hacerse usando determinados medios institucionales, y esto se aplica especialmente a las instituciones del derecho penal<sup>10</sup>. Es posible creer o no que los actos de interacción homosexual son condenables perversiones de la capacidad sexual humana. Es posible creer o no que los actos de interacción homosexual debieran ser hechos punibles aun cuando sean realizados por personas adultas que han participado voluntariamente. Lo que no es posible es creer al mismo tiempo que tales actos son moralmente inocentes y que no causan daño o que sólo dañan a los participantes, y que debieran ser castigados como delitos.

Imponer una pena, y por tanto prohibir bajo la amenaza del mal que causa la pena, significa estigmatizar moralmente el comportamiento prohibido y a las personas castigadas por haber tenido participación en éste<sup>11</sup>. Esto es ininteligible sin la suposición del carácter moral del acto por el que una persona es castigada. Esta presuposición, como la mayoría de las posiciones morales, es controvertible y hay veces en las que uno puede estar convencido de que ejemplos históricos de tales prohibiciones estuvieron fundadas en juicios morales falsos o corruptos. Por ejemplo, las leyes que prohibían antes del año 1861 en Estados Unidos asistir a esclavos fugitivos tratando de obtener su libertad nos parecen ahora evidentemente fundadas en una moral perversa acerca de la legitimidad del régimen de esclavitud que se aplicaba a personas de origen africano o sus descendientes. Estaban basadas, en efecto, en un conjunto perverso de valores, aun cuando alguien haya creído honestamente en ellos.

En este sentido el derecho penal siempre es, necesaria e inevitablemente, expresivo, o quizás sería mejor decir constitutivo, de la moral social predominante adoptada y respaldada por el Estado. Hay quienes sostienen incluso que las personas que violan el derecho y se exponen a sí mismas al castigo

<sup>10</sup> MacCORMICK, 1985: 28-29.

<sup>11</sup> DUFF, 1986: 233-41, también DUFF, 2001: 79-82; FEINBERG, 1970b: cap. 5.

contribuyen a la construcción y sostenimiento de un cierto tipo de solidaridad social. El castigo del culpable refuerza la virtud de los inocentes, en todo caso de aquellos cuyos ilícitos no han sido (todavía) expuestos<sup>12</sup>. Otros sostienen, en términos moralmente más fundamentales, que el derecho penal se justifica por el hecho mismo de que hace posible la expresión pública de condena del comportamiento ilícito a través del procedimiento del juicio y condena que constituyen los medios públicos del reconocimiento de que un ilícito se ha cometido<sup>13</sup>. Según esta concepción, un «ilícito público» es un ilícito del que correctamente el público se preocupa y se interesa, no es uno que se infiera *al* público. De cualquier manera, a partir de las mismas bases uno puede concluir que en todas partes siempre existe algún sustrato moral bajo la superficie del derecho positivamente establecido.

Esta tesis del sustrato moral del derecho penal resulta probablemente más o menos indiscutible en el caso de lo que algunas veces se denomina «*mala in se*» (delitos malos en sí mismos). Se trata de actos moral y penalmente prohibidos, cuyo disvalor no emana del hecho de que están legalmente prohibidos. La tipología tradicional de los tipos delictivos hace esto evidente. Existen delitos en contra de las personas, que exhiben un desprecio deliberado y malicioso por la vida, la integridad corporal y la seguridad, incluyendo integridad personal. Hay delitos como el secuestro que atacan directamente la libertad, y muchas infracciones penales tienen el efecto de inhibir la libertad de las personas en el vecindario (muchas personas se ven «apresadas» en sus propias casas en la noche por miedo a la delincuencia callejera). Las violaciones ofenden la igualdad humana y la integridad corporal. Los crímenes de deshonestidad dañan la solidaridad social y suponen la apropiación indebida de lo que en derecho debiera pertenecerle a otros. Los delitos contra el orden público erosionan la solidaridad social. La intimidación y el fraude electoral infringen los derechos de ciudadanía y perjudican de modo general a la democracia. Los delitos en contra de la administración de justicia, tal como el perjurio y el soborno de testigos, lesionan instituciones que son vitales para el aseguramiento del régimen de los derechos. Como es de esperar, uno puede hacer un mapa de los delitos que son ilícitos en sí mismos considerando los mismos valores que se despliegan a través de un sistema desarrollado de derechos institucionalizados. En el caso del derecho penal, el sentido consiste en disuadir y prevenir la realización de acciones que intencionalmente subvierten los valores en cuestión tal como éstos son disfrutados por otras personas, en particular por la persona atacada, robada, o lo que sea. Ningún código moral inteligible otorga libertad para matar, mutilar, violar, lesionar, engañar,

<sup>12</sup> Véase DURKHEIM, 1933: 108-110, discutido en COTTERRELL, 1999: 68-78.

<sup>13</sup> DUFF, 1986: 240-246, 260-261 y DUFF, 2001; TADROS, 2005: cap. 3.

defraudar, invadir moradas, o para apropiarse de cosas de otras personas. Castigar a personas por otros actos mientras se condonan acciones como éstas sería radicalmente incoherente.

¿Pero qué sucede con los ilícitos regulatorios? ¿Qué se puede decir acerca de los así llamados *mala prohibita* —esto es, actos cuyo disvalor reside en que están prohibidos, que no están prohibidos por su disvalor—? En este caso ¿cuál sería el sustrato moral que la tesis exige? No es necesario asumir que todos los casos de prohibiciones de este tipo constituyen prohibiciones justificadas en términos morales o en otros términos, pero lo que se puede determinar con claridad es qué justifica a aquellas prohibiciones que están justificadas. Todas ellas miran a algún estado de cosas que es considerado o bien como algo seriamente desventajoso para el Estado o la sociedad civil y los ciudadanos o sus miembros, o bien como algo que tiene un valor significativo para ellos. Las circunstancias son tales que ningún individuo tendría razones suficientes para actuar de maneras que previnieran tales desventajas o que procuraran el valor positivo, salvo que exista una correspondiente prohibición universal que sea razonablemente eficaz. Los daños al medio ambiente normalmente son producto de ciertas actividades de muchas personas, cualquiera de las cuales podría continuar con tal curso de acción sin causar un daño apreciable. Ejemplos evidentes son la utilización del carbón como combustible doméstico en la ciudad, el uso de automóviles que liberan gases tóxicos a través de los tubos de escape, o incluso algunos casos de grandes descargas de contaminación industrial, que podrían ser tolerados si existiera un número suficientemente reducido de agentes contaminantes. Así cada uno enfrenta una situación en la que el resultado óptimo se obtiene sólo si todo el resto se abstuviera del curso de acción dañino, permitiendo a cada uno disfrutar de un medio ambiente menos contaminado. Por tanto, nadie se abstendrá de actuar de ese modo, a menos que se adopte una prohibición general adecuada, que impida que quienes no cumplan se vean beneficiados por el comportamiento de quienes cumplen<sup>14</sup>.

Consideraciones similares son aplicables a la legislación acerca de las prácticas de seguridad e higiene en las fábricas y otros lugares de trabajo, a la que recae sobre conductas riesgosas para la salud pública, o la que rige la seguridad en los sistemas de transporte, y la fabricación y mantenimiento de vehículos para ser usados en las vías públicas; y la mayoría de las reglas aplicables al tránsito vehicular (aunque infracciones tales como el exceso de velocidad, conducción peligrosa, y el conducir bajo la influencia del alcohol

---

<sup>14</sup> Véase PARFIT, 1984: 56-66, 88-91 sobre los problemas de «dilema del prisionero» que el derecho regulatorio ayuda a aliviar. Cfr. DUFF, 1986: 210-211.

se encuentran entre los *mala in se*, aún cuando haya un elemento convencional o arbitrario en las definiciones legales acerca de la velocidad máxima o los niveles de alcohol en la sangre que resultan seguros). Las leyes del Estado sobre tributación pertenecen al derecho público, y buscan establecer cargas distributivamente justas de contribución a los ingresos del Estado en relación con las tareas que se considera apropiado que el Estado asuma y de acuerdo, además, con un algún esquema de justicia distributiva. Establecido un esquema determinado, necesariamente la evasión de tributos se vuelve un ilícito punible sobre la base de que el mantenimiento de un Estado adecuadamente financiado constituye un valor público al que todos deben contribuir en la magnitud que el derecho exija. Esas consideraciones se aplican a todas las formas de tributación, a los impuestos al valor agregado o a las ventas, a las tasas de internación o de aduana, así como a los impuestos a la renta. La justicia de tales impuestos es normalmente controvertida y las diferencias acerca de la justicia distributiva se encuentran en el corazón mismo de la política electoral en los sistemas políticos democráticos. Pero en las circunstancias de los Estados contemporáneos ningún sistema de ingresos que dependa de pagos voluntarios lograría funcionar, por lo que el respaldo de la compulsión del derecho penal resulta necesario en todas partes cualesquiera que sean el sistema y las tasas de los impuestos que el legislador haya establecido.

Las prohibiciones que puedan ser justificadas usando el tipo de argumentos que aquí se han indicado, entonces, bien pueden ser sostenidas e impuestas por las instituciones del derecho penal y la pena. A diferencia del homicidio, la violación, las lesiones o el hurto (por ejemplo) aquí se trata de actos que no son en sí mismos ilícitos. Pero en el contexto de un esquema legislativo destinado a la evitación de algún peligro común o al logro de algún elemento importante del bien común, la violación del derecho manifiesta una injustificable autopreferencia<sup>15</sup>. Es sobre esta base que resulta moralmente objetable en mayor o menor grado dependiendo de las circunstancias del caso; es en alguna medida un ilícito público, mereciendo atención y preocupación pública —y, una vez presentada la prueba apropiada, es condenado y castigado. Cada infracción deliberada debilita un esquema del que todos, incluyendo el infractor, obtienen beneficios. Más aún, en algunos contextos al menos, se trata de tipos de actividades obviamente peligrosas y que por tanto requieren de un especial cuidado —la conducción de vehículos es el caso obvio—. Existen también actividades que son ejercidas profesionalmente o para el desarrollo de una empresa lucrativa que involucran conocidos riesgos para bienes públicos o privados. En todos

<sup>15</sup> Véase FINNIS, 1980: 262-263 sobre autopreferencia injustificada.

estos casos, resulta razonable prohibir el ejercicio de estas actividades sin observar un debido cuidado, o en algunos casos sin observar un estándar de diligencia más alto, y por tanto estableciendo legislativamente formas de responsabilidad criminal estricta.

Alguien podría argumentar que esto constituye una posición típicamente utilitarista, por lo que uno debería, al igual que Jeremy BENTHAM, concebir a todo el derecho penal bajo la misma luz como un conjunto de prohibiciones que están justificadas en el medida en que contribuyen a la utilidad pública<sup>16</sup>. Los homicidios causan dolor e infelicidad, lo mismo que los accidentes laborales. Las mismas consideraciones sobre prevención de sufrimiento humano evitable resultan aplicables en ambos casos, y son aplicables además a la práctica punitiva. La distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* no hace sino oscurecer el asunto. Ignora además el punto de que la justa medida de la pena en todos los casos es aquella que corresponde al menor grado de dolor que sea suficiente para prevenir una cantidad mayor de dolor proveniente de actos delictivos y del miedo a éstos. De manera similar Hans KELSEN sostenía que desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, que no es moralista, todo acto jurídicamente ilícito lo es porque está prohibido y, por tanto, todos son ilícitos del mismo modo y por las mismas razones —porque están prohibidos—<sup>17</sup>. Una respuesta a los utilitaristas sería que, sea o no el utilitarismo una teoría sostenible en definitiva, incluso una moral utilitarista estigmatiza y puede estigmatizar ciertos tipos de actos como ilícitos por su carácter directa, inevitable y gravemente dañino. Éstos son genuinamente distintos, bajo un utilitarismo razonable, de otros casos en los que un esquema general de emprendimiento cooperativo para la prevención de males o la obtención de beneficios justifica la imposición de un esquema de prohibiciones respaldadas por la amenaza de sanciones penales. La distinción entre ilícitos en sí mismos y delitos por prohibición no es en sí, por tanto, anti-utilitarista. En cuanto a la pureza moral de la teoría pura del derecho, ella es obtenida a un precio demasiado alto en la medida en que hace imposible la identificación de las relaciones internas entre las prácticas jurídicas y los valores morales. Si uno en verdad quiere purificar al derecho de todo elemento moral, debe evitar completamente el uso del concepto de pena que está moralmente cargado de manera ineluctable y con esto desaparece la importante diferencia que existe entre los delitos penales y los ilícitos civiles tales como los delitos y cuasidelitos civiles (responsabilidad civil), el incumplimiento de contratos o de deberes fiduciarios.

<sup>16</sup> Véase BENTHAM, 1977: 63-66, 381, 386-387, atacando la distinción entre *mala prohibita* y *mala in se* establecida por Sir William BLACKSTONE.

<sup>17</sup> Véase KELSEN, 1967: 112: «no hay *mala in se* sino que sólo hay *mala prohibita*».

### 3. MORALISMO LEGAL

Desde el siglo XIX el «moralismo legal» ha sido el objeto de un prolongado debate<sup>18</sup>. La controversia versa sobre los usos legítimos del derecho penal en una sociedad libre. Pertenece al campo de lo que algunas veces se denomina la «moral crítica», esto es, de la crítica del derecho existente y de las actitudes sociales del momento hacia el derecho sobre la base de la aplicación de principios morales racionalmente fundados<sup>19</sup>. El «principio del daño» propuesto en el conocido ensayo *On Liberty* de John Stuart MILL (1859) se opone al uso del derecho penal con el objeto de imponer virtudes morales, sosteniendo que el único uso apropiado de la coacción estatal tiene por finalidad prevenir que las personas infieran daño a otros<sup>20</sup>. Quienes defienden el «moralismo legal»<sup>21</sup> sostienen, por el contrario, que la función legítima del derecho penal consiste en reprimir y estigmatizar toda conducta gravemente inmoral, incluyendo actos dañinos, pero incluyendo potencialmente también actos que no lo son. Si bien esta controversia versa primariamente acerca de política legislativa y del establecimiento de principios morales que guíen la legislación en el ámbito del derecho penal, se ve involucrada también inevitablemente una descripción interpretativa del derecho vigente. Así ocurre, por ejemplo, en la discusión de la cuestión de si las leyes en contra de conductas impudicamente obscenas son cubiertas o no por el principio del daño, dado que uno puede verse lesionado por la exposición a actos o demostraciones groseramente ofensivas.

La tesis aquí defendida acerca del sustrato moral del derecho penal excluye la posibilidad de que pueda considerarse al derecho penal, aun en el caso de una aproximación puramente descriptivo-interpretativa, en términos puramente a-moralistas o no-moralistas. Los delitos son ilícitos punibles y la pena constituye una práctica altamente cargada en términos morales, así como lo son la persecución pública y el castigo de delitos. La cuestión no

<sup>18</sup> Los primeros intercambios de este conflicto pueden encontrarse tal vez en la obra de MILL, 1975 (publicada originalmente en 1859) —este es el *locus classicus* de la tesis de que el derecho sólo puede ser usado legítimamente para disuadir o evitar que una persona le haga daño a otra— y STEPHEN, 1967 (del año 1873) que presenta una vigorosa respuesta a la tesis de Mill. La controversia volvió a emerger durante los cincuenta como consecuencia de la publicación del *Reporte sobre Delitos Homosexuales y la Prostitución* (London: HMSO, 1957 Cmnd 247) de la comisión Wolfenden que fue discutido por DEVLIN, 1965, a quien le responde HART, 1963.

<sup>19</sup> HART, 1963: 17-24, sobre la distinción entre moral «positiva» y moral «crítica».

<sup>20</sup> HART, como se ha citado más arriba, revivió con algunos matices el «principio del daño», aceptando que podría incluir algún elemento paternalista, aplicando restricciones jurídicas para evitar comportamientos que dañen al propio agente. Véase además FEINBERG, 1984-88 que cubre exhaustivamente este campo en cuatro volúmenes: *I. Harm to Others; II. Offense to Others; III. Harm to Self; IV. Harmless Wrongdoing*.

<sup>21</sup> STEPHEN y DEVLIN, como se ha citado más arriba, por ejemplo.

puede versar acerca de si el derecho penal debe estar moralmente cargado, sino que más bien acerca de qué moral debe cargar<sup>22</sup>. Ciertamente, el «principio del daño» parece insostenible tanto descriptiva como críticamente. Un corolario del principio del daño entendido como si prescribiera que sólo debe tratarse como penalmente ilícita aquella conducta que sea dañina para personas distintas al propio agente, es que el grado de disvalor de la conducta debe depender del grado de lesividad de la conducta. Las penas que deben imponerse en derecho deberían estar cuidadosamente graduadas en relación con la gravedad del daño inferido por los diversos delitos, y también, posiblemente, en relación con el grado de premeditación o intencionalidad exhibida en el particular acto lesivo. Descriptivamente, este principio y su corolario no se adecuan del todo bien con las instituciones del derecho penal tal como se han representado acá. La rama del derecho que se ocupa del comportamiento lesivo, y que tiene por objeto la compensación de las consecuencias de la conducta dañina y la creación de incentivos para la evitación de tales actividades, es el derecho de las obligaciones, más particularmente la parte que se ocupa de la reparación que se debe como consecuencia de ilícitos civiles (la responsabilidad civil extracontractual). Esto se discutió ya en el capítulo VI y será considerado nuevamente en el próximo capítulo. El derecho penal vigente en los Estados constitucionales se extiende, de manera apropiada, a comportamientos que no infieren daños<sup>23</sup>, incluyendo tentativas y conspiraciones, e insiste normalmente en la presencia de algún elemento de intención dolosa, al menos respecto de los *mala in se*. Los fundamentos para la responsabilidad pueden ser extendidos aún más en el caso de los ilícitos regulatorios que son *mala prohibita*, por razones que se acaban de anotar.

La clave de cualquier teoría general acerca de los fundamentos morales del derecho penal (aunque puede ser que una teoría general no sea posible) tiene que residir en la contribución esencial que presta el derecho penal a la civilidad de la sociedad civil. Las condiciones fundamentales de la civilidad están constituidas por relaciones pacíficas entre personas que pueden confiar en que desconocidos no atacarán su persona o sus propiedades. Esto puede ser llevado a un grado ulterior a través de esquemas colectivos sobre el medio ambiente y otros bienes comunes tales como los que fueron discutidos a propósito de los *mala prohibita*. El disvalor de los delitos consiste en que suponen una forma de comportamiento deliberada que viola las condiciones de la paz civil. En esto consiste el sentido de disvalor público que, de acuerdo a la presente propuesta, debe ser adoptado por quienes ar-

---

<sup>22</sup> Para un desarrollo completo de los fundamentos de esta concepción, y acerca de otras fuentes relevantes, véase MACCORMICK, 1985, reforzando lo sostenido en MACCORMICK, 1982e.

<sup>23</sup> Véase FEINBERG, 1984-88 (vol. IV, *Harmless Wrongdoing*).

guyen a favor del valor de la condena pública de los ilícitos públicos. Tales conductas demuestran un deliberado desprecio por la paz entre las personas y, por tanto, son seriamente preocupantes y altamente condenables, sin importar cuánto daño hayan infligido en el caso en particular. En los reinos feudales, cada señor feudal, incluyendo al rey como el más excelso de todos los señores feudales, tenía su propia «paz», su propio dominio en el que el mantenimiento de la paz era de su especial preocupación. Por tanto, en Inglaterra (por ejemplo) en todas las acciones que eran de conocimiento de la Corte del Rey se recitaba que el acusado había actuado con fuerza y en violación de la «paz del Rey»<sup>24</sup>. No parece ser demasiado exagerado pensar que la evolución de los Estados modernos a partir de los reinos feudales, despersonalizó la paz, de modo tal que nos hemos quedado con la idea de la «violación de la paz» como una cuestión de preocupación común, sin que quede fragmentada en diferentes esferas de paz. La paz, en la medida en que las instituciones estatales logran garantizarla sin infringir el derecho fundamental a la libertad personal, es un beneficio común, y un fundamento común, de la sociedad civil.

Todo esto ayuda a entender por qué parte importante del debate acerca de la moral en el derecho penal se ha concentrado en cuestiones relacionadas con la sexualidad y sus expresiones, y en problemas relacionados con el comienzo y terminación de la vida. Los ilícitos que son punibles en estos ámbitos no exhiben de un modo tan claro como otros un carácter público, el carácter de amenaza de la paz que en los demás casos es tan manifiesto. Las actividades de las personas que son llevadas a cabo en privado y en las que los participantes han consentido genuinamente y sin coerción parecen no tener impacto directo alguno en la paz civil, y en este sentido difieren de las exhibiciones públicas de contenido explícitamente sexual. Aquéllas pueden causar perturbación y violencia en algunos casos, y pueden resultar insultantes o lesivas para los lazos familiares. Pero en relación con tal insulto y tal lesión, existe la posibilidad de una mayor tolerancia y ampliar el respeto por la libertad. Esta posibilidad supone apreciar que desde el punto de la paz civil la susceptibilidad a ser provocado resulta tan problemática como la provocación que supuestamente puede provenir de cierto tipo de actividades privadas. Algo parecido puede decirse en relación con el uso de imágenes y de medios visuales en el contexto de los debates políticos y teológicos. Las leyes acerca de las blasfemias, y similares, pueden ser esenciales en ciertos contextos para mantener la paz y evitar la violencia. Este punto es ilustrado por la reacción en todo el mundo musulmán a inicios del año 2006 a ciertas caricaturas publicadas en un periódico danés de poca circulación en

---

<sup>24</sup> HARDING, 2002; cfr. GARLAND, 2001: 29-30.

Jutlandia, que posteriormente fueron republicadas en otras secciones de la prensa Europea. Varios consulados daneses fueron quemados y destruidos por multitudes en actos de protesta en diversos países. El respeto de los derechos humanos y en particular de la libertad de opinión y expresión incluye el derecho de escritores y artistas a desafiar los cánones del gusto y a expresar opiniones polémicas. Así y todo, en situaciones de alta tensión, las condiciones de la paz comunitaria también deben ser tomadas en cuenta<sup>25</sup>.

Ya se ha discutido la cuestión de si el feto humano puede o no ser reconocido como un titular de derechos y la de si tiene, así, algún tipo de personalidad jurídica rudimentaria. No hay razón alguna para dudar que, respecto de cualquier otra persona diferente de la mujer embarazada, el feto merece protección en su propio derecho y no sólo como una parte del cuerpo de la mujer embarazada. Por otro lado, resulta mucho menos verosímil la idea de que el feto, aun en contraste con un recién nacido con un día de vida, es un participante de la sociedad civil y de su paz. Las leyes que prohíben a la mujer embarazada decidir poner término al embarazo sobre la base de motivos que estime suficientemente serios pueden ser caracterizadas, al menos en lo que concierne a las primeras semanas, como una intromisión injusta en una cuestión de libertad privada. De modo similar, las leyes que impiden a los parientes cercanos y a los médicos asistir a un paciente afectado por una enfermedad terminal para poner término a su vida, o para llevar a cabo los pasos necesarios para ello cuando sea conocida la voluntad de la persona de poner término a su vida en caso de que haya perdido toda capacidad para hacerlo por sí misma, pueden ser discutidas porque parecen privar a las personas del derecho a tener una muerte tranquila y digna. Los contraargumentos se relacionan en general con la generación de efectos indeseados y del riesgo de la coerción que se pueda ejercer en contra de las personas mayores y vulnerables. Enfocarse en cuáles son realmente las condiciones de la paz civil a la luz de la doctrina de los derechos humanos puede ayudar a clarificar la deliberación, pero no resulta suficiente para alcanzar una única respuesta evidente.

Una grave objeción que podría hacerse es que este énfasis en las «condiciones de la paz civil» no es compatible con tratar a las personas —en particular a las personas «naturales», esto es, los seres humanos— como fines en sí mismas. Los procedimientos y sanciones penales simplemente usarían el sufrimiento de los condenados como medio para asegurar el bien de otros, sobre la base de algún cálculo utilitarista. Un sistema de derecho penal justificable no haría esto. Estas consideraciones debería llevar a tratar

---

<sup>25</sup> SELZNICK, 1992: 391-392 hace un contraste entre «civilidad» y «piedad» de una manera que puede resultar relevante para este punto.

de establecer las condiciones bajo las que la imposición de sanciones penales proporcionadas en el contexto de procedimientos adecuados podría tener un valor intrínseco. Se podría obtener este valor con el solo hecho de la defensa de la justicia pública a través de la condena de los ilícitos públicos, comunicándolo eficazmente tanto al sancionado como a la sociedad en su conjunto. El aseguramiento de la paz civil puede ser, entonces, un mero efecto secundario deseable, pero no debería ser la finalidad que justifica al derecho penal y a la pena.

Esta concepción merece algún grado de consideración, pero parece mejor si se invierte el orden de prioridades. Para alcanzar algún efecto moralmente ejemplarizador, debe existir ya paz y civilidad. La justicia entre ciudadanos constituye una parte crucial del bien común y el uso injusto de las penas está, consecuentemente, excluido por principio. Las prácticas del derecho penal y las sanciones penales que realmente contribuyan a la paz civil y al bien común tienen que tener o al menos deben estar orientadas genuinamente a la clase de valores en favor de los que arguyen DUFF, TADROSS y otros. Pero si la paz y la civilidad no pueden ser aseguradas y sostenidas, no habrá posibilidad alguna de progreso en la dirección hacia un sistema de derecho penal y de sanciones penales adecuadamente refinado.

#### 4. LOS DELITOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Demasiado énfasis en el aspecto moral de los delitos y las penas puede dar lugar a la sospecha de que no se hace más que distraer la atención de la problemática cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si el caso paradigmático de delito y pena siempre ha consistido en la comisión intencional de un acto manifiestamente delictivo por parte de un individuo plenamente racional, esto lleva a no prestar atención a los comportamientos ilícitos de las entidades que no sean seres humanos en tanto personas naturales. Esto sería un profundo error. Algo se ha dicho anteriormente acerca de la capacidad-responsabilidad de los grupos y asociaciones. Es tiempo de decir algo más. Cualquier presuposición de que las personas jurídicas no pueden ser consideradas, con sentido, como responsables moral o jurídicamente por actos ilícitos tiene que ser criticada.

Es notable cuántos verbos o sintagmas verbales no pueden utilizarse en una oración que tenga una persona singular como sujeto. Uno puede tocar una sinfonía en su reproductor de discos, pero sólo de modo derivativo; para tocar en vivo una sinfonía se requiere de toda una orquesta, y toda una colección de agencias están envueltas en la grabación, producción y distribución de un disco. Uno no puede fabricar un auto Ford o un ordenador

Hewlett Packard, ni nadie más puede hacerlo de modo individual (aunque quizás alguien pueda hacer uno o construir uno a partir de un *kit*). El operar un servicio de *ferry* entre los puertos de una isla y los del continente adyacente supone una amplia organización. Una persona puede editar, pero sólo un equipo puede producir un periódico de circulación masiva.

Incluso desde un punto de vista que se mantiene fuertemente atado al enfoque relacionado con la acción racional, intencional y motivada, debe prestarse atención al hecho de que parte considerable de las actividades distintivamente humanas tienen un carácter intrínsecamente colectivo. Las sinfonías (como algo diferente de un disco compacto) no pueden ser tocadas por accidente o inadvertidamente, o sin una planificación racional y práctica. Los periódicos se publican de modo deliberado, como lo es mantener un servicio de *ferry*, o la manufacturación de un producto. Éstas no son instancias extrañas o raras de actividad intencional. Se trata de ejemplos paradigmáticos en un mercado contemporáneo fundado en gran parte en formas jurídicamente sostenidas de capitalismo de empresas. Ciertamente se caería en una forma de individualismo ontológico gravemente erróneo si se afirmara que estas actividades constituyen ejemplos inusuales de actividad intencional, aunque ningún ser humano singular puede actuar de ese modo. Estas formas tan importantes de actividad intencional deberían considerarse casos no marginales sino centrales para el estudio de las actividades intencionales y de sus consecuencias deseadas e indeseadas.

Esto no significa negar que el análisis de las ideas de agencia, racionalidad e intencionalidad debería comenzar con el ser humano, el agente moral autónomo, y otorgarle un lugar especial; pero sí que no puede detenerse aquí. Uno puede adscribirle intenciones a los grupos o asociaciones de acuerdo a las mismas bases sobre las que atribuye intenciones a los agentes individuales. Ambos deliberan acerca de qué hacer. A diferencia del caso de los individuos, la deliberación es siempre interpersonal en el caso de los grupos o asociaciones. Para ambos la deliberación puede concluir en una decisión, a través de un procedimiento relativamente formalizado para su adopción y registro en el caso de grupos o asociaciones, lo que rara vez sucede en el caso de los individuos. También podemos adscribir acciones físicas a los grupos o asociaciones tal como hacemos con los individuos: son actos del grupo o asociación los que implementan las decisiones del grupo o asociación, así como las que constituyen un elemento necesario o incidental de esa implementación.

Resulta demasiado fácil producir o presuponer una concepción altamente individualista de la responsabilidad de las personas, y así distorsionar la significación de las formas colectivas u organizadas de agencia, con sus formas correspondientes de responsabilidad por las consecuencias o resultados

ilícitos de los actos colectivos<sup>26</sup>. Esto se hace evidente a la luz de las muchas confusiones que rodean a la atribución de responsabilidad civil, y más todavía de responsabilidad penal, a personas jurídicas. Una sociedad dedicada al servicio de *ferry*, por ejemplo, que opera el servicio entre Inglaterra y Bélgica, y que busca obtener la máxima velocidad en los desplazamientos entre los puertos de cada lado, está buscando deliberadamente, por cierto de modo muy legítimo, maximizar sus utilidades optimizando la explotación de sus recursos. En condiciones de competencia, esto beneficia además a los pasajeros al mantener las tarifas bajas, al tiempo que mejora los tiempos y las frecuencias de los viajes. Pero también supone riesgos que son evidentes para cualquier persona reflexiva, que deben ser particularmente bien conocidos para quienes están operacionalmente envueltos en el funcionamiento de un servicio de *ferry*.

Éstos no son riesgos irreales o leves, ni son riesgos de daños inusuales o improbables. Existen los riesgos completamente obvios de que alguno de los pasajeros o de la tripulación muera ahogado cada vez que alguna embarcación presta este servicio en una condición inadecuada para la navegación, sea ésta temporal (como cuando la compuerta de la popa o de la proa no está cerrada correctamente) o permanente (debido, por ejemplo, a defectos de diseño o la falta de mantenciones). Algunos de estos riesgos se ven exacerbados por la velocidad de la operación a menos que el sistema esté organizado a fin de precaver los riesgos inherentes al esfuerzo de reducir los tiempos de desplazamiento. ¿Responsabilidad de quién es, si no de la sociedad que presta el servicio, el asegurar que se han adoptado estos sistemas y que resultan adecuados para sus propósitos? ¿Por qué la negligencia grave de la sociedad en el desempeño de esta responsabilidad no podría dar lugar a la comisión de un cuasidelito de homicidio u homicidio culpable por la sociedad? Pueden existir excusas e incluso explicaciones acerca de lo que se hizo realmente en un caso que constituyan defensas satisfactorias ante tales cargos (compárese con el *Herald of Free Enterprise*)<sup>27</sup>. Pero los sistemas jurídicos que no reconocen tal responsabilidad sobre la base de que sería ininteligible, o que no reconocen la pertinencia de tal cargo en derecho, parecen estar sumergidos en una grave confusión conceptual, con una resultante injusticia distributiva que privilegia inequitativamente los intereses de los accionistas sobre los de los pasajeros.

Es claro que existe una relación bidireccional entre los conceptos o concepciones de la personalidad (personificación) y de la responsabilidad, y esto da un fuerte respaldo a quienes defienden la introducción de nuevas

<sup>26</sup> CANE, 2002: 145-168.

<sup>27</sup> CRAINER, 1993.

disposiciones penales referidas al «*corporate killing*»<sup>28</sup>. Sería todavía más aconsejable intentar reformular el derecho de sociedades con el objeto de extirparle los malentendidos que se han ido construyendo a lo largo de los años como consecuencia de formas poco razonables de trazar contrastes y analogías entre personas naturales y jurídicas. Un error diferente en el sentido opuesto es la interpretación de los derechos humanos conforme a la que éstos protegen directamente a las personas jurídicas. El carácter real de las personas jurídicas no justifica incluir a las personas jurídicas en la clase de los humanos para los efectos de adscribirles directamente derechos humanos en tanto personas jurídicas. Esto no implica afirmar que algunas formas de interferir en personas jurídicas no constituyan genuinas violaciones a los derechos humanos de las personas envueltas en la actividad de la persona jurídica o que son accionistas de una sociedad anónima.

## 5. CONCLUSIÓN

El presente trabajo no es un ensayo de derecho penal descriptivo ni de filosofía moral crítica. En tanto explicación interpretativa de las funciones más esenciales del derecho, incluyendo al derecho penal, en el marco de un Estado constitucional, propone que la exigencia más básica que los ciudadanos deben dirigir al derecho penal es que contribuya al aseguramiento de las condiciones de la civilidad y paz social, y con ello al mantenimiento de la sociedad civil. Esto no puede ser, sin embargo, una función que cumpla el derecho penal por sí solo, pues sin justicia social no pueden obtenerse condiciones de solidaridad y civilidad. El derecho penal y el derecho público deben trabajar de modo paralelo, y no funcionarán del todo sin la presencia de condiciones sociales que el derecho no puede establecer, pero que sí puede dañar.

---

<sup>28</sup> Véase la discusión que CANE, 2002: 160-161 desarrolla respecto de las propuestas del Comité Legislativo para la Inglaterra y Gales [*Law Commission for England and Wales*].

## CAPÍTULO XIII

### EL DERECHO PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL: DERECHO Y ECONOMÍA

#### 1. INTRODUCCIÓN

Hemos visto que la esfera del derecho privado, en ocasiones llamada también «sociedad civil», es la de las potestades que son bilaterales, o multilaterales, y que están orientadas a bienes privados. En ella las personas mayores de edad y plenamente capaces se encuentran como portadores de un igual estatus jurídico, o al menos de uno equivalente, como en el caso de las corporaciones, fundaciones, sociedades y similares. Esto significa que ninguno es jurídicamente superior a otro, cualesquiera que sean las diferencias que tengan en sus características personales o en los bienes que posean. En consecuencia, toda figura jurídica que los vincule como consecuencia de actos de voluntad debe contar con el consentimiento mutuo, al menos en tanto implique algún cambio de las posiciones jurídicas que existen entre ellos.

El punto principal de este capítulo es que, tal como el derecho interactúa íntimamente con la política cuando el derecho público está en el centro de la atención, así el derecho interactúa íntimamente con la economía cuando el foco se mueve hacia el derecho privado. El sistema jurídico, el sistema político y el sistema económico sostienen en conjunto, o quizás constituyen, al Estado y la sociedad civil. Los acoplamientos estructurales entre el derecho y la economía tienen mayor relevancia para el discurso del derecho privado, al menos cuando se entiende al derecho privado en un sentido amplio. Este capítulo tiene 5 subtemas principales. El derecho privado en su sentido más estricto es, en primer lugar, el derecho de la vida privada y de las relacio-

nes privadas. Estas relaciones pertenecen a un conjunto de cuestiones más amplio, aquellas relacionadas con el «sector privado» de la economía. El derecho privado en este sentido más amplio es considerado en el apdo. 3. A continuación, conviene examinar cómo es que interactúan el derecho y la economía (apdo. 4). Luego se ofrecen algunas reflexiones generales acerca de las instituciones del derecho privado, con particular referencia al derecho de la responsabilidad extracontractual (o de los delitos y cuasidelitos civiles) y a las formas de justicia correctiva que envuelve (apdo. 5). Finalmente, se discute acerca del derecho, la economía y la información, con particular atención al tópico de la propiedad intelectual (apdo. 6).

## 2. DERECHO PRIVADO Y VIDA PRIVADA

La expresión «derecho privado» puede entenderse en un sentido restringido o en uno amplio. En su significado más restringido se ocupa solamente de las relaciones de la vida privada, esto es, de la familia, de la institución del matrimonio y las formas análogas de uniones civiles; de las obligaciones que tienen entre sí los cónyuges o los miembros de la unión civil, y de las obligaciones que tienen los padres respecto de los hijos. Íntimamente relacionado con esto se encuentra el derecho sucesorio y las instituciones de las sucesiones testadas e intestadas. Estas últimas incluyen reglas acerca de qué derechos tienen los miembros de la familia en la herencia que deja alguno de sus miembros al morir cuando no ha otorgado testamento, o incluso en el caso de las sucesiones testadas en aquellos sistemas jurídicos que atribuyen a los hijos asignaciones forzosas en la forma de una cuota determinada de los bienes de la herencia<sup>1</sup>.

También se ocupa de la institución del *trust*, a través de la que puede afectarse alguna propiedad a determinados propósitos en beneficio de individuos, o para fines de beneficencia pública. Esto supone la existencia de alguna forma de «patrimonios separados», de modo que la propiedad que detenta el *trustee* en tanto tal sea considerada como algo separado de su patrimonio personal<sup>2</sup>. La división histórica entre el tribunal de equidad y los tribunales de derecho en Inglaterra hizo esta separación algo relativamente fácil de lograr, al permitir la emergencia de la distinción entre propiedad en derecho y propiedad en equidad, o del concepto de nuda propiedad como algo distinto de la propiedad beneficiosa<sup>3</sup>. Otros sistemas jurídicos que nunca tuvieron la separación entre derecho y equidad al modo inglés, han en-

<sup>1</sup> Cfr. MACCORMICK, 1989.

<sup>2</sup> Véase GRETTON, 2000.

<sup>3</sup> Cfr. HUDSON, 2005: caps. 1 y 2.

contrato mayores dificultades para encuadrar el *trust* al marco conceptual disponible, pero algunos han logrado hacerlo hasta cierto punto.

Las relaciones privadas requieren de un espacio privado, y por tanto del dominio o propiedad de un bien inmueble o alguna forma razonable y segura de derecho de uso de largo plazo sobre el bien inmueble que constituye el hogar familiar, tomando «familia» en el amplio sentido que hoy tiene incluyendo las distintas formas de vida fundadas en la convivencia. La adquisición de un hogar ya sea a través de la adquisición de la propiedad o de un derecho de uso exigen la institución del contrato, esto es, de medios para establecer obligaciones entre personas que detentan la correspondiente capacidad transaccional. Las personas del derecho privado son «personas naturales», aunque en sus actividades privadas pueden verse envueltas en varias formas de asociación voluntaria o clubes. Típicamente, tales clubes son organizados sobre la base de un contrato multilateral de membresía, con algunos bienes comunes que son administrados a través de algún tipo de *trust*. Estas asociaciones no requieren de las amarras de la personalidad jurídica.

Las «personas jurídicas», sin embargo, en la forma de pequeñas o grandes sociedades tienen una fuerte influencia en la vida del más privado de los ciudadanos privados. Ellas adquieren, empaacan y venden su comida. Ellas producen los fármacos que toma cuando está enfermo; o el teléfono, o el ordenador y el *software* que usa para comunicarse con su familia y amigos; o el auto que conduce para hacer compras. Ellas le proveen de seguros contra la pérdida o daños a la propiedad, y contra la responsabilidad por accidentes de tráfico y otros siniestros, y un seguro de vida en el contexto de algún programa de pensiones. Ellas le otorgan empleo y le pagan un salario con el que pagar la renta, o las cuotas de un préstamo hipotecario, y las primas de un seguro, y con el que comprar ropa, comida y bebida. Ellas le tienen en depósito su dinero y le otorgan créditos de consumo, o medios electrónicos de pago para cuentas y gastos. Una parte de sus ahorros está casi siempre unida, directa o indirectamente a través de fondos de pensiones o pólizas de seguro, a acciones e inversiones en sociedades. La capacidad de las sociedades comerciales para proveer de todo esto en la interfaz entre vida privada y comercio, depende además de una compleja serie de relaciones de las sociedades comerciales entre sí.

### 3. DERECHO PRIVADO Y COMERCIO

El derecho privado en un sentido amplio comprende no sólo a las relaciones privadas de las personas privadas en tanto personas naturales, sino que también toda la red de relaciones de negocios entre las sociedades comer-

ciales entre sí como también las que tienen con los ciudadanos, en tanto que empleados o consumidores, y con las instituciones de gobierno. El derecho privado en este sentido más amplio cubre tanto el derecho del sector privado como el derecho de la vida privada. En este sentido amplio, el «derecho privado», en relación con el sector privado de la economía, incluye al derecho comercial. Comprende todo aquello que no es objeto del derecho público o del derecho penal. A veces se usa también la expresión «derecho civil», bajo la que el derecho privado y el derecho comercial, y quizás también el derecho laboral, figuran como áreas separadas pero relacionadas. El problema con esto es que el término «civil» y sus expresiones derivadas como «civilista», están muy asociadas con el histórico *jus civile* de la República romana y del Imperio romano, y de los sistemas jurídicos que le sucedieron en Europa y en otras partes que evolucionaron a partir del derecho civil romano. Por esta razón, se usa aquí «derecho privado» en sentido amplio. Este uso amplio tiene un respetable pedigrí pues sus raíces se remontan hasta el *Digesto* de JUSTINIANO. En él se cita el siguiente contraste entre el derecho público y el derecho privado trazado por un jurista clásico llamado ULPIANO: «El derecho público mira al estado de la república romana, mientras que el derecho privado es el derecho que mira a los intereses de los particulares»<sup>4</sup>. El derecho comercial en su sentido contemporáneo está claramente incluido en esta última categoría.

Las reflexiones acerca de la idea de sociedad civil llevan nuestra atención hacia la dualidad que existe entre lo privado y lo comercial. En la vida privada nuestras relaciones más importantes son altamente personales y muchas personas centran en las relaciones de familia y amistad el núcleo de los valores que los motivan en la vida. Casi todos encuentran en ellos una parte significativa de su sistema de valores. En tiempos turbulentos caracterizados por la ausencia, o la precariedad de la paz civil estas relaciones tienden a proveer el parámetro fuera del cual se traza la línea que divide entre el amigo y el enemigo que Carl Schmitt considerada como el contraste definitorio de lo político<sup>5</sup>. En la medida en que emerge la sociedad civil y adquiera alguna segura estabilidad, pueden desarrollarse y adquirir importancia las relaciones impersonales, y los enemigos aparecen fuera del perímetro de

<sup>4</sup> Véase JUSTINIANO, *Digesto* I.1.2 citando a ULPIANO: «Existen dos ramas en el estudio del derecho: el derecho público y el privado. El derecho público es aquel que mira al estado de la República romana [*quod ad statum rei romanae spectat*], el privado es aquel que mira a los intereses de los particulares [*quod ad singulorum utilitatem spectat*]» (WATSON, A. (ed.), 1985: 2). Las *Institutas* de JUSTINIANO repiten esto en términos esencialmente similares. Compárese también Lord Rodger de EARLSFERRY, en *Davidson v. Scottish Ministers* [2005] UKHL 74: «La idea central es que el derecho privado regula las relaciones entre individuos. Yo, en consecuencia, uso la expresión “derecho privado” simplemente como una etiqueta conveniente para esa rama del derecho».

<sup>5</sup> SCHMITT, 1996.

estas relaciones junto con quienes intentan atacar la paz desde dentro. La confianza impersonal constituye la base de las relaciones comerciales a gran escala. La prosperidad de la vida privada y sus relaciones puede ser impulsada de manera significativa por las relaciones comerciales, al menos para todos quienes detenten el abanico completo de capacidades activas y pasivas disponibles para las personas naturales. Tienen que estar libres además de las cargas impuestas por las obligaciones propias de antiguas mentalidades como la de «señor y siervo», reminiscentes del derecho basado en el estatus, que contrastan con el derecho laboral contemporáneo.

#### 4. DERECHO PRIVADO Y ECONOMÍA

Como se ha visto, es difícil de concebir la emergencia de la sociedad civil sin el contexto provisto por el Estado constitucional (predecesores del cual fueron las monarquías constitucionales limitadas de los siglos XVIII y XIX). Se trata de un contexto en el que existe un poder de gobierno eficaz sujeto a los límites fijados por las libertades básicas esenciales. Más tarde, por cierto, esos límites se amplían a toda la panoplia de derechos humanos en virtud de variadas convenciones o convenios internacionales y de su protección constitucional en diversos Estados. En esto el derecho penal cumple una función crucial asegurando la paz y la estabilidad de esquemas basados en concepciones del bien común y la justicia (los correspondientes *mala prohibita*). Las instituciones del derecho público y las del derecho penal son así dos de los pilares de la sociedad civil. Las instituciones del derecho privado son el tercero. Sin éstos, una economía de mercado operativa es inconcebible, aunque bien puedan existir formas rudimentarias de intercambio y algunas formas de división del trabajo comunitariamente basadas como ocurrió, por ejemplo, en los reinos feudales.

Volvamos a la cuestión de la confianza impersonal. La propiedad o el dominio de los bienes depende de la existencia segura de derechos reales. En parte éstos son asegurados por el derecho penal; pero también, y todavía de una manera más fundamental, son asegurados a través de acciones civiles de protección de la propiedad<sup>6</sup>. Éstas permiten a una persona exigir la restitución de su propiedad cuando ha sido ilícitamente privada de su posesión, o exigir la reparación de los daños intencional o negligentemente inferidos a bienes de su propiedad o que éstos hayan sufrido como consecuencia de alguna forma de intromisión ilícita. Sin las acciones civiles que provee el derecho privado, la propiedad no estaría asegurada. Sin seguridad, se vuelve

<sup>6</sup> HARRIS, 1996: 24-26, presenta una concepción amplia de las «reglas de intromisión» [*trespassory rules*] como fundamentales para la propiedad de los bienes.

menos probable la transferencia consensual de los bienes —¿por qué comprarlos si puedo apoderarme de ellos?—. Las transferencias consensuales (compraventas, permutas, arriendos y comodatos) tienen lugar en el contexto de acciones civiles eficaces. Éstas respaldan los acuerdos expresos o tácitos que suponen las transferencias consensuales, tanto mediante la ejecución en naturaleza de los términos acordados o mediante el cumplimiento por equivalencia cuando la compensación de los daños causados resulta más apropiada en las circunstancias. El desarrollo de doctrinas cada vez más elaboradas sobre las obligaciones contractuales y las reglas que regulan las condiciones de procedencia de las acciones civiles, provee de parámetros para decidir cuándo se está frente a un caso de apoderamiento ilícito.

Lo que salta a la vista es una institución del derecho público que hasta ahora no se ha mencionado, pero que resulta esencial: la acuñación de monedas y la emisión de billetes. Sin un dinero corriente confiable se dificulta enormemente la operación de economías basadas en el intercambio. Hasta el momento algunos Estados (todos los Estados en principio, pero no ha sido así en la práctica) han establecido una moneda circulante viable que facilita el comercio. El desarrollo del euro en la Unión Europea desde el año 2000 bajo el Tratado de Maastricht de 1992 plantea la cuestión de si instituciones públicas supranacionales o transnacionales pueden establecer una moneda circulante suficientemente estable y viable en el marco de una economía de mercado expandida. Todavía es demasiado temprano (2006) como para emitir un juicio definitivo acerca de esto, pero los datos actuales parecen justificar un optimismo cauto acerca de este gran experimento de una moneda transnacional. De todas maneras, la confianza en el medio corriente de pago y la confianza en los otros comerciantes son necesarias cuando una de las partes va a invertir esfuerzos y recursos para la realización de un intercambio futuro con otro. Es más, son condiciones necesarias para que las personas siquiera tengan razones para involucrarse en negociaciones impersonales<sup>7</sup>.

El mantenimiento de esta confianza impersonal requiere la existencia de un cuerpo de derecho privado razonable y eficazmente impuesto, que contemple acciones judiciales eficaces a las que pueda recurrirse frente a un eventual incumplimiento. No es correcto entender estas acciones como sanciones que respaldan exigencias de comportamiento, pues resulta mucho más motivante la continuidad del discurrir cotidiano de situaciones de cooperación. El derecho privado está lejos de ser coactivo de aquella manera<sup>8</sup>. La función de estas

---

<sup>7</sup> Véase, en general, PROCTOR, 2004.

<sup>8</sup> Los argumentos para la defensa de esta posición en MACCORMICK, 1982b; LAMOND, 2000 arguye en favor de una tesis diferente, sobre la base de una concepción mucho más amplia pero, como se ha afirmado, menos convincente, de «coacción».

acciones judiciales es proveer de una garantía de trasfondo de que quienes participan de mala fe en el sistema, o que no respeten una determinada obligación que resulta ser o que se convierte en algo demasiado oneroso, no lograrán aprovecharse de su incumplimiento unilateral. La confianza en las expectativas se vuelve racional cuando existe una capacidad subyacente para exigir la ejecución forzosa en caso de incumplimiento o de un cumplimiento defectuoso. Bajo esta luz, no resulta para nada sorprendente que parte importante de las prácticas comerciales discurren de un modo que parece muy lejano al contenido de la exposición doctrinaria del derecho de contratos<sup>9</sup>. Normalmente no se entra en relaciones contractuales con la expectativa de que se tendrá que recurrir a acciones judiciales, aunque la conciencia de que en último término esta posibilidad está disponible es una condición para la existencia de una confianza interpersonal generalizada.

La seguridad de los derechos de propiedad y la fe en los contratos son esenciales para la economía de mercado. No son, por cierto, la causa de la actividad económica, sino condiciones para ésta. Adam SMITH resaltó dos características distintivas de las comunidades humanas. La primera es que las comunidades tienden siempre a una mayor especialización mediante una progresiva división del trabajo<sup>10</sup>. La segunda es la propensión universal de los seres humanos a «permutar, intercambiar y traficar»<sup>11</sup>. Recientemente avances espectaculares en genética humana sugieren que las generalizaciones empíricas de Smith tienen realmente su raíz última en elementos del genoma humano, ese código enormemente elaborado presente en cada célula humana y que constituye el fundamento biológico de nuestra común humanidad<sup>12</sup>. Por supuesto, Smith no cometió el error de suponer que el «permutar, intercambiar y traficar» adopta siempre la misma forma. Las simples divisiones del trabajo y las efímeras posesiones que caracterizaban a las comunidades de cazadores y recolectores («naciones de cazadores y pescadores» en los términos de SMITH) no conducían a la formación de una estructura de mercado o de intercambios particularmente sofisticada. Éstas, y posiblemente las posteriores formaciones sociales agrarias y ganaderas, contrastan con las «sociedades comerciales» que SMITH vio emerger durante el siglo XVIII en varias partes de Europa. Todas las sociedades humanas

<sup>9</sup> Véase MACAULAY, 1963; MACAULAY, 1966.

<sup>10</sup> SMITH, A., 1976: Libro 1, cap. 2.

<sup>11</sup> *Ibid.*: «Entre los hombres [a diferencia de otros animales] la habilidad más peculiar es el uso de unos por otros, de los diferentes productos de sus respectivos talentos, a través de la disposición general a permutar, intercambiar y traficar, de modo que son recolectados, por así decirlo, en un *stock* común, del que cada hombre puede comprar la parte que pueda del producto de las habilidades de otros hombres».

<sup>12</sup> RIDLEY, 2003: 258-260.

contienen relaciones de intercambio. Sólo algunas están centradas sobre las relaciones de intercambio, de comercio y de mercado<sup>13</sup>.

Karl MARX no estaba en desacuerdo con esto, pero pensaba que el capitalismo comercial colapsaría necesariamente como consecuencia de sus contradicciones internas, de lo que surgiría el socialismo y la ausencia de toda dominación de seres humanos sobre seres humanos. Desde un punto de vista marxista el «permutar, intercambiar y traficar» no es una propensión humana universal, sino el producto del modo de producción mercantilista y capitalista. La creencia de que era un elemento universal de la naturaleza humana constituía en sí misma un elemento de la falsa conciencia generada por el sistema capitalista<sup>14</sup>. Por el momento, SMITH y sus seguidores parecen tener de su lado los mejores argumentos y el sorprendente respaldo de los nuevos descubrimientos de la ciencia de la vida. Pero aunque no sea así, es ciertamente verdad que mientras existan sociedades comerciales fundadas en torno a mercados libres, un elemento esencial de éstas será la persistencia de la propiedad y los contratos, y de las acciones judiciales de derecho privado<sup>15</sup>. Y lo son por lo ya visto, es decir, porque son una condición para la confianza impersonal que los mercados requieren. Lo que motiva el comportamiento económico no es el derecho, sino las ventajas que las personas pueden obtener a través de intercambios que hacen posible una especialización cada vez más profunda de la división del trabajo en el uso de los recursos disponibles. Esto permite la disminución de los costos de producción y la producción de muchos bienes que los hombres desean.

Podría sostenerse, no obstante, que tanto SMITH como MARX, el segundo más que el primero, distorsionaron la relación entre el derecho y la economía al tratar al derecho como mero complemento o reflejo de las formas económicas dentro de las que opera<sup>16</sup>. La versión de la «teoría de sistemas» propuesta en el capítulo X, a modo de lectura del trabajo de Niklas LUHMANN y Gunther TEUBNER, presenta estas cuestiones bajo una luz hasta cierto punto diferente. Las actividades de los seres humanos se llevan a cabo en el marco de subconjuntos de todo el sistema social que constituyen en sí

<sup>13</sup> Sobre todo esto, cfr. MACCORMICK, 1982f.

<sup>14</sup> MARX, 1972: 47-58 (cap. 1, sección final); para un texto en el que de hecho utiliza la expresión «falsa conciencia», véase la carta a MEHRING: «La ideología es un proceso llevado por el así llamado intelectual. Conscientemente, es verdad, pero con una falsa conciencia. El motivo real de las fuerzas que lo impulsan permanecen desconocidas para él; de otra manera simplemente no se trataría de un proceso ideológico. Por tanto, él imagina energías motivadoras falsas o aparentes» (TORR, 1934). Compárese COTTERRELL, 1995: cap. 6 («Law, Ideology and Power: The Marxist Tradition»), y COLLINS, 1982: 35-40.

<sup>15</sup> Compárese KINSEY, 1983: 1-36, discutiendo RENNER, 1949.

<sup>16</sup> Pero véase KINSEY, 1978: 207 sobre el supuesto modelo «base/superestructura» de la vinculación entre las relaciones de producción (relaciones económicas) y el derecho en el pensamiento de Marx.

sistemas más especializados de comunicación y acción. Cada uno tiene sus propios conceptos básicos de acuerdo a los que hace inteligible al mundo que lo rodea y responde a los *inputs* que proceden de éste, y ninguna de estas estructuras conceptuales es perfectamente traducible a alguna de las otras. La idea que algunas veces se adscribe a Marx, de que el derecho pertenece a la «superestructura» de la sociedad, mientras que las relaciones económicas forman su «base»<sup>17</sup> es, desde este punto de vista, claramente un error. Aquí estamos frente a sistemas que interactúan entre sí cada uno de los cuales se autocontiene en sus propios términos conceptuales (esto es la así llamada «autopoiesis») y que se conecta con los otros a través de lo que puede denominarse un «acoplamiento estructural»<sup>18</sup>. En consecuencia, éstos tienen interacciones y efectos recíprocos, pero no una relación de súper o subordinación entre sí.

Desde esta perspectiva, no resulta sorprendente que el «análisis económico del derecho» propuesto por Richard POSNER<sup>19</sup> y otros haya producido resultados tan interesantes y controvertidos. Una cuestión que es importante considerar, especialmente en áreas del derecho privado tales como la responsabilidad civil y los contratos, es qué reglas jurídicas o qué decisiones jurisprudenciales producirían el resultado más eficiente juzgado en términos económicos (o al menos más eficiente que el resto de las alternativas disponibles). Es correcto realizar una crítica económica a aquellas partes del derecho que cumplen la (o una) función de establecer un marco para actividades económicas interactivas, o de rectificar fallas del marco existente o en las posiciones de agentes particulares en éste. En cuanto al razonamiento jurídico en casos problemáticos, al menos en la medida en que resulte aceptable un razonamiento consecuencialista para la justificación de las decisiones, los argumentos acerca de lo que es más satisfactorio desde un punto de vista económico, es decir «eficiente», resultan evidentemente relevantes<sup>20</sup>. Mucho menos convincente resulta la aplicación de un razonamiento similar en otros dominios, tales como el derecho penal.

## 5. LA PROPIEDAD Y LAS OBLIGACIONES: EL ANÁLISIS INSTITUCIONAL

A esta altura resulta sensato detenerse un momento y presentar alguna reflexión teórica acerca de las principales instituciones del derecho priva-

<sup>17</sup> Véase la discusión en TAMANAHA, 2001: 40-43.

<sup>18</sup> LUHMANN, 2004: 381-5.

<sup>19</sup> Véase POSNER, 1972; HALPIN, 2006: 72-73.

<sup>20</sup> Cfr. MACCORMICK, 2005a: cap. 6; POSNER, 2001.

do, construida a partir de las posiciones ya establecidas. La propiedad y el contrato son ejemplos de lo que aquí se ha denominado «figuras institucionales». La propiedad es la institución por la cual las personas individuales pueden adquirir la titularidad de derechos en las cosas («derechos reales»). Esto les otorga el poder de poseer, controlar y usar las cosas en cuestión, incluyendo normalmente la potestad para transferir el derecho real del que son titulares a otra persona por medio de una venta, permuta o donación, y la potestad para arrendar o conceder el uso de la cosa a otra persona o personas. En el marco de la institución de los derechos reales el derecho de dominio es el más pleno y extenso de los derechos reales reconocidos.

La propiedad, por tanto, es la institución que permite que el valor de las cosas, tanto su valor de uso como su valor de cambio, pueda ser aprovechado por personas individuales, naturales o jurídicas. Las cosas en cuestión pueden ser, o bien cosas corporales que existen con independencia del derecho pero que son institucionalmente definidas como específicos bienes muebles o inmuebles, o bien pueden ser cosas incorpóreas, esto es, «cosas institucionales» que existen sólo en virtud de disposiciones jurídicas, tal como se puso de relieve en la previa discusión sobre la propiedad intelectual (cap. VIII).

El contrato es una institución jurídica por la que las personas son capaces de realizar transacciones jurídicamente eficaces con otros, y en virtud de la que contraen obligaciones y/o transfieren derechos sobre la base de actos unilaterales o bilaterales dirigidos a la otra parte y sujetos al consentimiento o aceptación de ésta. Detentan la potestad para celebrar contratos todas las personas que tienen la capacidad transaccional apropiada y que actúan en relación con cosas o acciones sobre las que tienen poderes suficientes, sin que concurran circunstancias que vicien su ejercicio tales como el error, la influencia indebida, la fuerza o el dolo. Esto está sujeto al consentimiento de la otra parte o partes, que también deberá actuar en ejercicio de la capacidad correspondiente sin la presencia de vicio alguno. Son obligaciones contractuales todos los deberes y los recíprocos «derechos-exigencia», y todas las potestades y responsabilidades mutuas a las que las partes han consentido expresa o tácitamente, y de las demás que por operación de la ley se impongan o que ésta suponga como parte del acto. Los términos de un contrato se contienen en cualquier instrumento que las partes hayan adoptado como registro de su transacción, o corresponden a lo que, por medio de algún otro medio de prueba, pueda demostrarse como lo acordado por las partes. Existen muchos tipos especializados de contratos que están sujetos a marcos específicos de regulación legislativa, muchos de ellos derivados de convenios internacionales o derecho transnacional (en particular el derecho comunitario europeo). El contrato es una institución universal de las sociedades comerciales, necesaria para toda forma

de comercio. El derecho de contratos está sujeto a variaciones locales en doctrinas como la de la «causa» o la «*consideration*» necesaria para que una obligación contractual resulte vinculante, o la de la relatividad de los contratos, o acerca de la extensión con que los derechos de terceros son exigibles, o sobre el régimen de prueba y los requisitos ulteriores que requiere una promesa unilateral para ser jurídicamente obligatoria. En todos los sistemas jurídicos existen además especialidades en el régimen jurídico de tipos especiales de contrato (por ejemplo, la compraventa de inmuebles), o de los contratos que recaen sobre algún determinado objeto (como la venta de bienes de consumo, o de seguros, o el contrato de transporte de bienes por tierra, mar o aire), o de contratos que tienen partes especiales (como los contratos de los consumidores).

Quizás decir que sin contratos las personas no podrían confiar las unas en las otras no es del todo exacto, pues si las personas no hubieran estado dispuestas a confiar en otros no hubieran podido desarrollar una institución como el contrato. Lo que sí es verdad, sin embargo, es que la exigibilidad jurídica de los contratos en las circunstancias definidas por el derecho constituye un garantía que facilita enormemente la credibilidad y la confianza aun en las condiciones impersonales de la sociedad civil y comercial. El contrato es así la institución en virtud de la cual resulta posible adscribirle a las cosas tanto valor de cambio como de uso<sup>21</sup>. Ni los economistas ni, por cierto, los comerciantes y las personas de negocios necesitan ser expertos en derecho. Pero aquello en lo que son expertos no podría existir sin el trasfondo de las instituciones fundamentales de la propiedad y el contrato, e instituciones satélites relacionadas tales como el *trust*, las sucesiones y la quiebra o insolvencia.

Las obligaciones de reparación y las de restitución son también fundamentales en derecho privado. Las obligaciones de reparación no son creadas, como las obligaciones contractuales, por actos destinados a crearlas. Éstas son producidas cuando las personas actúan de modo tal que infieren negligente o intencionalmente un daño a la integridad corporal o a la reputación de otro, o a sus bienes o al entorno en que se encuentra situado. El derecho de daños, o de los delitos y de (en ciertos sistemas) los cuasidelitos (*délit, quasi-délit*) civiles, identifica y regula los tipos de comportamiento mediante los que se contrae la obligación de compensar mediante una indemnización en dinero u otra forma de reparación el daño causado, y en algunos casos estableciendo incluso el pago de daños punitivos o de una responsabilidad agravada que va más allá de la mera medida de la com-

---

<sup>21</sup> La distinción entre el valor que tiene algo en tanto que se usa y de su valor en tanto que mercancía, fue trazada del modo más explícito por MARX, 1972: vol. 1, Parte 1, ss. 1-3.

pensación. De gran importancia resulta aquí la idea de relación causal<sup>22</sup>. El derecho debe determinar qué constituye un vínculo causal suficiente entre un daño sufrido por una persona y un acto u omisión de otra, para que pueda imputársele a ésta el daño como el resultado jurídicamente relevante del acto u omisión que se le atribuye.

Las obligaciones de reparación, que exigen que una persona rectifique el daño causado a otra, se justifican por el principio de que las personas tienen el derecho a no ser lesionadas en su persona o en sus propiedades, y a no sufrir intromisiones en ninguno de sus derechos de propiedad<sup>23</sup>. Formal y cualitativamente estos derechos son los mismos para todos, pero en su contenido éstos pueden exhibir desigualdades considerables en términos cuantitativos. Esto depende de las diferencias en las propiedades que poseen las personas, y de las ganancias que han obtenido a través de la elaborada red de contratos que se entrelazan formando la economía de mercado y del empleo de muchas personas en muchas tareas de ésta o auxiliares a ésta. La justicia distributiva (una preocupación central de muchas instituciones de derecho público) está llamada a reducir o rectificar las desigualdades de este tipo. De acuerdo a los principios predominantes en el derecho y, aunque se discute, también en la moral, ni la desigualdad ni las intervenciones del derecho público en favor de la justicia distributiva justifican apartarse de la igualdad formal asegurada por el régimen jurídico de justicia correctiva<sup>24</sup> que constituye al derecho de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, la nueva legislación acerca de (por ejemplo) el derecho de los consumidores interviene el derecho privado modificando el derecho de la responsabilidad civil extracontractual (y el derecho de contratos) con la finalidad de dar cuenta adecuadamente de la existencia de diferencias de poder de negociación o de las fuerzas económicas<sup>25</sup>. Algo similar podría decirse acerca de la legislación acerca de arrendamientos de inmuebles, y de otros casos relevantes en las demás áreas del derecho privado.

La protección que concede el derecho de la responsabilidad civil extracontractual contra daños causados por conductas imprudentes infringiría la igualdad formal si el estándar de debido cuidado fuera subjetivo, como «toda persona debe adoptar el mayor cuidado del que sea capaz». Resulta mucho más adecuado un estándar objetivo, como el test del cuidado que hubiera tenido una persona razonable (antiguamente un hombre razonable)

<sup>22</sup> HART y HONORE, 1985; PECZENIK, 1979.

<sup>23</sup> MACCORMICK, 1982a: 214-219.

<sup>24</sup> Sobre la justicia correctiva como la base del derecho privado, WEINRIE, 1995. Cfr. MACCORMICK, 1982g.

<sup>25</sup> Cfr. CANE, 2002: 186-190.

para evitar un cierto tipo de daño<sup>26</sup>. Esto se hace operativo por la vía de postular un deber de adoptar un cuidado razonable para evitar inferir daños pre-  
visibles junto con la responsabilidad de compensar las consecuencias lesivas  
suficientemente próximas que se sigan de la infracción a tal deber, sea no o  
dolosa. Éste es, por cierto, el estándar aplicado por el derecho inglés y esco-  
cés contemporáneo, y en los demás países que forman parte de la tradición  
del *common law*. La implementación de este estándar supone la atribución  
de daños reparables. Éstos son cuantificados únicamente en atención de los  
perjuicios relevantes e indemnizables que haya sufrido la víctima, sin que  
(a diferencia de lo que sucede con la pena) tengan alguna forma de propor-  
ción con la culpa del agente, la que puede ser, de hecho, muy leve o incluso  
inexistente desde un punto de vista moral. La contratación de seguros para  
cubrir la responsabilidad por daños a terceros es estimulada y, en efecto, en  
algunos casos (como para la conducción de vehículos) impuesta<sup>27</sup>. Por el  
contrario, el derecho no acepta de ningún modo la posibilidad de asegurarse  
frente al riesgo de sanciones penales. Permitir esto privaría al derecho penal  
de su función en la realización de la justicia retributiva del modo en que se  
ha discutido anteriormente.

En ocasiones uno se encuentra con la tendencia de que se habla y se  
escribe como si quienes cometieran daños y aquellos que lo sufrieran (con-  
ductores y peatones, productores y consumidores, quienes habitan ciertos  
lugares y quienes ingresan en lugares habitados, etc.) pertenecieran a clases  
diferentes de personas. Y puede así (mal)entenderse que el derecho man-  
tiene un equilibrio entre estas clases diferentes. Esto es falaz. La mayoría  
de las personas en tiempos diferentes se encuentra en uno u otro lado de  
estos pares de roles. Algunas veces uno conduce, otras uno camina; todos  
consumimos y la mayoría de las personas está activamente involucrada en,  
o al menos financieramente interesada en, algún aspecto de la producción  
de bienes y servicios; casi todos algunas veces recibimos huéspedes y otras  
veces somos visitantes. Durante el transcurso de la vida, uno no es, salvo en  
casos muy desafortunados, ni exclusivamente víctima de daños ni exclusi-  
vamente autor (potencial o actual) de daños. Uno es ambas cosas. Los seres  
humanos tienen intereses tanto en las libertades adecuadas a su carácter en  
tanto que agentes racionales e intencionales como en la protección frente a  
los daños razonablemente evitables y en el respeto de las propiedades de las

<sup>26</sup> Sobre la razonabilidad, véase MACCORMICK, 2005a: cap. 9.

<sup>27</sup> CANE, 2002: 225-250 (capítulo sobre «*Realising Responsibility*») contiene al mismo tiem-  
po una explicación realista de la práctica de la resolución de disputas, y una excelente explicación  
de la relación entre responsabilidad y seguros de responsabilidad, contrastando la responsabilidad  
civil con la penal (242-249). Considérese también su detallada discusión de las cuestiones que  
recaen sobre la responsabilidad por hechos de terceros y de responsabilidad estricta, y sobre la  
interrelación de estas cuestiones con el principio de causalidad.

que son titulares conforme al derecho. Éstas son, en verdad, dos caras de la misma moneda<sup>28</sup>. En efecto, la agencia libre y racional exige a un tiempo (como KANT reconoció plenamente) la protección efectiva frente a intervenciones externas y las condiciones necesarias para actuar y participar en la sociedad civil.

La justicia correctiva jurídicamente constituida tiene por objeto obtener un equilibrio, pero no se trata de un equilibrio entre dos clases diferentes de personas. Es un equilibrio entre diferentes aspectos de los intereses de todo ser humano que participa en la vida de la sociedad civil. Cuando los sistemas económico y político de un Estado se quedan muy por debajo de las exigencias de la justicia distributiva, incluso sus sistemas de justicia correctiva tienden a encarnar formas inaceptables y opresivas de discriminación de clase. Esto constituye, sin embargo, una condición patológica, no algo que sea inherente a la idea de justicia correctiva que es sostenida a través del derecho privado.

La protección de los derechos, y particularmente del derecho de propiedad<sup>29</sup>, es un proyecto que supone la existencia de la responsabilidad estricta, y la justifica nuevamente sobre la base de la igualdad de protección. La responsabilidad por hechos de terceros protege a todos frente a los mayores riesgos de daño que provienen de las actividades organizadas en las economías industriales y posindustriales, que se caracterizan por la división del trabajo y el empleo de muchas manos en la ejecución de tareas comunes, y por las actividades económicas integradas a gran escala. Esto no supone atribuir caprichosamente responsabilidad a alguien por desafortunados accidentes que no son culpa de él mismo sino de otros. Es la rectificación de un exceso del individualismo del sistema de derecho privado justificada por razones de justicia distributiva, con el objeto de asegurar una razonable y continua protección de los seres humanos en sus roles pasivos más que activos.

Las obligaciones de reparación emergen de conductas que causan daño. Las obligaciones de restitución surgen de acciones por las que una persona da algún tipo de beneficio a otra sin la intención de hacer una donación. En la medida en que en estos casos una persona puede enriquecerse accidentalmente a expensas de otra, debe hacerse una restitución que no podrá exceder del beneficio que efectivamente se haya obtenido. El principio subyacente aquí, de que uno no ha de enriquecerse a costa ajena, destaca el valor de un mercado basado en los intercambios —el enriquecimiento sin causa no recibe la protección que se le otorga a aquél obtenido por medio de convenciones propias del ámbito del derecho de contratos—.

<sup>28</sup> CANE, 2002: 94, 99-100.

<sup>29</sup> *Ibid.*: 197-198; cfr. 85-87 y 175-177 sobre responsabilidad estricta y por hecho ajeno.

## 6. DERECHO, ECONOMÍA E INFORMACIÓN

Los mercados son irracionales, en el sentido nadie planifica, ni podría planificar, los resultados que se obtienen minuto a minuto de todos los intercambios que los agentes realizan. Pero pueden ser comprendidos como sistemas de información capaces de dar con la mayor rapidez señales positivas o negativas sobre si existe o no una demanda que esté dispuesta a recompensar adecuadamente los esfuerzos invertidos en una forma de actividad determinada. Ellos son, por tanto, un contexto para la adopción de decisiones racionales<sup>30</sup>.

En la era de la informática, la información en sí se vuelve un objeto susceptible de propiedad, valorado por sus usos y aplicaciones, y adquiere valor de cambio por el hecho mismo de ser susceptible de empaquetarse en unidades. Aquélla resulta así reificada, es decir, convertida a «cosas institucionales», a formas de «propiedad intelectual». Es instructivo reflexionar acerca de la propiedad intelectual porque ilumina la relación que existe entre el derecho y la economía. El que un conjunto de normas convierta estos objetos en «propiedades» depende de que incluya normas que faciliten las transferencias. Estas transferencias entre personas pueden recaer sobre el bien mismo objeto de propiedad, algún derecho de reproducción en particular o la patente particular en sí misma, o sobre alguno de sus incidentes, como en el caso de las licencias para imprimir copias de una obra literaria o para producir bienes por medio del proceso patentado. Las transferencias suponen un contrato y los contratos implican alguna contraprestación a cambio de la transferencia total o parcial. La reificación de privilegios exclusivos de este tipo, convirtiéndolos en entidades transferibles interpersonalmente, no sólo comercializa las creaciones y las invenciones, sino que las transforma en un proceso de creación de nueva riqueza, de bienes transables.

En este caso se invierte la relación normal entre valor de uso y valor de cambio. Las cosas físicas y la tierra tienen un valor de uso para los seres humanos con independencia de que sean intercambiables; éstas tienen, de hecho, un valor de uso para otros animales que nada saben acerca de intercambios y valores de mercado. Objetos de este tipo adquieren valor de cambio en las sociedades comerciales sobre la base última de su valor de uso. Nadie compraría o vendería avena si no sirviera para alimentar a los escoceses o criar caballos, adaptando una observación (originalmente más bien despectiva) del diccionario de Samuel JOHNSON<sup>31</sup>. Las cosas que tienen un uso para las perso-

<sup>30</sup> HAYEK, 1993: 107-132, especialmente en 115-120, acerca de los mercados como sistemas de información.

<sup>31</sup> JOHNSON, 1755: «Avena... grano que en Inglaterra generalmente se da a los caballos, pero que en Escocia es el sustento de la gente».

nas pueden ser intercambiadas, y el sentido tanto de los contratos como del mercado es el de que las cosas útiles lleguen a las manos de quienes valoran más su uso. El dinero también, por decir lo menos, contribuye a esta finalidad; y la introducción de monedas y luego de billetes supone la invención de un tipo de cosa cuyo uso primario es facilitar los intercambios.

Tal como el dinero en este respecto, los ítems de propiedad intelectual tienen un valor de uso en virtud del régimen que les otorga valor de cambio. Si bien es cierto que están conectados con objetos útiles (libros o medicamentos patentados, por ejemplo), no son en sí los objetos que se usan, sino más bien el patrón o el molde de lo que es producido y usado. Como Jim HARRIS ha apuntado, esto es una forma de capturar y convertir en algo exclusivo lo que no es naturalmente escaso ni exclusivo, como las ideas, pues todos pueden considerar mis ideas sin deteriorarlas y mientras las consideran o invitan a otros a hacerlo no me veo impedido de usarlas<sup>32</sup>. El derecho, al reificar la propiedad intelectual, crea una escasez artificial por la vía de asignar un privilegio exclusivo de explotación a la persona que califica como propietaria o cesionario de la cosa institucional relevante. De este modo se hace posible el valor de cambio, en la medida que efectivamente exista demanda por los frutos del ejercicio del privilegio. Todo esto deja bastante claro que los derechos de propiedad intelectual son creaciones del derecho estatal. Entonces, ¿cuán extensos son los derechos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual y sobre qué pueden ser ejercidos?

De acuerdo al presente análisis, la respuesta a estas cuestiones depende casi completamente del régimen jurídico particular. Cuán lejos se extiende un derecho de propiedad intelectual depende de la extensión de las reglas de intromisión, y del número y extensión de sus excepciones. En el caso de los derechos de *copyright* no se puede reproducir la obra respectiva, o alguna parte de ella, salvo en casos excepcionales. El «uso razonable» constituye una de estas excepciones. ¿Pero qué se entiende por «uso razonable» y cuánto abarca? Esto algo que depende simplemente de las reglas jurídicas que se establezcan y de la interpretación que los tribunales adopten al momento de aplicarlas.

No todos están de acuerdo con esto. Existe una tendencia sobre todo en las tradiciones que fundan el derecho económico de explotación en el derecho moral de autor —*le droit morale de l'auteur*— a concebir este derecho de explotación y a los demás derechos relacionados como derechos naturales. Alguien podría argumentar que así como las creaciones artísticas o literarias expresan el alma del autor, así el que otros se apropien de estas obras supone una forma de esclavitud. Pero esto prueba demasiado o de-

---

<sup>32</sup> HARRIS, 1996: 42-44.

masiado poco. Prueba demasiado poco, en la medida en que no explica por qué alguien debería poder apropiarse de un privilegio exclusivo de publicación; demasiado, en la medida en que sugiere que sólo las obras literarias expresivas deberían otorgar derechos de reproducción. Existen por supuesto importantes razones de justicia de por qué el derecho del autor debiera ser primario *si es que* se adopta o se mantiene un régimen de derechos de reproducción. Más aún, se podría defender la creación de disposiciones jurídicas especiales destinadas a proteger a autores empobrecidos frente a las exacciones leoninas de los editores, como la que sufrió Robert Burns que vendió por muy poco los derechos de la «Kirmarnock Edition» de sus posteriormente muy aclamados poemas. Pero esto no responde a la pregunta de si proteger o no, y por qué proteger, los derechos de reproducción, y lo mismo con respecto de las patentes, las marcas comerciales, los *droits de suite*, los derechos de diseño y similares.

Nadie tuvo una conciencia más aguda acerca de esto que Adam Smith, quien tenía una concepción más bien desfavorable de los privilegios exclusivos. Éstos, pensaba él, no tenían analogía en la naturaleza (si bien concedía que un cazador que elegía un venado y lo perseguía hasta casi dejarlo exhausto tenía un fundamento natural para sentirse indignado si alguien hasta entonces inactivo intervenía para matar el animal y luego reclamar el venado para sí). Él sostuvo que los privilegios exclusivos deben mirarse como criaturas del derecho positivo<sup>33</sup>. Y como suponían alteraciones del orden natural de libertad, requerían de una justificación especial. El incentivo de la inversión le parecía una justificación viable.

En un período de desarrollo de lo agrario, por ejemplo, puede parecer deseable invertir en la construcción de un molino para ayudar a la población campesina a transitar desde la producción para la subsistencia a la producción para el mercado. Para estimular a alguien a construir un molino puede que sea necesario garantizarle el retorno de la inversión inicial y, en esa medida, afirmó Smith, puede establecerse justificadamente un derecho de monopolio temporalmente limitado. La limitación temporal resulta importante, pues la exclusividad del privilegio debe ser vista como una alteración del orden de libertad natural y por tanto como algo que no puede extenderse sino hasta donde llega su justificación. La justificación es, pues, esencialmente utilitarista. Existe un beneficio público que puede obtenerse por la vía de estimular ciertos tipos de inversión, y el mínimo estímulo necesario para el beneficio óptimo es todo cuanto puede justificarse o debiera ser adoptado por medio del derecho positivo<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> SMITH, 1978: 81-82.

<sup>34</sup> SMITH, 1978: 85-86; cfr. MACQUEEN, 1995.

Ciertamente uno no tiene por qué aceptar este argumento de SMITH, todo lo dicho por SMITH, y nada más que lo que dijo SMITH. Pero en el contexto de los argumentos contemporáneos, muchos de los cuales están fuertemente influidos por intereses empresariales, puede resultar importante buscar argumentos sólo para oponerse a las excesivas demandas en nombre los derechos de propiedad intelectual. Para este fin, es al menos útil el argumento *ad hominem* de que aquellos que aclaman el pensamiento económico de SMITH debieran prestar más atención al pensamiento jurídico de SMITH. Un buen ejemplo puede encontrarse en los acalorados debates acerca de la segunda lectura de la directiva sobre derechos de autor en el Parlamento Europeo que concluyó en el año 2000, o en la controversia acerca de la propuesta de permitir patentes respecto de ítems de *software* informático que finalmente fue abandonado en 2005. Los editores, especialmente los sellos discográficos, teniendo en mente especialmente hechos tales como la publicación en internet, o la copia de cosas como los CD vía internet, percibían fuertemente la necesidad de que se impusieran las más fuertes restricciones a cualquier excepción, como las que el «uso razonable» impone a los titulares del derecho de reproducción. Los bibliotecarios de las universidades, y otros bibliotecarios públicos, estaban por su parte alarmados por el efecto porque algunas restricciones propuestas les habrían impedido seguir proveyendo sus servicios sin incurrir en (e inevitablemente traspasar al consumidor final) masivos nuevos costes en concepto de *copyright*. Hubo quienes discutían acerca del asunto alegando efectivamente que se estaba robando a autores, artistas y músicos, y a sus editores. Las agencias recolectoras favorecían el pago de los aranceles, debidamente conscientes sin duda de la tajada que les tocaría. Pero el argumento que prevaleció, con razón, es el siguiente: donde no hay propiedad, o más allá de hasta donde se extiende la propiedad, no hay robo.

En el caso de las patentes de *software*, los pequeños empresarios envueltos en el desarrollo de *software* arguyeron que toda la protección que necesitaban ya la proveía el régimen jurídico de la propiedad intelectual. Más aún, sostuvieron que las patentes eran de todos modos conceptualmente ineptas para el caso del *software* considerando que tiene un carácter «no técnico» en las operaciones de manejo de datos. La introducción del régimen de patentes enfriaría el desarrollo de *software* a través de pequeñas empresas independientes, en beneficio de productores monopolistas de gran escala como Microsoft.

El argumento que deriva de Adam SMITH resulta instructivo en este contexto. Los derechos de propiedad en el ámbito de los derechos de reproducción deberían extenderse mientras, en el balance del bien público, se obtenga valor a partir de la extensión. Existe un gran beneficio público involucrado en la mantención de derechos de uso razonable en bibliotecas

abiertas al público en general o a la comunidad académica. Los límites del «uso razonable» deberían mantenerse en formas que sean adecuadas a algunas de las realidades de la era de internet.

Esto plantea algunos problemas adicionales relacionados. ¿Será demasiado fácil para las grandes multinacionales presentar procesos relativamente comunes como si fueran novedosos para tratar de obtener una patente de modo que les permita obtener rentas monopólicas a costa de la gente más pobre? El desarrollo de la investigación genética y el proceso enormemente interesante de la reconstrucción de la secuencia del genoma humano presentan cuestiones ulteriores. Por una parte, parece que aquí estamos llegando a un ámbito que tiene que ser dejado completamente fuera de los derechos de propiedad intelectual como *res extra commercium*, pues la posesión del código para la individualidad de cada individuo no puede hacerse en el interés público propiedad de nadie<sup>35</sup>. Por la otra, se cae de lleno en el problema de diferenciar entre descubrimientos y procesos. En un mundo en el que se valora adecuadamente la ciencia y la academia, la idea de una propiedad sobre el conocimiento de hechos, aunque se trate de hechos recién descubiertos, constituye un pecado en contra del espíritu de la investigación. Pero, con todo, siguen teniendo fuerza, dentro de ciertos límites, los argumentos a favor de privilegios exclusivos temporalmente limitados sobre procesos de producción recientemente desarrollados, porque permitirían recuperar los costos de investigación y desarrollo hasta el punto de encontrar aplicaciones que sean útiles a los seres humanos. Para esto todavía nos resulta útil el análisis de SMITH sobre el caso monopolio del molino en el contexto del desarrollo rural.

Éste no es el contexto apropiado para desarrollar una respuesta práctica detallada acerca de los problemas con los límites de los derechos de propiedad intelectual en relación con la investigación genética. Pero reflexionar acerca del aparato conceptual puede al menos ayudar a precisar los principios que están en juego en la justificación del ámbito de vigencia de los derechos de propiedad intelectual y en la determinación de sus límites. El argumento de que los científicos siempre dependerán del ingreso generado por la explotación de los derechos de propiedad intelectual para financiar la investigación de asuntos cuyo conocimiento es deseable (y potencialmente lucrativo), no merece, por cierto, un crédito absoluto. En efecto, este argumento presupone lo que debe demostrar, que el conocimiento recae sobre cosas que deben, o pueden, formar parte del conocimiento explotable económicamente en la esfera del comercio. Pero existen otras formas y condiciones en las que puede desenvolverse la búsqueda del conocimiento, y

---

<sup>35</sup> Cfr. SULSTON y FERRY, 2002.

puede haber casos en los que la inversión pública sea más apropiada e igual de eficiente<sup>36</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

No es el propósito de este capítulo ofrecer siquiera un resumen de la enorme producción académica en torno a temas como el derecho de bienes (incluyendo la propiedad intelectual), el derecho de contratos, el derecho del *trust*, el derecho de las sociedades y asociaciones, el derecho del trabajo, el derecho del consumidor, el derecho de la responsabilidad extracontractual, y del derecho de las restituciones y el enriquecimiento sin causa. De manera similar, se ha considerado sólo de una forma muy sumaria el derecho relacionado con los tribunales civiles y las acciones que pueden interponerse ante éstos por infracciones a los derechos y para la reparación de los daños ilícitamente causados. La tesis es que la sociedad civil es y puede ser el teatro de la actividad económica, en particular de la libre actividad económica desarrollada a través de los mercados o influida por éstos, sólo cuando existen las condiciones marco que estas instituciones de derecho privado establecen. Ellas no son causas de la actividad económica, pero son condiciones para su existencia. Es razonable juzgar la adecuación de las disposiciones del derecho privado por referencia a la contribución que realizan y los obstáculos que oponen a la eficiencia económica medida en conformidad con alguna versión adecuada de la teoría económica. No debe olvidarse, sin embargo, que no son sólo condiciones para la actividad económica. Son centrales para la idea de un esquema común de justicia que todos los ciudadanos puedan reconocer como generalmente justo. En tanto que relevantes para este esquema común de justicia, constituyen un elemento de las condiciones de civilidad en la sociedad civil. No debe asumirse que la teoría económica constituya por sí misma una teoría de la justicia adecuada.

---

<sup>36</sup> SULSTON y FERRY, 2002: 260-279. MASON y LAURIE, 2005: 206-252.

CUARTA PARTE  
DERECHO, MORAL Y METODOLOGÍA



Entre las diversas consecuencias que se siguen de la parte tercera, ésta ciertamente desalienta la idea de que el derecho o su exposición doctrinal puedan ser en algún sentido relevante «libre de valores». Inevitablemente, entonces, se deben enfrentar ahora las cuestiones concernientes a la relación entre derecho y moral, pues puede ser que los valores implícitos en el derecho sean en general, y no sólo en el derecho penal como se discutió en el capítulo XII, valores morales. Puede ser que éstos impongan restricciones sobre qué es posible concebir como derecho. Estas cuestiones han estado durante muchos años en el centro del debate entre dos aproximaciones generales a la teoría del derecho: el positivismo jurídico y la teoría del derecho natural.

Algunas veces este debate se desenvuelve sobre el aparente supuesto de que el derecho y la juridicidad pueden ser problemáticos, pero que la moral y la moralidad tienen un carácter incontrovertible. Parece más plausible, sin embargo, suponer lo inverso. Normalmente resulta más fácil establecer lo que el derecho exige respecto de un determinado caso que establecer lo que la moral exige. Esto se debe precisamente al carácter institucional del derecho, creado y aplicado por agencias dotadas de autoridad. La moral se diferencia del derecho primariamente en que es normativa pero no institucionalizada. De acuerdo a una aproximación, la moral tiene el importante rasgo de que consagra y depende de la autonomía moral de los agentes. Esto pone de relieve una distinción fundamental entre el derecho y la moral, a pesar de que ambos se ocupan normalmente de cuestiones similares. El capítulo XIV desarrolla un argumento con este fin.

Establecida la distinción, sin embargo, ésta no justifica la conclusión de que el derecho pueda tener cualquier contenido que sea. Con todo lo controvertible que son las preguntas morales profundas, es indiscutible que alguna orientación a la justicia y al bien común resulta esencial para la legítima participación en la creación legislativa del derecho y para la creación y

aplicación judicial del derecho. Más todavía, el hecho, si es que lo es, de que personas razonables pueden razonablemente estar en desacuerdo acerca de muchas cuestiones relacionadas con la justicia, no implica en modo alguno que no existan márgenes que limiten lo que puede ser razonablemente entendido como justicia. Existe actualmente mucho desacuerdo acerca de las condiciones exactas bajo las que una guerra es justa, así como sobre dónde trazar la línea entre causar «daños colaterales» mientras se ataca legítimamente blancos militares y el ataque ilegítimo a civiles. Esto no significa, empero, que pueda argumentarse razonablemente que los actos de violencia deliberadamente dirigidos a civiles puedan ser en sí mismo justificables. El genocidio no constituye un proyecto justificable en ninguna posición moral razonablemente sostenible por un agente moral razonable. Es perfectamente posible y razonable, en consecuencia, establecer límites sobre lo que puede ser aceptado como derecho válido. Disposiciones que no puedan ser justificadas por referencia a algún argumento moral razonable no deberían ser consideradas leyes válidas. Este argumento es expuesto en el capítulo XV.

En el capítulo XVI, finalmente, se considerará y se tratará de refutar objeciones que posiblemente pueden plantearse a los métodos adoptados en este libro en relación con el estudio del derecho y de los conceptos jurídicos, y la línea que adopta acerca de la posibilidad de adscribir algún tipo de estatus científico a las disciplinas que se ocupan del estudio del derecho. Se desarrollará una posición que respalde la metodología de investigación analítico-interpretativa intrínseca a la presente versión de la teoría institucional del derecho.

## CAPÍTULO XIV

# DERECHO POSITIVO Y AUTONOMÍA MORAL

### 1. INTRODUCCIÓN

La presente explicación institucionalista del derecho deja a la vista claramente el carácter «positivo» de las disposiciones legales establecidas en tratados, constituciones, leyes, normas administrativas y en sentencias de los tribunales. Donde el precedente es considerado una fuente de derecho, pueden agregarse las reglas y principios que se derivan de las razones ofrecidas para tales decisiones. El carácter «positivo» del derecho no es más que el atributo de que es establecido a través de actos humanos intencionales que tienen por objeto regular la conducta humana. Con «*jus positivum*» se hace referencia al «derecho establecido» y «derecho positivo» es la traducción «*jus positivum*».

Uno de los sentidos en que las personas hablan comúnmente de «el derecho» o de «el derecho de este país» (cualquiera que sea), se refiere simplemente al conjunto de disposiciones jurídicas establecidas (o «puestas»). Tal vez sea más preciso decir que es el conjunto de disposiciones establecidas que son válidas en y para ese país (son válidas para ese país en virtud de criterios que son en sí mismos intrínsecos al orden jurídico entendido como un todo). Las agencias institucionales tales como la legislatura, los órganos administrativos con potestades normativas y los miembros del poder judicial tienen la tarea de establecer los distintos tipos relevantes de disposiciones normativas. Cuando éstos ejercen sus potestades correctamente, lo que ellos producen es derecho válido. Todo lo que valga como derecho debe ser respetado por todos aquellos a quienes vincula ese derecho, esto es, todos los

ciudadanos y personas que residen en el territorio del país en cuestión. De otro modo, lo que realicen constituirá un acto jurídicamente ilícito o (cuando se ha pretendido ejercer una potestad) un acto jurídicamente inválido.

El derecho de los Estados, de las regiones y países parcialmente autónomos dentro de los Estados o las comunidades transnacionales *sui generis* tales como la Unión Europea, o de las asociaciones u organizaciones internacionales, está compuesto en una enorme medida por normas positivas, en este sentido de «positivas». Tales normas positivas se contienen en textos normativos, y son almacenados electrónicamente o en libros impresos y similares. Su encarnación física o electrónica no es algo que requiera ser explicado en el presente contexto. El hecho de que su contenido semántico corresponda a un conjunto de normas (reglas, principios o decisiones) resulta de interés, pero ya ha sido explicado con alguna extensión. Es una cuestión de hechos institucionales.

## 2. EXPLICANDO EL CARÁCTER POSITIVO DEL DERECHO

La positividad ha sido explicada en ocasiones en términos de voluntad política. La poseen las reglas que son establecidas a través de actos de voluntad de un superior político dirigidos a inferiores políticos y cuya vigencia es sostenida por la voluntad del primero, actuando personalmente o a través de subordinados que detentan poderes delegados de mando y coerción. Las instancias históricas y comparadas que parecen aproximarse mejor a esta imagen son, sin embargo, casos de dictaduras, sea de una figura política carismática o de un autócrata o monarca absoluto hereditario. Lejos de constituir un ejemplo central o conspicuo de derecho en el sentido del Estado de derecho, o del Estado (federación o confederación) constitucional democrático, lo que las dictaduras exhiben es algo que sólo un sentido muy cuestionable constituye una forma de gobierno legal y no una arbitraria. Se abusa de los procedimientos penales para reprimir a los enemigos del régimen, y el derecho público o bien deja de existir o consiste en garantías cuya discreción es tan vaga y general que no pueden ser controladas en la práctica. El derecho privado puede sobrevivir, pero sólo de una forma fantasmagórica debido a la erosión que sufre a través de la corrupción y las intervenciones arbitrarias que debilitan la confianza en las obligaciones contractuales y los derechos de propiedad.

Una respuesta a esta objeción podría argumentar que la voluntad de los dictadores no es la única que podría estar en juego. ¿Qué sucede con la voluntad de todo el pueblo de un país democrático, que establece una constitución y vigila el ejercicio de las potestades públicas por parte de los distintos

órganos constitucionalmente establecidos? ¿O qué sucede con la voluntad de los representantes en un parlamento elegidos por el pueblo en circunstancias en las que los parlamentarios reconocen que ellos deben respetar la independencia de la judicatura y ejercer ellos mismos algún control sobre el ejecutivo? Uno puede razonablemente imputar un cierto tipo de voluntad común y coherente al Estado en sí o al pueblo del Estado en tanto que órgano, en la medida en que exista alguna coordinación efectiva en la actuación de las agencias constitucionales (que son agencias institucionales) que ejercen potestades públicas. La positividad del derecho, entonces, depende de que éste sea la voluntad del Estado o del pueblo.

Esto no puede objetarse en lo más mínimo, pero carece de valor explicativo. Un voluntad única dominante, una real voluntad psicológica, es quizás algo que se pueda identificar con relativa facilidad en el caso de una dictadura personalista o de una oligarquía fuertemente unida. Ésta podría ser genuinamente identificada como dirigiendo el impulso que yace tras toda o gran parte de la acción estatal, y formular una explicación en estos términos podría, en principio, ser iluminador. Pero una voluntad psicológica real unitaria como ésta no puede encontrarse en los órdenes institucionales complejos como los que caracterizan a un Estado constitucional democrático. La voluntad en tales Estados es algo puramente imputado, una imputación que sólo tiene sentido en el contexto de una acción política coherente y de una lectura coherente del derecho que emerge de tal acción. Esto depende de que las personas que ejercen los cargos institucionales se comporten de modo que muestre respeto por las normas coordinadoras. Depende además de que haya una supervisión crítica sobre quienes detentan estos cargos por las personas de otras ramas del Estado, de los medios y del mundo académico, quienes deben intervenir mostrando también respeto por las mismas normas de coordinación (reglas y principios del derecho constitucional, convenciones de la constitución y similares). Antes de que se realicen las condiciones para la inteligibilidad de la imputación de una voluntad concertada al Estado, quienes detentan cargos públicos ya deben respetar estas limitaciones. Pero si ellos ya están respetando estas limitaciones, ya están respetando el derecho, entonces la voluntad que se imputa al Estado es una consecuencia, no la causa, de la existencia del derecho en un Estado de derecho.

La clave para entender un orden normativo reside más bien en el usuario de las normas que en el creador de las mismas. Los seres humanos son usuarios de normas por naturaleza. No serían capaces de hablar, ni de coordinar acciones a distancia, ni por tanto tendrían ninguna división social del trabajo, si no fueran usuarios de normas. La teoría institucional del derecho puede, en consecuencia, dar una explicación más adecuada e inteligible de esos cuerpos de normas más elaborados como los que se encuentran en los sistemas jurídicos, que las teorías que de una u otra manera siguen todavía

postulando «actos de voluntad» en la base tanto de la normatividad en sí misma como del carácter positivo de las normas institucionales. Pero esto no quiere decir que los actos legislativos de voluntad, o los actos de voluntad judiciales o administrativos, no sean importantes. Éstos son enormemente importantes para explicar la positividad del derecho, pero no para el nivel más fundamental de su carácter normativo.

El derecho público se ocupa tanto de la efectividad del gobierno como del respeto por la justicia distributiva. El derecho penal a través de las penas y la amenaza de su imposición sostiene elementos morales fundamentales que están relacionados con la paz social. El derecho privado mantiene elementos esenciales para la vida privada y para las condiciones de algún tipo de economía social de mercado. En el corazón de las principales divisiones del derecho se encuentra la distinción entre justicia distributiva, justicia retributiva y justicia correctiva. Pero todos estos son temas altamente controvertidos. El mensaje obvio que se deriva de todas las luchas partisanas importantes que tienen lugar en todos los sistemas democráticos de gobierno es que las personas se preocupan profundamente por la justicia y exigen que el derecho exprese una visión de la justicia, pero están en desacuerdo acerca de qué exige la justicia. Desacuerdos de este tipo pueden tal vez ser contenidos en pequeñas comunidades cara a cara, pues las personas pueden sobrellevarlos consensualmente con compromisos más o menos explícitos entre concepciones opuestas. Todavía hoy, esto puede observarse en muchas familias extendidas, o en algunas comunidades de trabajo como las facultades o *colleges* y los departamentos universitarios, o en las sociedades colectivas o en asociaciones profesionales que no se han expandido a una escala industrial colosal. Pero estos compromisos tácitos normalmente no resultan suficientes en sociedades de gran escala que se basan en esas formas impersonales de confianza e interacción que hemos considerado especialmente en relación con las condiciones de una economía de mercado extensiva<sup>1</sup>. ¿Cómo pueden manejarse estos desacuerdos?

Ya sabemos la respuesta: se confía a las agencias institucionales del Estado la decisión de las cuestiones que pueden dar lugar a un desacuerdo actual o potencial. La legislatura debe pronunciarse acerca de las reglas generales, posiblemente con declaraciones sobre los principios generales contenidos en el cuerpo de reglas que se ha establecido, aunque quizás sólo de un modo implícito. Los ministros y las agencias administrativas deben ejercer sus poderes, para dictar normas y para adoptar decisiones específicas, dentro de los límites que constitucional y legislativamente se han establecido sobre su discreción. Los tribunales deben decidir casos

---

<sup>1</sup> Cfr. WALDRON, 1999: 2-8.

particulares de acuerdo a procedimientos adecuados a los principales ámbitos del derecho (público, penal o privado y comercial), y deben aplicar las reglas establecidas interpretándolas de un modo justo y razonable. La razonabilidad de un proceso de toma de decisiones razonable no es algo que pueda ser, ni siquiera en principio, objeto de regulación por reglas establecidas en ejercicio de potestades normativas, pues consiste simplemente en la aplicación de la razón práctica general a la tarea específica de la adopción institucional de decisiones en el contexto de un cuerpo de derecho ya puesto. La aplicación de esta razón práctica es expresada en las razones justificatorias que los jueces esgrimen para sus decisiones<sup>2</sup>. Incluso cuando las razones que se hayan dado resulten insatisfactorias o poco convincentes en un caso particular, la decisión sigue siendo vinculante para las partes. Por cierto, se vuelve muy probable que esa decisión sea revocada si se interpone una apelación, o que sea preterida la decisión en un caso posterior en la que sea citada como precedente. Pero en el ínterin permanece como una decisión vinculante.

### 3. CONTROVERSIAS MORALES Y DECISIONES JURÍDICAS

Es fácil dar ejemplos de estos procedimientos jurídicos de decisión de cuestiones controvertidas. En marzo de 1994 el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán) adoptó una decisión por la que llamaba a los *Länder* (regiones federales) a adoptar una línea común que uniformara entre ellos la práctica de la persecución penal, de modo que se ponga término a la persecución penal en contra de quienes sean sorprendidos en posesión de cannabis cuando los cargos provengan de la posesión de «pequeñas» cantidades para consumo personal. Esta exigencia venía impuesta en nombre del cumplimiento del principio constitucional de proporcionalidad y la igualdad de su aplicación en toda la federación<sup>3</sup>. Este intento, no del todo exitoso todavía, para asegurar una práctica común a través de la República Alemana no constituía una decisión abierta de despenalizar esta posesión sobre la base de que las leyes que la prohibían infringían una libertad constitucionalmente garantizada. Aún así, la decisión fue altamente polémica. Muchos la criticaron por ser excesivamente permisiva y por estar seriamente equivocada desde un punto moral, especialmente por el hecho de que frecuentemente los jóvenes pueden caer, a través de la iniciación en drogas blandas, en el consumo de drogas duras. Otros criticaron la timidez moral de la decisión, pues no reconocía

<sup>2</sup> Para una completa explicación de esto desde el punto de vista de la teoría institucional del derecho, véase MACCORMICK, 2005a (especialmente caps. 2 y 13).

<sup>3</sup> BverfGE 90, 145 en 151-153. Véase, además, PAOLI y SCHÄFER: 2005.

de uno u otro modo el alcance de la libertad constitucional y fue incapaz de declarar claramente que el uso personal de cannabis estaba dentro de la esfera de libertad constitucional de los ciudadanos.

Sea como fuere, la cuestión moral subyacente normalmente resultará polémica. En lo que concierne a las «drogas blandas» como el cannabis (o quizás, si es que es «blanda», el alcohol), uno puede preguntarse si es bueno que los seres humanos recurran a tales sustancias. Su consumo puede ser moralmente permisible o no; si es permisible, puede o no ser parte de una vida buena, al menos dentro de ciertos límites de moderación. La cuestión de si es permisible o no depende en parte de consideraciones tales como el mal ejemplo que el consumo de drogas o alcohol puede suponer para la gente joven e impresionable. También puede ser relevante la medida en que alguna cultura particular haya o no desarrollado prácticas sociales que estructuren y socialicen su consumo. Pero (sobre la base de un presupuesto que se discutirá más adelante) es parte del carácter de la moral el que cada agente moral cuya vida se vea afectada por la cuestión práctica deba formar su propio juicio sobre el asunto. Esto exige razonamiento y reflexión, discutir con los amigos, buscar tanto consejo como se crea necesario, pero cada uno, en último término, deberá llegar a su propia conclusión acerca de la permisibilidad del consumo de drogas. Más aún, dado que se discute si el Estado debe prohibir o permitir la posesión, a cada ciudadano se le plantea la cuestión de si la legislación que prohíbe bajo la amenaza de pena el consumo de drogas, o que lo permite en su caso, debe ser impuesta por el Estado. Adicionalmente se presenta todavía la cuestión de si esto debe ser resuelto como un asunto de derechos constitucionales o como algo propio de la legislación ordinaria.

Esto se vuelve más dramático si se consideran cuestiones de vida o muerte. Considérese el caso de Anthony Bland, una víctima del desastre en el estadio de fútbol de Hillsborough en Inglaterra en 1989, que murió en 1993 después de muchos años en un estado vegetativo persistente. Bland murió por la interrupción de la nutrición que recibía a través de tubos y que hasta ese momento lo habían mantenido con vida. El estado vegetativo había sido largo y se considerada irreversible como consecuencia de la degeneración de su masa encefálica. De acuerdo a una opinión médica responsable, la continuación de la intervención médica para prolongar la vida de Anthony Bland en estas circunstancias no era en su mejor interés. Sobre la base de estas dos consideraciones la Cámara de los Lores resolvió que la cesación del tratamiento con antibióticos y de la nutrición artificial era conforme a derecho<sup>4</sup>. Los Lores así establecieron que en casos futuros similares, debiera

---

<sup>4</sup> *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] AC 789; [1993] 1 All ER 821.

aplicarse la misma evaluación, sujeta en cada caso a la confirmación por la High Court, para determinar la juridicidad de la interrupción del tratamiento a la luz de todas las circunstancias presentes. Los Lores específicamente sostuvieron que en estos casos la muerte del paciente no podía ser producida activamente, como si se le administra una inyección letal, bastante más rápida y totalmente indolora.

El aborto constituye un ejemplo aún más conspicuo acerca de cómo el derecho se involucra abiertamente en cuestiones de vida o muerte. En Inglaterra, en el año 1938, el cirujano Alec Bourne le realizó un aborto a una joven de quince años que había quedado embarazada como consecuencia de una violenta violación, y luego se presentó voluntariamente ante la policía. Fue juzgado pero el juez instruyó al jurado para que le absolviera si es que la Corona no lograba probar más allá de toda duda razonable que el cirujano no había actuado de buena fe con el propósito de proteger la vida, entendida como el mantenimiento de su estado de salud mental y física, de la joven en cuestión. La prohibición jurídica de realizar o de procurar un aborto estaba, de acuerdo al juez, sujeta a una excepción implícita del tipo indicado<sup>5</sup>. El Sr. Bourne fue absuelto, y el fallo del juez en el caso fue de un modo algo precario aceptado por las tres décadas siguientes como la interpretación correcta sobre el régimen jurídico del aborto. Pero un precedente de la High Court en primera instancia era sólo persuasivamente vinculante en cuanto interpretación del derecho. Consecuentemente, el derecho tal como fuera establecido en el caso *Bourne* le hablaba con voz incierta a la profesión médica, a las mujeres, y todos los demás ciudadanos interesados. En 1967, para corregir esta situación de falta de claridad y con el objeto de proveer permisiones y prohibiciones jurídicamente más definitivas, se aprobó por el parlamento una ley sobre el aborto a iniciativa del parlamentario David Steel<sup>6</sup>. La ley dio seguridad y determinación tanto en relación con la prohibición del aborto como respecto de las precisas condiciones que lo hacen permisible, lo que antes resultaba vago y débil, apoyado por un solo precedente. La supremacía constitucional del parlamento le otorgó bases firmes a las nuevas reglas definidas. En el Reino Unido, sin embargo, como en otros Estados industriales y posindustriales, el aborto se ha mantenido en la primera línea de las controversias morales. Para algunos, el derecho ahora permite el homicidio, el feticidio, y resulta en asesinatos en masa llevados a cabo en hospitales públicos financiados por todos los contribuyentes, quienes se convierten lo quieran o no en cómplices de los asesinatos. Para otros, la cuestión concierne a la libertad moral de la mujer («al derecho de las mujeres a elegir») y el derecho es

<sup>5</sup> *R v. Bourne* [1939] 1 KB 687; [1938] 3 All ER 615.

<sup>6</sup> Que más tarde se convertiría en el Rt. Hon. Sir David Steel, Barón Steel de Aikwood.

sólo una tímida forma de rehabilitación que todavía invade ilegítimamente la adecuada autonomía de las mujeres en tanto que agentes morales independientes. Y todavía hay otros quienes ven a la ley como un compromiso moralmente satisfactorio entre dos principios en tensión. Una controversia similar se ha desarrollado en muchos Estados, ya sea bajo una prohibición constitucional del aborto como en Irlanda o de una forma más mitigada como en Alemania, ya sea bajo una legislación o interpretación constitucional más permisiva, como en Canadá, o bajo las condiciones de un debate constitucional en marcha, como en los Estados Unidos.

Los casos discutidos se han elegido por la relevancia que han adquirido en contextos jurídicos, pero resulta relevante reflexionar aquí también sobre ellos en su carácter de problemas morales. El carácter controvertido de estos casos deriva de su significación moral y éstos mantienen esta significación a pesar de que han sido objeto de decisiones jurídicas que han intentado resolverlos dentro de la estructura de un orden jurídico institucional. Para señalar el contraste, conviene reflexionar sobre el carácter de la deliberación moral relevante para tales problemas. ¿Cuál es, entonces, el carácter de la deliberación y decisión acerca de ellos cuando son puramente morales?

#### 4. LA AUTONOMÍA MORAL

Volvamos a un supuesto previamente anotado acerca de su carácter. La autonomía, esto es, la autonomía de cada agente moral, tiene un lugar especial en la definición de la moral y en la comprensión del carácter especial de la deliberación moral y de la adopción de decisiones. Cada agente moral es una ley para sí mismo. Más literalmente, la ley moral para cada agente moral es lo que éste juzga razonablemente como aquello que determina lo que es bueno para él. Esto no significa, por cierto, una ley para él solamente, porque lo que es juzgado como bueno tiene que ser juzgado como tal universalmente. Si es bueno que yo beba alcohol, tiene que ser bueno para todos hacerlo; lo que a mí me está permitido tiene que ser algo permitido universalmente. Lo que es obligatorio para mí (como sería el abstenerse del consumo de drogas duras) tiene que ser universalmente obligatorio. (Pero ¿es para mí en tanto qué? ¿Es para mí en tanto ser humano o en tanto mayor de edad que me está permitido beber alcohol? ¿Es cierto que incluso para mí en tanto que adulto el consumo de drogas duras está absolutamente prohibido, salvo para sus usos médicos? Y así sucesivamente). El punto aquí no es adentrarse en una deliberación acerca de qué conclusión sustantiva debe adoptarse en las cuestiones morales mencionadas, o en cualesquiera otras; sólo se trata de caracterizar lo que (bajo esta concepción de la moral y de la agencia moral) resulta esencial para el pensamiento y la acción moral en sí.

Aquí puede distinguirse entre las cuestiones morales, aquellas que recaen sobre lo que es universalmente permitido, obligatorio o prohibido, y las que algunas veces son denominadas cuestiones «éticas», esto es, aquellas que versan sobre la buena vida. Aun cuando tenga la libertad moral de beber alcohol, o aunque pueda tal vez permitirme consumir alguna otra droga «blanda», todavía restaría la cuestión de qué parte estimo yo que deberían tomar en una vida buena. Aquí la autonomía permanece, pero la universalidad se retrae. Lo que sea una vida buena para mí será ciertamente una a la que yo le dé forma por mí mismo de manera autónoma, una por la que me haga responsable<sup>7</sup>. Cada agente moral entonces tiene su propia biografía y cada uno la escribe de acuerdo con lo que le parece el mejor camino para desplegar la narración que uno hace de ella. No es necesario, o mejor, no se debería pensar que uno debiera o pudiera imponer su concepción de la vida buena a alguna otra persona. Los padres, profesores y otras personas, sin embargo, tienen el deber de ayudar a los niños y personas jóvenes a aprender el arte de la vida autónoma, y de la definición y búsqueda autodisciplinada del bien dentro del marco de la ley moral tal como la construyan a través de la vida<sup>8</sup>. Los niños son heterónomos mientras permanezcan en la etapa en que están bajo la tutela e incluso algún grado de compulsión por parte de los mayores.

Esta concepción del carácter esencialmente «autónomo» de la moral le debe mucho a la filosofía moral de Immanuel KANT<sup>9</sup>. Es en sí misma filosóficamente controvertida. Algunos centrarían la moral no en los juicios morales autónomos (si tal cosa existe) sino primariamente en las prácticas de una comunidad. Otros apuntarían a algún sentido de la virtud y a las virtudes particulares, y quizás tal como éstas han sido transmitidas en una determinada tradición. Otros pueden concebir a la moral como si fuera primariamente una forma interpretativa de pensamiento, tratando de presentar en su mejor versión a una concepción del mundo, similar al modo en que la estética busca interpretar y presentar en su mejor versión una determinada tradición artística. Algunos todavía se adherirían al realismo, sosteniendo que los juicios morales se relacionan con cualidades reales de actos y objetos que son independientes de nuestra deliberación o voluntad. Una posible vía para esto es que estas cualidades morales sean susceptibles de ser reconocidas a través de lo que algunas veces se denomina «intuición» cuando uno las confronta en los dilemas de la vida práctica.

La línea de pensamiento realista puede dar cierto espacio a la autonomía, pero con una orientación algo diferente a la kantiana. Lo que está en

<sup>7</sup> Cfr. sobre «autonomía pública y privada» HABERMAS, 1995b: 17-18.

<sup>8</sup> Cfr. NEDELSKY, 1989.

<sup>9</sup> Presentada con particular claridad en PATON, 1981: 35, 86-88.

juego entonces es una reinterpretación de la autonomía. En el pensamiento kantiano la idea de un agente moral autónomo es tomada como un presupuesto («trascendental») de la posibilidad misma del pensamiento moral en tanto que razón práctica. El realismo no la acoge como una precondition sino como una especial virtud o valor moral, la de ser capaz y estar dispuesto a asumir la responsabilidad por la definición y persecución de una vida buena, junto con la autodisciplina para mantenerse fiel a las propias concepciones de los deberes y derechos morales propios<sup>10</sup>. El deber de actuar conscientemente, no obstante, es en sí un deber moral independiente de nuestra voluntad de quererlo, y la propia interpretación o concepción de los deberes y derechos puede estar mal construida o mal concebida sin importar cuán firmemente se crea en ella<sup>11</sup>.

Para los presentes fines, no es importante la diferencia entre la versión kantiana y la realista de la autonomía. Bajo la primera, la verdad acerca de la autonomía es una cuestión metaética, o incluso de la metafísica de la moral; es presupuesta por la posibilidad misma del pensamiento moral. De acuerdo a la segunda, la autonomía de los agentes morales no constituye un presupuesto independiente de todo el pensamiento moral, sino que es en sí misma una verdad moral fundamental. La verdad es que uno puede y debe mantener su autodisciplina, actuando según su propio entendimiento reflexivo acerca de los derechos y deberes morales, así como asumir la responsabilidad de su propia idea de la vida buena, y esforzarse por perseguir la realización de esta idea a través de las oportunidades y contingencias que la vida presenta. La autonomía es fundamental para nuestra vida moral, metafísicamente de acuerdo a la primera concepción, moralmente acorde con la segunda. En cualquier caso, está en el núcleo de lo que es ser un (pleno) agente moral.

Esta conclusión, bajo uno u otro fundamento, se tendrá por cierta. Sea de esto lo que fuere, revela lo que es con seguridad el núcleo de la idea de «autonomía». La autonomía es una cualidad de las personas, esto es, de los sujetos conscientes que actúan, que pueden dar forma a su voluntad de acuerdo a juicios razonables fundados en la información derivada de sus sentidos externos e internos y de sus discusiones con otros o a través de la lectura y la reflexión. Mediante esta voluntad racional ellos construyen y actúan según sus conclusiones respecto de qué deberes y derechos son inherentemente universalizables.

Aplicar la expresión «autonomía» en cualquier otro contexto supone o bien una extensión de este sentido del término, o bien que se está forjando un nuevo concepto al cual ese término se le aplica ambiguamente (pero en este

---

<sup>10</sup> RAZ, 1986: caps. 1-3.

<sup>11</sup> Cfr. DONAGAN, 1979.

caso sería mejor usar otro término para evitar la ambigüedad). El uso extendido sería apto en casos de asociaciones colectivas u organizaciones a las que parece apropiado imputar algún tipo de potestades para adoptar decisiones y para crear reglas, análogas a las que acordamos en el caso de los agentes racionales conscientes que además son biológicamente seres humanos. Dados ciertos arreglos institucionales, se puede imputar razonablemente decisiones comunes a todo tipo de cuerpos organizados tales como clubes, sindicatos, asociaciones deportivas, sociedades comerciales, sociedades colectivas, o algunas veces empresas familiares, universidades, iglesias, Estados<sup>12</sup>. Podemos preguntar con sentido en qué medida tales decisiones son adoptadas de manera autónoma, o qué tan subordinadas están a una regulación superior o ajena.

La heteronomía se define por simple negación. Hay heteronomía cuando hay voluntad, o capacidad para decidir, pero está sujeta a una regla impuesta por una voluntad extraña o ajena. Cuando una persona actúa pero otra distinta se hace responsable de la licitud de su comportamiento («bueno, si usted dice eso, no puedo hacer otra cosa al respecto»), la primera no actúa autónomamente, aunque puede que la otra lo haga. Si yo dejo de fumar, pero no porque yo haya decidido reflexivamente hacerlo porque era lo mejor o algo bueno, sino como consecuencia de la presión ejercida por los pares, o porque el tabaco ha dejado de estar disponible o se ha prohibido por ley su consumo en lugares públicos cerrados, el estado resultante (mi no fumar) puede resultar en algún sentido mejor que el anterior, pero ningún crédito moral se me puede atribuir por esto.

Para decirlo brevemente, bajo esta caracterización de la moral, la deliberación y la decisión cuando son morales son autónomas. Uno debe llegar a la resolución acerca de la mejor concepción que uno pueda formarse a partir de toda la información y a la luz del abanico completo de las propias convicciones y compromisos morales. Uno debe articular todo esto para conformar un conjunto de principios prácticos consistente y coherente de modo que resulte apropiado para un agente racional. Nadie es capaz de lograr esto sin ayuda y cada uno, en realidad, tiene una razón para considerar las concepciones de los demás antes de arribar a una conclusión. Las concepciones morales en estos asuntos afectan a otras personas, por lo que uno debiera escucharlas. En buena parte la concepción moral de cada uno deriva de la responsabilidad que uno asume por un cuerpo de opiniones y una tradición adquiridos inicialmente de una forma heterónoma, por lo que la reflexión continua acerca de la calidad de los propios principios supone así una reflexión crítica acerca de la tradición asumida. Esto a su vez da razones para correflexionar con otros que hayan sido formados en la misma tradición o en

<sup>12</sup> Cfr. DWORKIN, 1995: 3-5, sobre «dos conceptos de acción colectiva».

tradiciones cercanas, así como para correflexionar críticamente con quienes provengan de otras tradiciones. Sobre todo, entender que uno es autónomo implica el reconocimiento de que todos los demás poseen una autonomía similar y, por tanto, de la igualdad de todos los agentes morales en tanto tales. Toda coordinación moral de las opiniones morales sólo puede alcanzarse a través de la obtención de conclusiones comunes pero independientemente aceptadas, y esto supone la disposición a participar en una deliberación plenamente abierta y no coercitiva con otros. Esto es, la deliberación moral debe proceder moralmente a través del «discurso» y nunca puede proceder de un modo no discursivo, recurriendo a los juegos de poder, a los trucos retóricos y similares<sup>13</sup>.

Para el pensamiento moral y para la moral en sí resulta crucial, en consecuencia, tanto ese carácter esencialmente discursivo como ese carácter autónomo. La deliberación moral envuelve un discurso de iguales que busca alguna respuesta compartida para un conjunto de problemas comunes. Nadie puede responder a estos problemas por otro de una manera definitiva sin que se pierda un rasgo esencial del pensamiento moral.

Esto lleva a un tercer aspecto de la moral que de manera prácticamente inevitable superviene a los anteriores. Las opiniones morales puede ser polémicas. Dado que todos enfrentan los problemas morales como agentes autónomos, la respuesta de uno no es conclusiva para los demás. Dada la complejidad de la vida práctica, que es quizás cada vez más compleja, no hay una garantía a priori de que todos los seres humanos, ni siquiera los seres humanos que coexisten en contacto unos con otros, obtendrán conclusiones idénticas en la deliberación moral. En la práctica, como resulta evidente en la vida de todos los días, personas conscientes y razonables pensando racional y razonablemente acerca de cuestiones morales llegan a conclusiones diferentes y mutuamente incompatibles, y algunas veces completamente opuestas. Cuestiones acerca de las drogas, la eutanasia, y el aborto no son en esto más que ilustraciones vívidas. De modo que podemos concluir lo siguiente: la moral es intrínsecamente autónoma; y, en consecuencia, es además tanto discursiva como polémica.

##### 5. EL DERECHO: INSTITUCIONALIDAD, AUTORIDAD Y HETERONOMÍA

Recordemos que los problemas que hemos estado discutiendo de hecho surgieron a propósito de decisiones jurídicas, en Alemania, Inglaterra y el

<sup>13</sup> Cfr. ALEXY, 1988: 114-135, 193-194.

Reino Unido respectivamente. Las decisiones acerca de la posesión de cannabis, de los pacientes en estado vegetativo persistente, y del aborto, fueron adoptadas por instituciones legales (un tribunal constitucional, un tribunal civil supremo, un tribunal penal de primera instancia, un parlamento). Esto muestra otro hecho: que las decisiones, al ser adoptadas, como éstas, por agencias legales dentro de materias de su competencia jurídica, adquieren autoridad y devienen (dentro de un ámbito determinado) conclusivas. El sentido de las instituciones jurídicas es precisamente que existan para, entre otras cosas, resolver cuestiones prácticas de una manera conclusiva para todas las personas que estén bajo su jurisdicción o competencia.

La reflexión precedente sobre el carácter de la deliberación moral revela un valor moral positivo que se le puede adscribir a las instituciones jurídicas precisamente porque gozan de un carácter institucional y están dotadas de autoridad. Pues puede ser necesario vivir de acuerdo a estándares claros y determinados para todos, aun cuando puedan ser moralmente controvertidos y siempre estén abiertos a la crítica al menos al nivel de un debate puramente moral. Respecto de cuestiones como las que aquí han sido discutidas, y otras muchas similares, no existe consenso entre los actuales ciudadanos de los Estados contemporáneos. Pero, a pesar de todo, la vida social en sociedades complejas necesita normas comunes y determinadas de acción pública en estas cuestiones.

En donde haya quienes ejerzan las profesiones médicas con reconocimiento público y donde existan hospitales bajo autorización pública (y usualmente con financiación pública) se presentará necesariamente la cuestión de qué es lo que debe exigirse y permitirse en la actividad terapéutica (especialmente aparece la cuestión de dónde situar los límites entre la terapia, el dejar morir, el causar la muerte, y el activamente dar muerte). Y donde exista una regla que prohíba los ataques a la vida humana, necesariamente habrá de existir una regla que fije el umbral a partir del cual comienza la protección de la vida y con qué consecuencias.

El hecho de que algo sea moralmente controvertido no implica que deba existir alguna regla común. El evitar adoptar una regla común es una no-respuesta, pero se corresponde con una de las posiciones controvertidas frente al problema de qué regla tener, a saber, la posición que es favorable a una aproximación permisiva al asunto en cuestión. Lo que las instituciones del derecho pueden hacer es algo que la deliberación moral no es capaz de lograr por sí misma. Ellas pueden establecer una regla en términos relativamente determinados (y cuando la regla así enunciada no sea suficientemente clara, existen prácticas jurídicas de razonamiento e interpretación conforme a las que puede clarificarse y determinarse en un mayor grado el derecho). Al menos para los individuos, la práctica de la aplicación del derecho es

capaz de producir una claridad casi incontestable al nivel de una norma individual. En el caso *Bland*, por ejemplo, uno puede decir con confianza que se aclaró completamente qué es lo debían hacer jurídicamente los médicos y el personal de enfermería a quienes se les había confiado el cuidado del Sr. Bland. Si tras esto se hubiera tratado de enjuiciarlos penalmente (y algún intento se hizo con este fin), ellos disponían de una excepción perentoria frente a cualquier pretensión legal que uno pudiera imaginar. Algo similar puede decirse de otros doctores y enfermeras que han estado al cuidado en este tiempo de otros pacientes con lesiones cerebrales y hayan degenerado a una condición irreversible de estado vegetativo persistente.

No todas las determinaciones jurídicas necesitan ser tan precisas. El Tribunal Constitucional Federal alemán estableció en su decisión que los fiscales debían ejercer su discreción para abstenerse de perseguir penalmente a quienes hayan sido sorprendidos en posesión de pequeñas cantidades de hachís o cannabis. Esto deja establecido una regla común para los *Länder*, en los que previamente existía una variedad de prácticas incompatibles; pero claramente no está plenamente determinada. Éste es un caso de ese tipo de decisiones que evidentemente necesitan concretarse ulteriormente a través de decisiones adoptadas en los niveles apropiados. En efecto, la determinación (aun sin llegar a una absoluta claridad) de cuál es la línea divisoria entre pequeñas cantidades para uso personal y cantidades mayores que hacen presumir usos comerciales ilícitos, ha tomado tiempo y la adopción de muchas decisiones en distintos *Länder*. Sin importar cuán determinado, todo el derecho de casos es en cierto grado derrotable —los tribunales superiores siempre pueden, y en ocasiones lo hacen, revisar sus propios precedentes—<sup>14</sup>. (En los Estados Unidos, por ejemplo, la Corte Suprema está retrocediendo frente a sus decisiones previas que permitan de una manera bastante amplia el aborto durante el primer trimestre del embarazo, y por el momento parece predominar un cierto grado de indeterminación). Con total independencia de estas revisiones, siempre pueden alterarse previas determinaciones jurídicas por medio de nueva legislación, lo que exigirá a su turno nuevos actos de interpretación en el ulterior proceso de aplicación judicial del derecho.

Más allá de todo esto, sigue siendo el caso de que el derecho posee instituciones para establecer reglas comunes y para desenvolverlas de una forma cada vez más determinada. Esta «progresiva concreción de normas», como destacó Kelsen, alcanza su grado mayor con la norma individual emanada de una decisión judicial emitida por un tribunal dirigida a una persona indi-

---

<sup>14</sup> Sobre la derrotabilidad, véase MACCORMICK, 2005a: cap. 12.

vidual, o a un grupo o conjunto de personas determinados<sup>15</sup>. Es parte de la naturaleza de las instituciones jurídicas el que sus decisiones estén dotadas de autoridad dentro del marco del derecho. En ocasiones, como sucede con los tribunales de primera instancia, cuyas resoluciones son apelables, o con una legislatura cuyas decisiones estén sujetas a un control de constitucionalidad, su autoridad es provisional y pueden revisarse en caso de que sean impugnadas adecuadamente. Pero es propio del carácter de las instituciones jurídicas el que en cada línea de decisiones y de revisiones o apelaciones exista una institución que detente una autoridad final sobre el asunto. Es interno al carácter institucional del derecho (aunque no en el discurso académico sobre del derecho o en las ciencias jurídicas) que no admita otra respuesta con autoridad que la que se ha dado. Quien quiera que deba, o tenga la intención de, o no tenga otra opción sino la de, actuar conforme al derecho tiene que actuar conforme a la determinación haya sido dada por la institución correspondiente, pues ésta es concluyente por el momento.

Generalmente, no se trata de una mera conclusividad teórica. Los Estados son entidades políticas, esto es, su orden constitucional es sostenido por relaciones de poder, incluyendo en último término el poder coactivo bruto. Están altamente organizados y pueden administrar de modo bastante eficaz el poder. En donde el derecho constituye un Estado de derecho, el derecho tiene el respaldo del poder estatal (aunque también, cuando el Estado constituye un Estado de derecho, aquél es legitimado y limitado en el ejercicio del poder por el derecho como orden normativo; y todos los Estados tienen alguna aspiración mínima a una apariencia creíble de Estado de derecho). Hay derecho también en otros contextos (como en el de las comunidades o uniones supraestatales, particularmente la Unión Europea, pero cada vez más también las Naciones Unidas, las iglesias, asociaciones deportivas nacionales e internacionales, sociedades comerciales, corporaciones educacionales, y los sindicatos), y en ellos las entidades respectivas disponen también de formas de poder (psicológico, social, o económico); pero normalmente sólo tienen acceso (si lo tienen) a la fuerza física a través o bajo la autorización o respaldo de algún Estado.

Es usualmente el caso, por tanto, de que las determinaciones jurídicas no sean sólo institucionales y conclusivas en un sentido puramente normativo. También tienen el respaldo de una forma de poder que afecta de forma significativa intereses vitales de las personas a las que tales determinaciones se dirigen. Se siguen dos conclusiones significativas. Primero, cada destina-

---

<sup>15</sup> Kelsen, 1967: 237: «Este proceso, por el que el derecho se mantiene renovándose a sí mismo, por así decirlo, procede desde lo general (abstracto) a lo particular (concreto); es un proceso de una progresiva particularización y concreción».

tario del derecho tiene normalmente alguna razón para obedecerlo; segundo, cada uno sabe que lo mismo resulta en principio cierto respecto de la gran mayoría de los demás destinatarios del derecho, y cada uno puede tener una correspondiente expectativa de un tipo razonablemente confiable respecto de la conducta de los otros. Esto se explica porque la experiencia social cotidiana da a las personas, en todo tipo de contextos y situaciones, impresiones razonablemente bien fundadas sobre la probabilidad general de que los demás actúen conforme a las razones que el derecho les da para actuar.

Más aún, en situaciones consolidadas el derecho tal como ha sido establecido puede ser generalmente aceptado como razonable. Esto llevará en su momento a que el derecho reciba el respaldo de prácticas y normas consuetudinarias conforme a las que debe respetarse lo que dispone el derecho y el orden constitucional que le subyace. A toda reflexión sobre el poder del derecho y sobre la expectativa general de conformidad, entonces, debe agregársele una concepción normativa acerca de los fundamentos últimos del derecho. Ésta reside en la actitud popular de apoyo a la forma establecida en una sociedad para organizarse a sí misma y enfrentar sus asuntos. Por detrás de las determinaciones del derecho están, entonces, tanto el peso de las creencias morales como la fuerza coactiva y las expectativas comunes. No sorprende que muchas personas tengan tantas reservas acerca de la desobediencia al derecho en circunstancias normales. Habitualmente, forma parte de toda moral cotidiana que el derecho y el orden deben respetarse.

Aun así sigue siendo cierto que hay un precio moral que pagar por la utilidad que el derecho presta en tanto establecimiento institucional de normas comunes de conducta en la sociedad. Esto es, el derecho al tiempo que es institucional y tiene autoridad es, de hecho, y precisamente por esto, heterónomo. Es decir, enfrenta a cada agente moral con exigencias categóricas en la forma de deberes, obligaciones y prohibiciones que pretenden vincular al agente con total independencia de la voluntad racional del propio agente en tanto que ser moralmente autónomo. Las exigencias del derecho al agente autónomo pretenden obligarle en forma heterónoma. El derecho es (en este sentido) heterónomo, al tiempo que es autoritativo e institucional; se presenta así en claro contraste con la moral que es autónoma, discursiva y controvertida.

En este sentido, existe una clara distinción conceptual entre lo jurídico y lo moral. Es una distinción que puede ser aclarada sólo sobre la base de una concepción de la moral que mantenga como esencial el compromiso con la autonomía de cada agente moral. Tal concepción de la moral sólo puede estar fundada en una tesis metaética acerca de los presupuestos necesarios de la moral (o, incluso, sobre una «metafísica de la moral»), o en alguna ex-

plicación normativa y moral de la autonomía en sí como un principio moral fundamental, susceptible de ser establecido por intuición moral o por algún medio.

Existen, por cierto, otras concepciones de la moral que no tratan a la autonomía como algo fundacional para aquélla. Por una parte, uno puede pensar en la moral convencional o positiva<sup>16</sup>, que consiste en el conjunto de opiniones que son dominantes en una determinada comunidad que recaen sobre cuestiones morales comúnmente relacionadas con la honestidad, la continencia sexual, el mutuo respeto, la buena voluntad y similares. Esto podría llevarnos de vuelta al comienzo: a reflexionar acerca de convenciones como las que se refieren, por ejemplo, a las colas. En la medida en que alguien sigue convenciones de un modo irreflexivo y acrítico, está actuando de manera heterónoma. El problema aparece cuando surgen dudas o interpretaciones rivales acerca de las normas convencionales. Esto nos obliga a desarrollar alguna forma de autoridad institucional que pueda resolver la cuestión o bien nos obliga a recurrir, después de todo, a la forma reflexiva de moral autónoma —uno asume la responsabilidad de su propia interpretación de la convención en cuestión—.

Uno puede tener, por otra parte, una concepción de la moral basada en la autoridad, como sucede en algunos casos de concepciones religiosas de la moral. Cuando la autoridad se le atribuye a algún texto sagrado, como el Corán o la Biblia, sigue siendo necesario, aun para el más fundamentalista de los creyentes, decidir de cuando en cuando acerca de la interpretación apropiada de algún pasaje central del texto. En estas situaciones, uno nuevamente no puede sino volver sobre la propia interpretación o a la de algún maestro. En donde, como sucede en la cristiandad católica romana, el papa hablando *ex cathedra* sobre una cuestión de fe o moral es tenido como infalible, no hay competencia posible entre personas instruidas rivales. Pero con esto uno se ha movido más allá de la convención a lo que constituye claramente una forma de orden normativo institucional, una forma de derecho positivo, fundado en la voluntad y sabiduría de Dios anunciada a través de su supremo representante en la tierra. Para un creyente, se trata entonces de una explicación de derecho positivo del derecho divino. El creyente concibe a ese derecho como superior en autoridad y en fuerza vinculante a cualquier orden normativo institucional meramente humano. La única decisión autónoma consiste en si adoptar o no esta creencia. Aquí hay un contraste en el contenido pero no en la forma con el derecho estatal.

---

<sup>16</sup> El concepto de «moral positiva», en el sentido de un actualmente vigente código moral popular, fue utilizado por AUSTIN, 1995: cap. 2. H. L. A. HART lo desarrolló y usó en contraste a la «moral crítica», en HART, 1963: 17-24.

## 6. REDUCIENDO EL CONTRASTE: HETERONOMÍA RELATIVA DEL DERECHO

Puede oponerse al argumento hasta aquí desarrollado una objeción derivada de la propia teoría del derecho de KANT. Como el agente moral autónomo enfrenta una competencia entre normas que puede resultar socialmente caótica, el primer acto de autolegislación racional para este agente, sostiene KANT, consistiría en someterse junto a los demás a un contrato social que establezca un Estado constitucional. Dado que el Estado es, de esta forma, ordenado por la razón moral, la voluntad racional del agente autónomo se encontrará voluntariamente subordinada en relación con la conducta externa, a la voluntad del legislador manifestada en un proceso legislativo constitucionalmente establecido, siendo la constitución aquello a lo cual el agente debe someterse por las razones mencionadas<sup>17</sup>.

El argumento así desarrollado llega mucho más lejos que las observaciones expuestas en el apartado precedente. En éste se sugirió que un agente moral racional debía reconocer la situación fáctica ya constituida por un orden jurídico como una que, en muchos casos, da fuertes razones morales para comportarse de acuerdo al derecho. Al desarrollar las «leyes de libertad» KANT se permitió, notablemente, llegar mucho más allá en sus conclusiones acerca del carácter absoluto de las obligaciones de las personas hacia el Estado y el derecho de lo que un mero positivismo jurídico se ha permitido nunca. Esto constituye un triste final para una teoría trascendental del derecho natural. Y es innecesario por lo demás. Para entender por qué, debemos distinguir entre la teoría del derecho positivo vigente y la teoría del derecho positivo ideal.

Los sistemas de derecho positivo vigentes de los Estados contemporáneos son el producto de la política e incluso de la guerra. Consagran y hasta un cierto punto presuponen relaciones económicas y estructuras de poder económico imposibles de aceptar íntegra o incondicionalmente para muchas personas desde su propia perspectiva moral autónoma. No todo lo que se impone como derecho satisface las exigencias de justicia, ni aun las más elementales. La conformación de los principios de justicia en un sentido moral es objeto, en todo caso, del propio juicio autónomo de cada uno. Hay abundante evidencia que demuestra no sólo la posibilidad inherente de controversias, como ya ha sido destacado, sino que en la mayoría de las sociedades políticas existe una situación real y extendida de profundo desacuerdo sobre la justicia. El predominio de la política de partidos en los

---

<sup>17</sup> KANT, 1965: 71 (Parte II, Sección 42).

Estados democráticos no es sino un índice de esto. El intento de imponer un consenso a través de Estados unipartidistas, como ha sido frecuente en el siglo xx, termina siempre exacerbando el disenso aunque momentáneamente parezca ocultarlo.

En estas circunstancias la pretensión de que hay una obligación categórica o simple de entrar en una comunidad política y de adherirse autónomamente *ab initio* a cualquier cosa que en ésta sea tenida por (o pase por) derecho parece ir mucho más allá de lo podría ser fundamentado a través de una deliberación o discurso racional. Existen evidentes buenas razones de principio para que uno siga siendo miembro de la sociedad jurídico-política en la que uno resulta estar, o para buscar una y tratar de volverse un miembro suyo. Existen evidentes buenas razones de principio para *prima facie* tener mucho respeto por las normas constitucionales de tal sociedad y sus obligaciones derivadas al nivel del derecho civil y penal sustantivos. Pero, por decir lo mínimo, la naturaleza y el peso de los principios que apuntan en sentido opuesto pueden ser discutidos. Los argumentos en favor de una concepción todavía más anarquista merecen al menos ser escuchados en un discurso puramente moral<sup>18</sup>.

La cuestión de la naturaleza y los efectos de la obligación de obedecer el derecho es pues una en la que debe involucrarse la decisión autónoma del juicio soberano de cada agente moral autónomo. Los juicios acerca del peso que debe atribuirse a esta obligación *prima facie* variará de acuerdo al contexto de los diferentes Estados y órdenes jurídico-políticos. No puede haber un teorema de la metafísica de la moral que resuelva la cuestión a priori. Al presentar una concepción acerca de esta oposición, cada uno adopta una posición dentro del controvertido campo del discurso moral. Si bien esto no absuelve a nadie de tener que formarse una opinión reflexiva y honesta acerca de la respuesta a esta cuestión, y de tratar de que sea la correcta, todos deben aceptar la ilegitimidad de imponer la aceptación *moral* de alguna de estas respuestas controvertidas. Éste es el hecho mismo al que se alude cuando se reconoce el carácter heterónomo de las normas dotadas de autoridad cuando enfrentan al agente moral autónomo.

La otra cara de esto es, no obstante, que puede concebirse una posición que muchas personas reflexivas tendrían en una gran variedad de Estados. Ésta es la posición de comprometerse a sí mismo autónomamente a obedecer la constitución y los procesos constitucionales, y en consecuencia a otorgar a las obligaciones jurídicas que emanen bajo éstos un apoyo condicional a lo menos. El aforismo de Jeremy BENTHAM de que, frente a las malas leyes, uno

---

<sup>18</sup> Cfr. BANKOWSKI, 2001: 13-26.

debe «obedecer puntualmente, pero censurar libremente»<sup>19</sup>, no está, después de todo, muy lejos de la posición de KANT. Invita a involucrarse en la crítica activa del derecho y en los movimientos de reforma del derecho, como algo que es preferible generalmente a la resistencia violenta y a la fútil negativa a obedecer. Quien adopta esta línea de pensamiento puede mirar la obligatoriedad del derecho como si dejara intacta una cierta autonomía relativa, pues reconoce que existen razones morales autónomas para la obediencia, incluso cuando el consentimiento al contenido de la obligación sea limitado o inexistente. (Considérese el caso del objetor de conciencia respecto del aborto que aunque está dispuesto a aceptar la obligación de seguir las decisiones legislativas democráticamente adoptadas, se compromete intensamente en campañas en contra del financiamiento público de clínicas abortivas). La situación de esta persona sería también, en consecuencia, relativamente heterónoma. El derecho será aún más heterónimo para quien de acuerdo a su juicio ponderado el Estado en que vive, tal como es actualmente, merece un menor grado de lealtad todavía.

A menos que parezca posible construir un argumento sustantivo dentro de un discurso moral que pruebe que es racionalmente insostenible aun un apoyo débil al derecho y al Estado, debe concederse que las personas que viven bajo el derecho son como mucho relativamente heterónomas, y en consecuencia, relativamente autónomas también. No parece posible construir un argumento como ese. Aun así se mantiene, sin embargo, una distinción conceptual entre el derecho y la moral.

## 7. CUESTIONANDO EL CONTRASTE: ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO

Se podría pensar en otra razón para dudar acerca del contraste entre el derecho y la moral. Se ha dicho que el sentido del derecho consiste en convertir lo que es interpersonalmente controvertido bajo el punto de vista de la autonomía moral, en algo que sea socialmente común y determinado. El derecho hace esto estableciendo reglas. Pero las reglas no se aplican a sí mismas. El derecho, por tanto, tiene que tener agencias de aplicación del derecho, en la forma de policías, fiscales, jueces y jurados. Las prácticas de aplicación del derecho permiten a los ciudadanos presentar pretensiones ante los tribunales, a quienes explican, asistidos por abogados, sus pretensiones a la luz de las reglas y precedentes de acuerdo a una determinada interpretación. Sus oponentes, como por ejemplo los acusados en un juicio

---

<sup>19</sup> BENTHAM, 1977: 399.

penal, pueden oponer objeciones a las pretensiones o acusaciones sobre la base de que sus fundamentos fácticos son falsos o improbables, o de que han interpretado erróneamente las reglas y precedentes citados.

Mientras más se explotan las posibilidades abiertas por estos procesos, más puede sostenerse que el derecho nunca puede alcanzar un carácter totalmente determinado. Esta observación es correcta al menos al nivel de las reglas generales y de las determinaciones sobre el derecho establecidas en precedentes sobre las que descansamos para construir reglas más específicas aunque todavía generales. Cualquier regla imaginable dejará siempre un espacio a la interpretación y la contribución distintiva de los *Critical Legal Studies* ha sido precisamente la de recordar una y otra vez en los últimos años la dificultad que existe para alcanzar una regla que sea tan clara que no pueda imaginarse un problema de interpretación en algún contexto de aplicación<sup>20</sup>. Pero aun así podemos trazar el contraste con la moral. La moral autónoma no admite texto con autoridad; el derecho consiste, en cierto sentido, en esos textos (textos legislativos, o «textos de reglas», y reportes del derecho o «textos de precedentes»). Estos textos son reconocidos generalmente como repositorios del derecho dotados de autoridad. Si bien tienen que ser interpretados para ser aplicados, constituyen el punto de partida fijo para la deliberación interpretativa. Aunque debe admitirse plenamente que carecen de una perfecta determinación, debe también admitirse su relativa determinación como punto de partida común para diferentes personas, a diferencia de la radical indeterminación del razonamiento moral puro.

Recordemos otra característica de estos procesos jurídicos de la que ya se ha hablado. Estos procesos desembocan en el establecimiento de «normas individuales». Habiendo escuchado las pretensiones o acusaciones, la evidencia que respalda sus fundamentos fácticos, y el debate acerca de la interpretación de los textos relevantes, el juez pronuncia una decisión y emite órdenes a los individuos para darle efecto (o emiten declaraciones acerca de sus derechos particulares en un asunto dado). Incluso estas normas individualizadas pueden dar lugar a problemas de interpretación, pero en tal caso uno vuelve al tribunal en busca de órdenes ulteriores, y así sucesivamente. Al final, los derechos concretos emanados de un proceso jurídico pueden ser totalmente determinados para los propósitos prácticos. Por contraste, incluso cuando dos o más personas concuerdan plenamente acerca de cuáles son los principios morales aplicables a un caso dado, ellas pueden llevar a conclusiones bastante diversas acerca de su debida aplicación ponderada en el caso a la vista. (Esto no implica, por cierto, que cada agente moral no

---

<sup>20</sup> LEVINSON y MAILLOUX, 1988; KENNEDY, 1997; KELMAN, 1987.

llegue por su parte a una conclusión determinada. Cada uno puede y debe, y frecuentemente lo hace. No es que estas conclusiones sean indeterminadas, sino que lo es la conclusión interpersonal acerca de lo que es correcto o no).

Podría contraargumentarse que el elemento interpretativo en el razonamiento jurídico tiende a disolver la diferencia entre éste y el razonamiento moral<sup>21</sup>. Ahora bien, ciertamente es el caso que el razonamiento interpretativo en el derecho (y otros elementos del razonamiento jurídico) constituye un caso especial del razonamiento práctico y, consecuentemente, el razonamiento jurídico y el razonamiento moral tienen mucho en común. El intento de impartir justicia en el foro judicial, aunque justicia conforme al derecho, evidentemente tiene que ser guiado por alguna concepción de la justicia, la que siempre consistirá en una concepción moral, o moralmente defendible, de la justicia. No tiene por qué ser considerada como una justicia perfecta o ideal, ni siquiera desde el punto de vista de quien razona de manera comprometida con el punto de vista jurídico. Así, el derecho, tal como emerge del proceso interpretativo, impone exigencias a sus destinatarios con una «pretensión de corrección»<sup>22</sup>, presuponiendo que los deberes y otras relaciones jurídicas que constituye son práctica y moralmente justificables. En consecuencia, se dirige a ellos con pleno respeto por su autonomía.

El razonamiento jurídico es una subespecie de razonamiento práctico y, por esto, resulta ser, en verdad, profundamente análogo a, o incluso una forma especializada de, razonamiento moral. Una de las características más importantes acerca del derecho es que es intrínsecamente controvertible<sup>23</sup>. Los casos discutidos anteriormente hacen de esto algo vívidamente claro. La decisión de si es o no conforme a derecho dejar que muera un paciente en estado vegetal permanente, o provocar un aborto, o perseguir a quienes son sorprendidos en posesión de pequeñas cantidades de cannabis para su uso personal, implica adoptar claramente una decisión de gran significación moral. Para ofrecer razones justificatorias de nuestras decisiones, aun cuando apelen a normas jurídicas y precedentes, es necesario interpretar esas normas y precedentes a la luz de principios y valores de trasfondo, por lo que el razonamiento interpretativo es también en parte razonamiento moral. Los jueces en todos los casos que han sido mencionados enfrentan cuestiones que obviamente están muy cargadas moralmente y las razones que ofrecen descansan en elementos morales sustantivos junto a los más

<sup>21</sup> Una defensa podría basarse en DWORKIN, 1986 o, por cierto, en MACCORMICK, 2005a.

<sup>22</sup> ALEXY, 1988: 214-220 acerca de la pretensión de corrección; ALEXY, 2002a usa el argumento de la «pretensión de corrección» para respaldar la tesis de que la injusticia extrema es incompatible con el derecho.

<sup>23</sup> MACCORMICK, 2005a: cap. 2.

técnicos jurídicamente. Más aún, la afirmación final de la decisión como una decisión satisfactoriamente justificada es un acto de un agente moral del que debe suponerse que considera moralmente justificable el decidir conforme a las razones dadas.

Todo esto es muy importante y es el correctivo necesario para un simple y estrecho legalismo. Aun así, no disuelve la distinción entre el derecho y la moral. Si es que hace algo, la exagera. Debe insistirse, de hecho, en que el juez u otro intérprete autorizado del derecho es un agente moral que debe asumir responsabilidad moral por la decisión interpretativa que adopta<sup>24</sup> y por la decisión concreta que mantiene respecto de las partes. Pero mientras más se insista en esto, más se pone énfasis en el riesgo del desacuerdo desde el punto de vista de quienes son destinatarios directos o indirectos de la decisión. Volvemos al problema del objetor de conciencia. Sea lo que sea que decida un tribunal acerca de los derechos de los pacientes en estado vegetal permanente, o acerca de la legitimidad o algún otro aspecto del aborto en determinadas circunstancias, tal decisión habla a toda la audiencia con la autoridad del derecho, tanto a quienes concuerdan con ella como a quienes disienten de ella. Siempre existirá, en consecuencia, un punto de vista moral desde el cual la regulación jurídica del comportamiento resulta puramente heterónoma, y este punto de vista posible es el que tienen, en efecto, muchas personas en cualquier sociedad humana real.

Estas consideraciones, de hecho, justifican una aproximación más, no menos, legalista a la toma de decisiones jurídicas. Mientras más se mire a la toma de decisiones jurídicas como una materia que se desarrolla en el ámbito público, menos se forzarán a los agentes a la posición de tener que someterse a las decisiones morales de jueces particulares y de otros operadores jurídicos. Esto puede ser, en los hechos, más respetuoso de la autonomía que una aproximación excesivamente moralizada al razonamiento jurídico en casos concretos. En todo caso, el problema de la autonomía es *el* problema moral. El derecho, en virtud de la manera en que se dirige al agente moral *ab extra*, es siempre al menos relativamente heterónomo. Esta es la razón por la que el derecho y la moral son distintos conceptualmente.

---

<sup>24</sup> DETMOLD, 1984.



## CAPÍTULO XV

### SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

#### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho y la moral se distinguen conceptualmente, y aun así, interactúan del modo más íntimo. Por una parte, por razones que ya han sido exploradas, existen buenas razones para considerar como una virtud moral el ser un ciudadano fiel al derecho, al menos en Estados razonablemente justos en los que impera el *rule of law*. Muchos deberes morales asumidos autónomamente por muchos agentes morales se refieren a la preocupación por la seguridad personal y por los bienes de los demás (respetar los límites de velocidad cuando se conduce, declarar honestamente los impuestos y pagarlos en tiempo y forma, y toda una constelación de otros «deberes» mundanos). En este sentido es bueno ser un ciudadano fiel al derecho. Por otra, el derecho estatal en virtud de sus ámbitos de regulación atiende asuntos de gran importancia moral, que involucran en todo su peso cuestiones de moral política.

En la medida en que el derecho público recae sobre cuestiones de distribución y redistribución, a través de los impuestos y de la asignación de los gastos, y a través de medidas de protección de aspectos del bien tales como los valores medioambientales, o de protección de los trabajadores, o de protección de los consumidores, o de esquemas de regulación sobre la seguridad del tránsito vehicular, del transporte marítimo, o para los pasajeros de trenes, se presentan problemas de justicia distributiva que deben ser decididos teniendo a la vista el bien común y la buena administración. Todo esto supone, como trasfondo, el respeto al *rule of law*. En tanto el

derecho penal prohíbe actos que son *mala in se*, se ocupa de cuestiones de alta significación moral. Y en donde se preocupa de las prescripciones positivas y negativas que se derivan de los esquemas de distribución, redistribución o de protección de aspectos del bien común determinados por el derecho público, los *mala prohibita* que establece son también cuestiones de relevancia moral considerable. Las penas, que son impuestas deliberadamente por instituciones estatales por violaciones al derecho penal, constituyen formas de «trato duro» que vienen cargadas de un estigma moral. Resulta ser, en consecuencia, más urgente todavía que exista una justificación moral suficiente tanto para el establecimiento de los delitos y para la proporcionalidad de las penas que pueden imponerse en caso de condena. También es vital la existencia de sistemas de procedimiento penal justos, que tengan reglas razonables acerca de la prueba y del procedimiento de integración de los tribunales encargados de juzgar las acusaciones penales —el *rule of law* está, nuevamente, siempre involucrado—. El derecho penal, dicho brevemente, envuelve cuestiones de justicia retributiva. El derecho privado define a las personas y sus capacidades, y sostiene un sistema de asignación de los bienes (incluyendo la sucesión de los bienes) y un cuerpo de derecho de contratos y la legislación relacionada; a través de la legislación sobre compensación y restitución provee de un sistema a través del cual las intromisiones ilícitas en derechos establecidos pueden ser reparadas a través de la indemnización de perjuicios y similares. Asumiendo la existencia de un grado aceptable de justicia distributiva, pretende realizar la justicia correctiva restaurando el esquema general de derechos dentro del cual los intercambios del mercado pueden operar de una manera justa.

Resumiendo así los resultados de los capítulos X, XII y XIII, podemos concluir que el derecho está necesariamente engarzado con una concepción de la justicia, una que toma en cuenta los aspectos distributivos, retributivos y correctivos de la justicia, para todos los que el respeto al *rule of law* resulta, en el contexto de la capacidad coercitiva del Estado, esencial. Está «necesariamente engarzado» con ella en el sentido de que todo el que esté vinculado con su operación, sea en tareas legislativas, ejecutivas o judiciales, tiene justificación para implementar, reformar o interpretar disposiciones del sistema sólo cuando se satisface una condición. Ésta es que existan fundamentos para creer que la disposición en cuestión satisface alguna concepción de la justicia razonable, o persigue la realización de un elemento del bien común razonablemente ponderado de modo que resulte razonablemente coherente con la concepción relevante de la justicia. Una persona tiene que creer que esta condición está satisfecha y por tanto tiene que afirmar que está satisfecha, antes de que pueda afirmar que se justifica sostener o implementar activamente el derecho. Nada excluye,

ciertamente, la posibilidad de que tales afirmaciones sean hechas de manera insincera o con el puro objeto de disfrazar lo que en verdad y según las intenciones del agente no es más que un ejercicio desnudo y brutal del poder, o la corrupta desviación de los usos y los propósitos del derecho. El carácter de toda esta empresa establece que sus fines intrínsecos, o «causas finales», son la realización de la justicia y del bien común, de acuerdo con una concepción razonable de éstos. No se puede, en consecuencia, participar sinceramente en esta empresa sin una seria orientación a estos valores, y no se puede inteligiblemente participar en ella sin tener al menos en apariencia esta orientación.

## 2. LIBERTAD CIVIL Y MORAL CRÍTICA

Aceptar todo lo que hasta ahora se ha dicho no permite sentirse, de manera alguna, complacido con la actual realización de estos valores en los sistemas de derecho positivo vigentes de cualquiera de los Estados actuales. Las personas comprometidas con el derecho deben esforzarse por la realización de la justicia en su sociedad, y probablemente lo hacen muchos, si no la mayoría. Pero algunos no lo intentan, y otros pueden estar intentándolo aunque sin lograrlo, o pueden existir opiniones incompatibles pero razonables acerca de lo que la justicia exige de modo que es posible que la empresa como un todo adolezca de una triste falta de coherencia. El derecho debe ser justo y tiene que servir al bien común de todos los que están bajo su jurisdicción. Pero el derecho frecuentemente no logra ser tal como debería ser. Son cuestiones diferentes lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser. Aun así, si es cierto que en la concepción del derecho como un orden normativo institucional debería incluirse la idea de que el propósito propio de un orden como éste es la realización de la justicia y del bien común, esto tiene ciertas consecuencias. Primero que todo, da pie para una actitud crítica hacia las instituciones del derecho y el Estado actuales. Éstas pueden ser injustas de esta u otra manera, ellas pueden fallar en la promoción del bien común en algo que podría lograrse. Es importante que los ciudadanos reflexivos, quienes comentan los asuntos públicos y los activistas involucrados en éstos, se comprometan en una reflexión moral crítica acerca de las instituciones y prácticas del derecho y el Estado. Lo que H. L. A. HART llamaba la «moral crítica» importa<sup>1</sup>. Con el tiempo puede ejercer una importante influencia y a través del sistema político puede ser transformada en programas de reforma del derecho. El derecho tiene usos legítimos y algunos injustos o ilegítimos.

---

<sup>1</sup> HART, 1963: 17-24.

¿Pueden exponerse los principios que son relevantes para la crítica del derecho? Una exigencia que deriva de forma bastante evidente de la moral autónoma consiste en que el derecho no debiera ser usado para lesionar o violar la autonomía individual. La libertad de conciencia y de opinión debiera ser respetada. Esto supone un celoso respeto por la libertad civil en contra de las invasiones de las instituciones del Estado. Este principio, evidentemente, no autoriza todos y cada uno de los actos en que se manifiesten las creencias y convicciones de los individuos. El derecho, especialmente el derecho penal, tiene la tarea de mantener en cuanto sea posible la paz civil, y el derecho privado sostiene los derechos de propiedad existentes e impone el cumplimiento de las obligaciones voluntarias y no voluntarias a través del derecho de contratos y de la responsabilidad extracontractual. La resistencia a obedecer las exigencias del derecho por razones de conciencia puede ser respetada. Si esta resistencia supone, sin embargo, la violación del derecho de otro o de algún interés público protegido por el derecho, la persona que infringe el derecho no tiene, normalmente, una causa jurídicamente reconocida que la justifique o la exculpe. En el mejor de los casos, puede existir una buena base para solicitar la atenuación de la pena que se imponga.

En este sentido el derecho limita necesariamente la libertad. ¿Limita necesariamente también la autonomía? Una respuesta tradicional sostiene que el derecho no lo hace porque éste recae exclusivamente sobre la conducta «externa» de los individuos. Uno puede pensar lo que quiera acerca del límite de velocidad que sería razonable para una determinada parte del camino. Sin embargo, si una autoridad competente ha impuesto válidamente como velocidad máxima (por decir algo) 30 kilómetros por hora, y uno no se comporta de acuerdo con esto, no hay queja legítima frente a la condena a pagar una multa. Con esto puede resultar limitada mi libertad física pero no mi libertad de pensamiento. Los intentos de usar el derecho para crear «delitos de pensamiento» son, por el contrario, objetables precisamente porque lesionan la libertad de conciencia. También resulta completamente objetable el uso de presiones psicológicas o físicas con la finalidad de lavarle el cerebro a individuos, por ejemplo, durante la ejecución de sanciones penales o durante la investigación de la responsabilidad penal de los imputados.

Sería demasiado simplista aceptar por estas razones que toda forma de prohibición «externa» es en principio aceptable, mientras que cualquiera que sea «interna» a la conciencia como ajena al ámbito propio del derecho. Por decir lo menos, la metáfora externo/interno es en sí misma dudosa. Más importante, sin embargo, es que una carga indebida de restricciones jurídicas a la libertad (y por cierto una irrazonable restricción a los movimientos de uno) priva al agente de la oportunidad de ejercer el autogo-

bierno. Un hombre encerrado en una jaula puede ciertamente preservar su libertad de pensamiento, pero esto no puede servir de modelo para entender lo que es para una persona tener una existencia autónoma. Del hecho de que sólo deban imponerse restricciones externas no se sigue que todas las restricciones externas son aceptables. Y en lo que concierne a lo «interno», el derecho necesariamente ha de considerar los estados mentales tales como la intención y la imprudencia consciente en la definición de los delitos, y puede considerar los motivos tanto respecto de las agravantes como de las atenuantes que inciden en la determinación de la pena. Los estados mentales pueden ser relevantes también para el derecho público y el derecho privado, cuando, por ejemplo, está en cuestión si alguien actuó bajo error o cuando la intención se vuelve relevante para la interpretación de un determinado acto.

El punto es que la mala voluntad no es en sí punible, sino sólo la mala voluntad que está sensiblemente expresada en alguna actividad, incluyendo las preparaciones inequívocas para actuar (tentativas y conspiraciones). La mala voluntad puede ser una condición necesaria pero nunca una condición suficiente para una intervención pública coactiva en la vida de una persona. Es de mucha importancia trazar esta línea con sumo cuidado, especialmente cuando se trata de adoptar medidas de protección frente al terrorismo y a la incitación de actos terroristas. Ejemplos de puntos de peligro son la prohibición penal de actividades que «glorifiquen» al terrorismo, o la calificación de una crítica robusta a tendencias o prácticas religiosas como incitación al odio religioso o como insulto a la religión. Los fundamentos del derecho penal en el aseguramiento de las circunstancias de la paz y la civilidad tienen que ser considerados aquí nuevamente. La civilidad es una condición en la que las personas confían en que unas y otras serán capaces de abstenerse de la violencia no provocada y donde la excusa de que el comportamiento de otro supone una provocación está sujeta a un exigente examen. La libertad de las personas en tanto que agentes autónomos morales es uno de los grandes logros de la sociedad civil.

Pueden existir problemas para la libertad que surjan de ramas distintas del derecho penal. El derecho público puede volverse excesivamente invasivo en sus funciones distributivas y en sus esquemas para la protección de la salud o el medio ambiente. No todo lo que es bueno — aun cuando sea parte del bien común — tiene que caer bajo el dominio del Estado. La subsidiariedad es, ciertamente, un importante elemento de justicia. Las agencias centrales del Estado no deben asumir lo que puede ser logrado de un modo igualmente eficaz mediante el esfuerzo individual o en familia, o a través de los gobiernos locales o regionales, o agencias no gubernamentales. En estos casos la gestión del asunto debe dejarse al nivel «inferior» correspondiente. Esto envuelve un principio acerca de cómo distribuir la

libertad de acción y la libertad de iniciativa en la persecución del bien. El principio de subsidiariedad<sup>2</sup> no es un rival de la justicia distributiva sino que es parte de ésta.

Otra forma de indicar los límites que un sistema jurídico debiera respetar en relación con la esfera de autonomía moral personal mira a la justicia en sí misma, de la que deriva una condición restrictiva. Los legisladores y los jueces enfrentan la tentación perenne de imponer deberes morales. Como respuesta, puede exigirse que se limiten a vigilar el cumplimiento de los deberes de justicia. La justicia en tanto que virtud de personas privadas consiste en el cumplimiento (por el motivo que sea) de los deberes que se tienen respecto de otras personas o, bajo disposiciones razonables del derecho público, hacia el Estado. Los deberes en cuestión tienen que decir relación con las acciones y actividades, no con respecto del espíritu con el que son realizados. En esto, los deberes de justicia contrastan con aquellos de, por ejemplo, benevolencia, o amor (caridad), o modestia. No es posible motivar coactivamente a alguien para que cumpla sus deberes de amor o benevolencia por la simple razón de que el amor y la benevolencia genuinos exigen un compromiso con el otro libremente asumido y plenamente voluntario. El derecho no puede coaccionar a las personas a amar a sus vecinos porque el «amor» dado bajo coacción no es amor<sup>3</sup>. Pero sí pueden ser constreñidas por el derecho a omitir acciones abiertamente expresivas de odio o repudio, especialmente cuando este odio o repudio está dirigido a personas por características tales como su raza, color, etnia, origen nacional o afiliación religiosa, y dónde la forma de expresión está calculada para provocar miedo y una posible venganza. Las exigencias de la paz civil vuelven nuevamente a presentarse en primer plano.

### 3. RELIGIÓN, LIBERTAD Y DERECHO

Si no es apropiado usar el derecho para hacer que las personas amen a sus vecinos ¿puede ser utilizado para que éstas amen a Dios o para que honren de acuerdo a la forma correcta de liturgia y observancia? De una manera bastante inesperada, esta vieja cuestión ha adquirido una nueva urgencia en el contexto de las tensiones religiosas que han emergido a inicios del siglo XXI. Así y todo, es difícil concebir un ser divino benevolente, omnisciente y omnipotente (Allah, o Jehovah, o Yahweh, o el Dios trinitario) que reciba con agrado el tributo proveniente de actos de adoración realiza-

<sup>2</sup> Cfr. ENDO, 1994: 553-562; FINNIS, 1980: 146, 169, 194-197; MACCORMICK, 2005b: 62-68, sobre la subsidiariedad en la Constitución Europea.

<sup>3</sup> MACCORMICK, 1985; BANKOWSKI, 2001.

dos bajo coacción. Mucho menos puede concebirse que un ser tal de divina completitud se vería menoscabado de alguna manera por el hecho de la indiferencia humana o aun por la blasfemia activa. Si un pecado es dañino, sólo puede serlo para la propia persona del pecador o para la comunidad que rodea y se ve afectada por aquél. Ese pecado no puede afectar ni un ápice a la omnipotencia divina.

Estas consideraciones sugieren la existencia de poderosos argumentos religiosos en contra de la imposición de las creencias y prácticas religiosas. Esto seguiría siendo así, aun cuando se reconociera universalmente que una particular religión profética u otra forma de revelación de la verdad religiosa y de la forma adecuada de profesión religiosa es la única correcta, dejando todas las demás en la sombra excepto en aquello en que sean consistente con esta verdad perfecta. En el mundo tal como es, no existe un reconocimiento universal como éste. Sin importar cuán respetuosamente se comporten entre sí, los líderes de las grandes comunidades de fe y de las diferentes sectas dentro de éstas, necesariamente se contradicen unos a otros. Cada uno posee una revelación o comprensión que captura por sí lo que los demás sólo aprehenden de una forma menos completa o correcta. Para cada uno, los demás ven la clara verdad a través de una ventana oscurecida en el mejor de los casos.

Existen al parecer pocos impulsos humanos que sean más poderosos que aquellos a que dan lugar las exigencias de la fe y de la fidelidad religiosa. Las cruzadas, las yihads, y las guerras de religión; guerras civiles entre creyentes en confesiones religiosas rivales o entre versiones rivales de lo que es en esencia una misma fe — éstas llenan páginas de nuestros libros de historia y constituyen el origen de una inquietante cantidad de sangre derramada por el hombre en guerras brutales —. Desde la perspectiva de la moral autónoma, existen argumentos conclusivos en contra del uso de la coerción o del lavado de cerebro para inculcar en una persona alguna concepción religiosa particular o alguna concepción antirreligiosa en particular. Con independencia de la moral autónoma, resulta monstruosamente imprudente el hacerlo, pues cada intervención coercitiva invita a la más amarga resistencia, incluso cuando su éxito sea altamente improbable. No puede presumirse que Dios, que sabe con certeza quién está en lo correcto en materia de fe y observancia religiosa, desee la aniquilación de honestos no creyentes o de creyentes en versiones distorsionadas de Su verdad. Pues éste no puede ser el deseo de una deidad benevolente, que entiende la honestidad de quienes incurren sinceramente en un error. Y son éstos quienes son los más propensos para luchar hasta el final por sus honestas convicciones.

La tolerancia mutua entre diferentes credos, confesiones y prácticas, entonces, no sólo constituye un deber bajo los principios de la moral autó-

noma. Parece ser además un necesario deber religioso en toda religión que le atribuya universal benevolencia al ser divino. Más aún, incluso quienes no creen en la existencia de un ser divino reconocen que, si existiera, un atributo necesario de éste sería la perfecta benevolencia. No parece posible, en consecuencia, que exista una objeción religiosa sincera y razonable a la tolerancia religiosa. Un moralista crítico que demanda que el derecho proteja la tolerancia religiosa, por tanto, no puede ser culpado de atacar la religión de nadie.

Un corolario de esta conclusión es que los Estados debieran mantenerse tan lejos como les sea posible de materias de controversia religiosa. Una característica de los Estados de derecho modernos ha sido precisamente la secularización progresiva. En la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 se prohibió explícitamente el establecimiento de una confesión religiosa por parte de las autoridades federales (aunque esto no significó en aquel tiempo la supresión de la situación dominante en varios estados de la Unión en la que se había establecido una confesión religiosa). La Revolución francesa insistió en la «*laïcité*», esto es en el carácter secular, de la nueva República, y esta característica del Estado francés se ha seguido proclamando hasta la constitución de la actual Quinta República. La República de la India fue fundada en el rechazo a privilegiar religión alguna en un subcontinente de muchos credos, si bien al mismo tiempo Pakistán nació como un Estado islámico en medio de circunstancias de enormes movimientos de población, partición y graves derramamientos de sangre y de violencia entre comunidades. Australia, Nueva Zelanda y Canadá emergieron de su estatus colonial a la independencia como federaciones o Estados sin confesión religiosa. Esto era inevitable dado el equilibrio existente entre la población de colonizadores anglicanos, disidentes, presbiterianos, católicos romanos y personas sin ninguna fe, por no decir de la posición (usualmente ignorada o marginada en el tiempo de la redacción del proyecto de nueva constitución) de los pueblos indígenas y sus tradiciones religiosas. El Reino Unido fue fundado sobre la base de que ingleses y escoceses no aceptarían una única forma de confesión protestante. Es así como el Tratado de Unión promete solemnemente que las formas episcopales de la Iglesia anglicana y sus artículos de fe predominarían en Inglaterra, mientras que en Escocia serían garantizadas del mismo modo las formas presbiterianas y las confesiones de fe de la Iglesia escocesa. La emancipación de los católicos romanos tardó mucho tiempo en llegar y, especialmente en Irlanda, ha dejado un amargo legado. Mientras tanto la integración de judíos, musulmanes, sijs, hindúes, budistas, bahaístas y personas de muchos otros credos y de ninguno se ha ido desarrollando a través de muchas generaciones, y el carácter representativo de las dos iglesias nacionales se ha vuelto cada vez más cuestionable si bien se han mantenido ciertas formas legales.

Otros Estados europeos exhiben compromisos históricos similares por los que han otorgado variadas formas de reconocimiento constitucional y apoyo estatal a las diferentes versiones predominantes de cristianismo, mientras que están tratando de acomodar las «nuevas» religiones que florecen entre las secciones de inmigrantes relativamente más recientes de su población. Lo que ya no forma parte más de las características del Estado de derecho es la imposición coercitiva de un tipo de creencia religiosa o (con unas pocas excepciones) el establecimiento de inhabilitaciones civiles o políticas para personas que no suscriban la religión o iglesia estatal, aun en donde cierta forma de Estado confesional sobrevive. Ésta ha sido una de las consecuencias de la emergencia de la cultura de los derechos humanos que se ha sido reconstruida en el capítulo XI. Pues el disfrute de los derechos que son garantizados por las declaraciones, tratados y convenios internacionales no puede verse afectado por discriminaciones derivadas de motivos religiosos (o raciales, o étnicos, etc.). Más aún, entre los derechos garantizados figuran tanto el derecho a la libertad de conciencia y de pensamiento como el derecho al libre ejercicio de los cultos religiosos.

Han existido dos corrientes dentro del pensamiento constitucional en relación con esta tendencia a la separación entre Iglesia y Estado. Una pretende evitar que el Estado pueda intervenir en la religión. La separación entre la Iglesia y el Estado es una barrera que protege a la práctica de la verdadera religión y/o de la verdad religiosa frente los intentos de intervención que provengan de los políticos seculares y otros funcionarios estatales. La otra adopta la concepción contraria, según la que las iglesias y las personas de iglesia son demasiado propensas a intentar ejercer un control ilegítimo sobre las instituciones del Estado, y a instrumentalizarlas en perjuicio de otros credos y sectas. Conforme a la primera concepción, la figura del Estado confesional corrompe a la Iglesia; conforme a esta última, distorsiona las funciones propias del Estado<sup>4</sup>. Los Estados confesionales que todavía persisten en Europa (otro legado, si es que debe destacarse, de la paz de Westfalia) son formas muy mitigadas que reducen el poder de las autoridades seculares en materias de fe y de investidura en cargos eclesiásticos. También se excluye la influencia política indebida de preladados, sacerdotes y ministros de fe. Un buen ejemplo de esta forma minimalista de iglesia estatal puede encontrarse en la *Church of Scotland Act 1929*, que libera a esta iglesia de la intervención estatal en materia espiritual y disciplinaria, y que

---

<sup>4</sup> WOLFE HOWE, 1965: 6-15, que contrasta el punto de vista de Roger WILLIAMS, que quería la existencia de una frontera segura para proteger a la Iglesia del Estado, con el de Thomas JEFFERSON, que quería mantener a los sacerdotes y ministros de fe fuera del gobierno. Éste es un contraste conocido es más de un escenario constitucional.

consagra el reconocimiento por parte de la iglesia de la autoridad propia del Estado en el ámbito secular.

En los debates sobre el establecimiento de una Constitución Europea durante los años 2002-2005 (todavía inconclusos), una cuestión altamente controvertida fue si es que se debía, y en su caso cómo, reconocer la importancia histórica de la cristiandad en la formación de los valores y la cultura de Europa, incluyendo las ideas del constitucionalismo y los derechos humanos. ¿Debería la Unión Europea declarar claramente que Europa ha sido un continente predominantemente cristiano, o dedicar expresamente la Unión a Dios de acuerdo a una concepción cristiana de la divinidad? ¿Es posible hacer esto cuando el mismo documento incluye una carta de derechos que garantiza la igual libertad religiosa, y el igual respeto a todos los adherentes de todas las creeds y para los que no tienen ninguno? El preámbulo, finalmente, reconoció la contribución de la fe al desarrollo de las ideas constitucionales. La carta protege todas las religiones y la libertad de conciencia sin discriminación, y la parte de la constitución relacionada con la «vida democrática» de la Unión garantiza a las iglesias, y a otras asociaciones religiosas y seculares, el derecho a participar en la discusión y la formulación de políticas junto con los demás grupos representativos de la «sociedad civil». La Unión Europea es una Unión que no se adscribe a ninguna confesión en particular, y no hay prospecto de que lo vaya a hacer, lo cual es muy bienvenido de acuerdo a la argumentación aquí desarrollada.

La separación entre la Iglesia y el Estado, o la existencia de una forma de Estado confesional muy minimalista que se explica por razones históricas, constituye una condición necesaria de un Estado justo en conformidad a la concepción de la moral autónoma expuesta en este libro, y que se ha utilizado para diferenciar el derecho de la moral. Podría sostenerse en un sentido similar que esto exige una cierta forma no confesional de moral, o una forma minimalista de moral<sup>5</sup>. El derecho está moralmente cargado en todas las formas que se han destacado y contiene una aspiración implícita a la justicia. Esta aspiración exige elementos de justicia distributiva, retributiva y correctiva, incluyendo el reconocimiento de la subsidiariedad como una parte de la justicia. Aun así, no es parte de la función del derecho o del Estado el gobernar las opiniones morales de los ciudadanos o el interferir con su libertad de conciencia, pensamiento y de culto, de los ciudadanos. Los deberes de justicia (de acuerdo a alguna concepción razonable de la justicia) pueden con propiedad ser impuestos bajo sanciones legales. El derecho no puede ir más allá de esto sin degenerar en una tiranía.

<sup>5</sup> MACCORMICK, 1982a: cap. 2 (especialmente 36-38); MACCORMICK, 1985: 11-18.

#### 4. EL DERECHO, LA JUSTICIA Y LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como el derecho ha de ser justo, siempre existe el riesgo de una excesiva complacencia con el derecho que se tiene en el momento. Si uno deja de prestar atención a los recordatorios de la moral crítica, puede uno quedar cegado, o simplemente dejar de ver, las formas en que el derecho es injusto cuando uno no es ofendido por éste. Pueden existir, ciertamente, leyes injustas y lo que es preocupante acerca de ellas es que son leyes perfectamente genuinas, sostenidas e impuestas a través del poder coercitivo del Estado. «Una ley injusta es una corrupción de la ley»<sup>6</sup> —sí, pero es una ley real la que está así corrupta—. ¿Cuán lejos puede llegar esta corrupción? ¿Hay o no límites?

Puede usarse la analogía de un sistema urbano de suministro de agua. El servicio de suministro de agua cumple muchos fines pero incluye centralmente el propósito de proveer a los usuarios de agua que sea potable. Toda agua que sea potable contiene algunas impurezas, pero éstas deben mantenerse en un nivel bajo que sea compatible con la salud humana normal (por lo que las personas con sensibilidades especiales o necesidades especiales tienen que obtener por otros medios su provisión de agua). El servicio de aguas, sin embargo, puede volverse más o menos seriamente contaminado. El agua contaminada sigue siendo agua en verdad —y filtrándola o hirviéndola puede que sea posible beberla sin riesgo sanitario, aunque quizás no resulte agradable al gusto—. ¿Pero acaso no existe un punto más allá del cual la contaminación cambia la naturaleza de lo que es afectado por ella? Puede que se le eche tanto cloro en la planta de tratamiento de aguas que el resultado sea mejor descrito como ácido clorhídrico más que como agua. El agua contaminada puede volverse tan adulterada que puede que deje de ser apropiado del todo llamarla agua, aun cuando la mezcla que se tenga pueda ser analizada como conteniendo todavía agua en su composición. Sea como sea, ya no es más agua en el sentido en que el término es utilizado en la expresión «servicio de suministro de agua», porque esta expresión es definida en parte por el (o por un) propósito para el cual el agua es suministrada —a saber, que sea potable, apta para el consumo humano—.

Si esta analogía se sostiene, podría parecer que si bien es cierto que existen muchas leyes que son de hecho injustas o muy imperfectamente justas, una práctica de gobierno puede verse afectada por una contaminación

---

<sup>6</sup> AQUINO, 1998: I-II, q. 95. Hasta aquí la referencia se ha dado en forma incompleta. Dentro de poco se confrontará la afirmación completa: «Una ley injusta entonces parece no ser ya legal sino más bien una corrupción de la ley». Véase, también, FINNIS, 1980: 363-366.

o corrupción tan extrema que quede fuera del todo de la descripción «derecho». Se puede leer (con extremo horror) acerca de cómo los campos de la muerte Nazis eran administrados. Podemos reconocer que se mantenía un cierto tipo de orden, de hecho tan efectivo como para permitir la comisión de un asesinato en masa a través de medios industriales en una escala, hasta antes de eso, difícil de imaginar. ¿Pero tenemos que llamar a tal régimen de gobierno «derecho»? Uno puede resumir las caóticas condiciones de dictadura que se vivían, por ejemplo, en Uganda bajo Idi Amin. ¿Será necesario denominar a este modo de gobierno «derecho» y se puede decir que durante este infeliz período este país constituía un «Estado de derecho»? Dado cierto grado de crueldad, un cierto tipo de orden puede mantenerse, pero no puede lograr establecerse el «*law and order*» —aquí hay un cierto tipo de orden que sobrevive cuando ya se ha derrumbado el derecho y se ha abandonado cualquier pretensión de legalidad—. En ocasiones, el abandono de la legalidad ha sido proclamado triunfalmente, como los primeros bolcheviques en la Unión Soviética, que consideraban al «derecho» y la «justicia» como elementos superestructurales del capitalismo, que producían una suerte de falsa conciencia que llevaba a los oprimidos a sufrir su opresión sin queja<sup>7</sup>.

¿Cómo puede establecerse, entonces, el punto a partir del cual el completo abandono de toda pretensión de justicia conlleva un derecho ya corrupto al punto de no ser más ya derecho, ser derecho fallido, mera tiranía o simple anarquía? Existe una dificultad obvia en el momento de responder esta pregunta. De acuerdo a la idea de la moral desarrollada en el capítulo anterior, las opiniones y juicios morales tienen un carácter inherentemente controvertido y discursivo. La historia de la filosofía y la práctica política revelan una multiplicidad considerable de teorías y concepciones de la justicia. Todos pueden estar de acuerdo en que el derecho debe ser justo y quizás aun en que el derecho podría ser definido como un práctica de gobierno que tiene que ser justa. En una forma más cauta, se podría sostener por lo menos que, dado el carácter del orden normativo institucional en los Estados y las asociaciones de Estados, cualquier moral razonable tiene que incluir una exigencia de justicia en el contenido y la administración del derecho. Sea como sea que se exprese esta idea, el desacuerdo estalla a partir de este punto. ¿Qué es lo justo, qué lo injusto? ¿Cuánta desigualdad en la distribución de los recursos entre las personas es aceptable como justa (si es que lo es en algún grado)? ¿Qué exige la justicia respecto de los procedimientos penales, qué regulación de la detención y de la indagatoria previas al juicio o a la formalización de los cargos? ¿Resulta justa en algún caso la responsabilidad estricta por daños a la propiedad? ¿Es justa la existencia de responsabili-

<sup>7</sup> PASHUKANIS, 1978; cfr. COTTERRELL, 1995: 121-126.

dad vicaria del empresario por los hechos ilícitos de sus trabajadores? ¿o es éste un caso en que la conveniencia derrota a la justicia? Podemos multiplicar estas cuestiones casi indefinidamente, sabiendo que encontraremos personas razonables que ofrecerán respuestas diferentes y razonables a todas ellas. Encontrar un punto definitorio en una escala de injusticia a partir del cual el derecho corrupto deja de ser derecho parece de todo punto de vista una tarea sin destino. De todos modos, en el mundo práctico no proveería de mucha guía a quien (un juez, por ejemplo) enfrenta la cuestión de si clasificar o no como «derecho» o como «no derecho» alguna regla moralmente objetable que algún fiscal del Estado o que algún individuo privado exige que se aplique en un caso dado.

Aquí se debe hacer, sin embargo, una importante calificación. Pueden existir teorías o juicios incompatibles acerca de lo que es justo, tanto en casos generales como en casos particulares, aun entre personas razonables deliberando razonablemente. Pero esto no significa que todos los desacuerdos son razonables. Como se ha dicho en el capítulo XIV, la moral es tanto discursiva como controvertida. Los juicios o principios morales válidos son aquellos a los que se puede consentir en el contexto de un discurso desprovisto de toda coerción entre personas que se reconocen recíprocamente como iguales y que están orientadas a entenderse para llegar a conclusiones que resulten aceptables para todos los involucrados. Deben resultar aceptables en la medida en que los intereses y las intuiciones de todos han sido consideradas en el proceso que se ha desarrollado para acercarse hacia una conclusión. Ésta, no obstante, no es más que una imagen puramente ideal de la emergencia de las opiniones y principios morales a partir de un discurso entre iguales. La vida real nunca alcanza, o llega a estar muy cerca de, esta imagen.

Es posible reconocer, empero, que ciertos tipos de aproximaciones a un problema, o ciertos tipos de soluciones adoptadas, no son capaces de sobrevivir a un discurso tal<sup>8</sup>. Son aproximaciones o soluciones que no pueden caracterizarse como aproximaciones o soluciones razonables. Una persona racional no puede aceptar que sean vistas como concepciones racionalmente aceptables. Sea lo que sea que se quiera decir con «raza», me parece que pretender que los miembros de una raza deben estar perpetuamente subordinados a los miembros de otra, o que la mujer debe estar subordinada al hombre, son ejemplos de pretensiones que no pueden considerarse en ningún caso como razonables. En circunstancias en la que existe cierta ignorancia acerca de la genética humana es posible imaginar personas que sean incapaces de percibir su irrazonabilidad, pero de hecho son y siempre han sido radicalmente irrazonables.

---

<sup>8</sup> ALEXY, 1988: 287-289.

Esto hace posible determinar cuál es en principio la línea a partir de la cual las formas de gobierno de un Estado dejan de ser apropiadamente clasificables como derecho, o las reglas particulares pierden su carácter jurídico. Esto es, si lo que se ha hecho no puede ser justificado bajo ninguna concepción de la justicia que pueda ser razonablemente asumida o defendida por una persona razonable dispuesta a someter sus creencias a un escrutinio discursivo, entonces lo que se ha hecho por medio de reglas y prácticas de gobierno no puede apropiadamente ser tenido por derecho<sup>9</sup>.

Aun cuando esto es claro como cuestión de principios, no puede sino resultar vago en la práctica. Su aplicación sería polémica aun cuando todos la aceptaran en principio. Este principio no permite trazar una línea que fije los límites del derecho de una manera precisa e indiscutible. Esto es lo que hace particularmente significativa la existencia de cartas constitucionales de derechos fundamentales en tantos Estados contemporáneos y de declaraciones, convenciones y convenios internacionales que garantizan derechos humanos fundamentales, o derechos fundamentales para entidades supra o transnacionales tales como la Unión Europea (como se discutió en el capítulo XI). Éstos son todos instrumentos con un contenido común, aunque no idéntico, que buscan «positivar» lo que de otro modo serían controvertidos e inexactos derechos morales (o «naturales»). Vuelven lo que era un límite controvertido al derecho en un conjunto de límites jurídicos positivos, institucionales y dotados de autoridad.

Como es normal, hay un precio que pagar, una pérdida de autonomía para muchas decisiones, una pérdida de la soberanía absoluta de los Estados. Los periodistas y políticos populistas pueden denunciar públicamente como algo esencialmente extraño e indeseable la «cultura de los derechos» que amarra las manos de los Estados con una guerra contra el terrorismo, o lo que sea. Aún así se debe seguramente un profundo respeto a este desarrollo. Reconociendo que no podemos establecer con claridad principios abstractos que establezcan límites claros al derecho, hacemos bien al tratar de establecer límites positivos con tribunales situados fuera de la estructura de los Estados pero representativos de muchos ellos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye un buen ejemplo. Ninguna ley nacional es legítimamente vinculante si este tribunal decide que infringe alguno de los derechos humanos fundamentales contenidos en la Convención (o podría ser «Convenio», o «Carta», o incluso «Declaración Universal»). Sólo los Estados que estén dispuestos a dejar de formar parte del Consejo de Europa y de la Unión Europea, y a dejar las ventajas que tal membresía supone, pueden evadir este sistema positivado de derecho natural. Haber logrado esto

---

<sup>9</sup> ALEXY, 2002a, desarrollando un argumento de GUSTAV RADBRUCH.

supone la obtención tanto de un valioso avance en la civilización como de una base para una nueva apreciación del carácter del derecho en tanto orden normativo institucional en contexto del Estado soberano o postsoberano.

## 5. EL DERECHO Y SU PRETENSIÓN IMPLÍCITA DE JUSTICIA

A mi juicio hay argumentos adicionales para apoyar la tesis de que es inherente al funcionamiento de las instituciones jurídicas una pretensión de corrección de cierto tipo. Para apreciarlo hay que atender a las pretensiones implícitas que parecen estar necesariamente anudadas al desempeño de los roles interactivos de las instituciones legislativas, judiciales y ejecutivas. Las legislaturas elegidas o nombradas en formas procedimentalmente elaboradas deliberan en una secuencia de pasos complejos hacia la aprobación como leyes de unos determinados enunciados normativamente inteligibles. Estas leyes deberán en su momento ser aplicadas (y, necesariamente, interpretadas) por los tribunales, cuyas decisiones tienen cierto peso en tanto precedentes. Los órganos de gobierno y sus agencias persiguen políticas dentro del ámbito discrecional de que disponen bajo las leyes y responden de alguna forma ante la legislatura.

Gran parte de lo que estas agencias realmente hacen o, más todavía, pueden hacer, consiste en la realización de varias formas de emisiones lingüísticas —las que algunas veces se denominan «actos de habla»—<sup>10</sup>. Una vez que emiten normas como leyes o más individualizadamente como órdenes y mandatos generales o especiales revestidos de autoridad legal, la actividad física real subsecuente recae en otras manos. Autoridades y agencias de menor jerarquía, civiles y militares, son las encargadas de asegurar su fiel cumplimiento. Como se trata de agencias establecidas bajo una constitución que ejercen en conformidad con ésta potestades específicas en relación con el derecho (su creación, aplicación o imposición ejecutiva) sus actos de habla necesariamente tienen una cierta naturaleza, y envuelven determinados presupuestos de trasfondo. Estos presupuestos de trasfondo incluyen lo que J. L. AUSTIN denominaba condiciones de «adecuación» o «éxito» [*felicity conditions*]<sup>11</sup>.

Una persona que hace sonar un silbato puede ser comprendida (y autocomprenderse) como que está declarando a un jugador fuera de juego sólo si existe un juego en el cual existe la regla del fuera de juego. También tiene que ser el caso que esta persona esté de hecho desempeñando el rol

<sup>10</sup> SEARLE, 1969.

<sup>11</sup> AUSTIN, J. L., 1961: 220-229; Cfr. AUSTIN, J. L., 1962.

de árbitro en un determinado partido que se está jugando de acuerdo a las reglas de este deporte, y que considere que un jugador ha intervenido desde una posición fuera de juego. De modo similar, un acto de legislación, o que pretenda legislar (o correspondientemente, un acto de adjudicación o que pretenda juzgar una causa civil o criminal) puede inteligiblemente ser desempeñado sólo en el contexto de un sistema jurídico por una persona que verosímilmente pretende detentar la autoridad correspondiente dentro de este sistema.

Estas reflexiones muestran por qué ciertas pretensiones que son implícitas parecen ser un elemento interno necesario de las actividades envueltas en la creación del derecho<sup>12</sup>. Cualquier persona o asamblea que se presente a sí misma como aprobando y promulgando una ley consagrada en un determinado texto, debe necesariamente pretender mientras lo hace que está ejerciendo la posición constitucional correspondiente a esta actividad. En lo que respecta a las precondiciones de su capacidad para legislar, debe pretender detentar una autoridad constitucional. Debe además pretender que está cumpliendo como es debido con el marco que limita el ejercicio de la autoridad, tal como el respeto que se exige por los derechos fundamentales en la constitución o en una convención internacional de un cierto tipo. ¿Hay algo más?

En el espíritu de los argumentos cumulativos del presente libro, debe notarse además que existe alguna clase de representación tácita acerca del contenido de lo que se aprueba como legislación. Después de todo se supone que será una ley, por tanto debe poder ser leída como conteniendo prohibiciones, mandatos positivos, atribuciones de potestades, y demás de una clase inteligible. Más aún, quizás deba ser formulada de modo tal que el legislador parezca cumplir de manera apropiada con la tarea de la creación de leyes. La legislación normalmente viene intitulada, por ejemplo, del siguiente modo: «Ley sobre la Administración de Justicia», pero nunca «Ley sobre la Administración de la Injusticia». Algunas veces una corriente de opinión en el país considera a una nueva reforma legal como profundamente injusta —por ejemplo, la «alianza por la vida rural» puede condenar como profundamente injustas las leyes que ellos creen inspiradas por fastidiosas personas de ciudad que prohíben la caza de zorros con perros—. Se buscará en vano, sin embargo, por leyes que tengan por título «Ley de prohibición injusta de la caza con perros» o «Ley injustamente represiva sobre los ataques a la religión», por tomar otro caso actual.

<sup>12</sup> Para una nota de cautela véase HEIDEMANN, 2005: 127-146. HEIDEMANN es quizás demasiado escéptico acerca del grado en que la pretensión del legislador de estar en lo jurídicamente correcto muestra necesariamente alguna aspiración a la justicia, o al menos una presunta aspiración a la justicia. Cfr. MELISSARIS, 2005.

Esto podría mostrar nada más que es algo políticamente contraindicado usar títulos como estos en la legislación, dado que uno estaría al mismo tiempo exigiendo el cumplimiento de una norma mientras se da a entender que tal exigencia es injusta, parcial o inequitativa, y por tanto carente de legitimidad moral. Se puede argumentar, no obstante, que si bien esto es cierto, la cuestión es más profunda. El punto no es que toda legislación de hecho persigue la justicia bajo algún criterio de lo justo, sino que toda legislación tiene que expresar una concepción de la justicia coherente, aunque controvertible. Una teoría de la justicia sostiene que infligir sufrimiento innecesario a cualquier criatura sensible es injusto y que la prevención de las actividades humanas que infligen tal sufrimiento innecesario es exigido por la justicia. Otra concepción pone a la libertad humana más alto que el sufrimiento animal en la escala de la justicia, especialmente en casos de control de plagas y en la protección del equilibrio ecológico. Sólo legisladores convencidos de la primera concepción sobre la segunda pueden con sinceridad participar de la aprobación de una ley que prohíbe la caza con perros. No sólo sería políticamente inconveniente llamarla ley injusta en el momento de aprobarla. Sería además conceptualmente desafortunado y autocontradictorio.

Esto puede relacionarse con algunos elementos esenciales de la actividad de aplicación del derecho. Los tribunales en algunas tradiciones jurídicas son conocidos como «tribunales de justicia», o como «administradores de justicia», y los jueces a veces son llamados «justicias». «*La Justice*», «*die Justiz*», pueden ser términos que denotan los sistemas y aparatos de aplicación judicial del derecho, y así. La tarea de los jueces y los tribunales no es sólo aplicar las reglas aprobadas por la legislatura sino que, más generalmente, «hacer justicia de acuerdo con el derecho». Este deber de los jueces de actuar justamente puede estar en tensión con su deber constitucional de respetar las leyes aprobadas por la legislatura, pues las leyes que se han establecido pueden expresar una concepción de la justicia que al juez le resulta repugnante, o puede que, de hecho, no exprese concepción de la justicia alguna, siendo en tal caso malas leyes más o menos íntegramente.

Una teoría adecuada del razonamiento jurídico envuelto en la aplicación del derecho y en la justificación de las decisiones de aplicación del derecho muestra qué clases de razones pueden ser individual y cumulativamente consideradas para justificar realmente una decisión<sup>13</sup>. Para que las leyes puedan desempeñar el papel que les corresponde en un proceso de toma de decisiones razonables, deben tener un cierto carácter. Ellas tienen que ser

---

<sup>13</sup> Para una explicación reciente de esto construido a partir de una teoría institucional del derecho, véase MACCORMICK, 2005a.

susceptibles de ser interpretadas como si estuvieran en alguna forma orientadas al bien común de quienes son sus destinatarios y, en la medida de lo posible, de otras personas que se vean afectadas por ellas. La persecución de bienes particulares tiene que darse dentro de las restricciones derivadas de una concepción razonable de la justicia.

Por esta razón, una determinada pretensión de justicia, esto es, la aspiración de realizar la justicia (aun cuando esto no sea sino una máscara de intenciones más partisanas o siniestros) acompaña necesariamente al acto mismo de creación de leyes en el contexto de un Estado de derecho. Pues en éste la deliberación legislativa es llevada a cabo de manera pública y abierta a las consideraciones críticas de periodistas, comentaristas, académicos y (no, esto no es lo menos importante) de todos los ciudadanos y especialmente de aquellos que son políticamente activos. Los actos de creación de leyes son actos que tienen la pretensión implícita de avanzar algún aspecto del bien común de modo consistente con las restricciones de una concepción razonable de la justicia, o de avanzar algún aspecto de ésta que es entendido como algún elemento del bien común.

Resulta instructivo considerar bajo esta luz cuán importante es insistir en la justificación pública y abierta de los proyectos legislativos, y de un debate completo sobre las enmiendas a tales proyectos. La deliberación pública crea un contexto en el que quienes impulsan una determinada iniciativa tienen que exponer las razones por las que su aprobación como ley favorece al bien común. Uno casi puede imaginar, por ejemplo, una exposición pública por parte de un funcionario nazi alrededor del año 1942 acerca de lo deseable que resultaba el traslado de los judíos fuera de Alemania y para lo que ofrecía algún argumento. Pero no resulta imaginable proponer ante un foro público que la deportación de estas personas tenga lugar, no con el fin de trasladarlos, sino como parte de un intento sistemático de eliminación. Aun en los terribles tiempos en que esto fue realmente llevado a cabo, a pesar de las órdenes de una dictadura unipartidista sin oposición doméstica, nunca se intentó justificar o siquiera reconocer de manera pública el programa de exterminio. Éstas son cosas que los seres humanos son capaces de hacer pero no de declarar. Y ciertamente no pueden declarar su realización en el nombre y con las formas del derecho.

Todo esto parece reforzar todavía más la conclusión de que a pesar de la distinción conceptual entre el derecho institucional y la moral autónoma, existe un mínimo moral que debe ser satisfecho por todo aquello que pueda ser reconocido como derecho. Cualquier criterio preciso para establecer dicho mínimo debe estar positivado, como se ha hecho a través de la garantía de derechos humanos justiciables. A falta de este criterio positivo, el límite seguirá siendo altamente controvertido. El límite genérico caracterizado

más arriba podría tener importantes consecuencias, sin embargo, para los dilemas morales que deben enfrentar los jueces y otras personas que vivan bajo el régimen de un derecho corrupto<sup>14</sup>.

#### 6. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE «POSITIVISMO» Y «DERECHO NATURAL»

Ya se ha hablado acerca del carácter «puesto» o «positivo» de las normas jurídicas generales establecidas por una legislatura y de las decisiones más específicas o aun individuales emitidas en la implementación del derecho por el ejecutivo y por la judicatura actuando cada uno dentro de su propia esfera. El carácter institucional de los órdenes normativos institucionales ha sido un tema constante en este libro, y el carácter «positivo» del derecho es simplemente otra forma de decir lo mismo. Puede ser el caso, ciertamente, que existan algunos códigos morales o formas de vida que tengan un carácter positivo o institucional similar y puede que «moral positiva» resulte ser un nombre adecuado para tales códigos. Algunas formas de práctica religiosa podrían, por ejemplo, suponer un código como ese, pero sería una distorsión decir que las religiones asumen esta forma necesariamente, o en la mayoría de los casos. La concepción de la moral autónoma desarrollada en este trabajo contrasta claramente tanto con la moral positiva como con el derecho positivo. Es la moral así concebida la que es necesariamente distinta del derecho.

Pero es la moral autónoma la que dirige ciertas exigencias al derecho y la que lleva a remover la apelación «derecho» de cualquier instauración positiva que viole absolutamente cualquier concepción razonable de la justicia. Los argumentos para esta posición han sido expuestos en los dos apartados precedentes de este capítulo. De acuerdo a este análisis, las leyes no son necesariamente justas, o buenas en otros sentidos. Puede que estén fundadas en concepciones gravemente equivocadas acerca del bien común y aun así satisfagan los criterios jurídicos de validez internos del derecho. Pero existe un mínimo moral bajo el cual lo que pretende ser derecho se vuelve «no derecho», «no es derecho sino que una corrupción del derecho». Entonces el deber de todo ser humano decente es evadirlo, desobedecerlo y resistirlo en la medida en que esto sea factible. En esta situación los dos elementos «obedecer puntualmente y censurar libremente» se vuelven incorrectos —la oportunidad para una libre crítica («censurar») las prácticas de gobierno no está disponible y no se dan los supuestos de la obediencia voluntaria—.

<sup>14</sup> Cfr. DYZENHAUS, 1991.

La escuela de pensamiento conocida como «positivismo jurídico», al menos en sus formas más austeras y rigurosas<sup>15</sup>, excluye absolutamente la posibilidad de que exista un mínimo moral que sea necesario para la existencia del derecho como tal. El carácter positivo del derecho es todo cuanto se considera respecto de éste. Correlativamente, la cuestión del valor moral de la obediencia al derecho queda siempre abierta. De acuerdo a esa concepción del positivismo jurídico, la presente versión de la teoría institucional del derecho no es positivista o, si se quiere, es postpositivista<sup>16</sup>. Si el universo del pensamiento está necesariamente dividido en dos campos mutuamente excluyentes de modo tal que quienquiera que admita algún mínimo moral como esencial para la existencia del derecho queda fuera del campo positivista y cae dentro del campo rival, esta teoría cae en este campo rival. Los creyentes en este universo de dos campos de la teoría del derecho asignan a la categoría «derecho natural» toda teoría que no concuerda con su austero test para el positivismo. Tales creyentes, en consecuencia, caracterizarán a la presente obra como una forma de «derecho natural».

En realidad tales dicotomías rara vez son reveladoras de alguna verdad importante. Mucho del análisis y la argumentación de este libro derivan de la reflexión del autor acerca (y es heredera) del trabajo de H. L. A. HART y Hans KELSEN, quienes son típicamente tomados como paradigmas del positivismo jurídico. En su herencia intelectual, y en el particular contraste trazado entre el carácter positivo, institucional del derecho estatal y el carácter autónomo de la moral, este libro pertenece a la misma tradición de la que HART y KELSEN forman parte y representa, espero, un avance respecto de sus predecesores. Por otro lado, muchos contemporáneos han demostrado de un modo bastante convincente que es necesario revisar y mejorar algunos de los principios del positivismo hartiano y kelseniano. Pensadores tales como John FINNIS<sup>17</sup>, David DYZENHAUS<sup>18</sup>, Derek BEYLEVELD y Rogerd BROWNSWORD<sup>19</sup>, Robert ALEX<sup>20</sup> y otros podrían en varios sentidos caracterizarse a sí mismos como miembros de una u otra escuela del «derecho natural». Ronald DWORKIN hasta donde yo sé rechazaría una caracterización tal, aunque ha puesto objeciones enormemente importantes en su crítica al positivismo jurídico. Más aún, a los grandes clásicos del derecho natural tomista, y a los escritos de los juristas del siglo XVII y XVIII acerca de la teoría del derecho na-

<sup>15</sup> Véase la discusión de la «tesis de la separabilidad», en GREENE, 2005: 570-573; y véase KRAMER, 1994, WALUCHOW, 1999, y COLEMAN, 1999.

<sup>16</sup> Sobre el «postpositivismo» véase VILLA, 1997a: 22-29; VILLA, 1997b.

<sup>17</sup> FINNIS, 1980: 363-366.

<sup>18</sup> DYZENHAUS, 1991.

<sup>19</sup> BEYLEVELD y BROWNSWORD, 1986.

<sup>20</sup> ALEX, 2002.

tural y de las leyes naturales<sup>21</sup>, se le deben observaciones acerca del carácter del derecho y la moral que ninguna persona perceptiva no tomaría en cuenta. Es mejor rechazar la dicotomía mencionada más arriba como una basada en una concepción engañosa de la historia del pensamiento jurídico que dejarse acosar por la pregunta: «¿eres positivista o iusnaturalista?». La pregunta de en qué sentido la «naturaleza humana» o la «naturaleza de las cosas» pueden respaldar argumentos acerca de los principios morales correctos o de fundamentos adecuados de lo jurídico es algo que no es necesario abordar en la presente obra. El carácter «natural» de los órdenes normativos institucionales es una cuestión que aquí no se ha examinado, aunque es ciertamente algo natural al menos en el sentido de que no es algo milagroso o inusual.

Quizás es más adecuado decir que este libro presenta una teoría institucional del derecho, y que esta teoría se ha inspirado en ambas líneas de pensamiento previamente desarrolladas por autoproclamados «positivistas jurídicos» y por otros seguidores de la teorización del «derecho natural». Es pospositivista, si no antipositivista.

---

<sup>21</sup> Véase, *e. g.*, HAAKONSSON, 1996.



## CAPÍTULO XVI

# DERECHO Y VALORES: REFLEXIONES SOBRE MÉTODO

### 1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo inicial de este libro se ofreció una breve cuenta de lo que sería abarcado por él y una breve descripción del camino que seguiría en este estudio, terminando con la siguiente conclusión:

Puede discutirse si un estudio analítico-interpretativo como éste es de algún valor. En vez de entrar ahora en este debate, es preferible presentar primero una explicación del derecho de acuerdo a la teoría institucional y dejar que los lectores juzguen por sí mismos si la encuentran iluminadora para sus fines, cualesquiera que éstos sean.

La promesa entonces fue que en el capítulo final volveríamos a la discusión sobre el método (por cierto, sobre la metodología) que subyace a la tesis de este libro. Ha llegado el momento de cumplir esta promesa.

Esta discusión se desarrollará en seis partes principales. La primera enfrenta la cuestión de si resulta apropiado comenzar con una definición y la de si esto implica una aproximación convencionalista fuerte a la teoría del derecho, y en caso de que lo sea, si eso lo hace a uno necesariamente víctima del «aguijón semántico». La segunda trata de mostrar cómo el análisis contribuye a los fines explicativos de una definición explicativa, y enfrenta la cuestión de si la teoría que emerge es antipluralista en alguna forma indeseable. La tercera presenta una explicación de la validez del conocimiento

jurídico como conocimiento sobre hechos institucionales. La cuarta desarrolla la tesis de que los hechos institucionales son también hechos interpretativos, y requieren de una explicación de la interpretación fundada en teorías sobre el significado focal y la interpretación constructiva. La quinta vuelve a la cuestión de la brecha que se abre entre el derecho ideal y la realidad social, y sobre la necesidad de estar atentos a los resultados de las ciencias sociales empíricas en cuanto esto digan relación con las instituciones jurídicas. La sexta sección busca refutar una posible objeción de eclecticismo o sincretismo en el método defendido en las cinco secciones precedentes. El camino así queda libre para expresar las conclusiones finales —y luego para una coda sobre los persistentes autocuestionamientos de la academia jurídica—.

## 2. DEFINICIÓN, CONVENCIONALISMO Y EL «AGUIJÓN SEMÁNTICO»

En este trabajo se adoptó como punto de partida una «definición explicativa»: «el derecho es un orden normativo institucional». Más de alguno dirá que partir de este modo constituye un grave error. H. L. A. HART, por ejemplo, advirtió varias veces de que no había que suponer que una definición constituyera el punto de partida o el punto de llegada de una teoría del derecho. En su conferencia inaugural *Definition and Theory in Jurisprudence*<sup>1</sup> desestimaba la definición «tradicional» *per genus et differentiam*, que asigna el término definido a una clase más general y luego da cuenta de las características específicas que lo separan del resto de los miembros de la clase. HART creía que esto no funciona con conceptos que son en sí mismos clases del nivel más elevado (*summa genera* en latín), ni tampoco para los términos normativos que se usan típicamente en un contexto jurídico (esto no significa que haya métodos alternativos para explicar estos términos, como la aproximación benthamita de definir por «paráfrasis», que consiste en explicar el modo en que un término es usado parafraseándolo más que definiéndolo directamente). En *The Concept of Law* volvió a este tema de un modo ligeramente diferente. Sostuvo que uno debería dar una explicación de determinadas características importantes que están presentes en la mayoría de los casos de lo que es llamado derecho, o casos centrales, y se sirva de esta explicación para clarificar más que estrictamente definir el concepto. Esta aproximación no necesitaba negar la inevitable vaguedad y textura abierta de un término como «derecho» y la presencia de «casos marginales»

<sup>1</sup> HART, 1954; reimpresso en HART, 1983b; «si bien la teoría ha de ser bienvenida, el desarrollo de una teoría a partir de una definición no ha de serlo».

dudosos tales como el derecho internacional, el derecho primitivo y el derecho consuetudinario<sup>2</sup>. Con al menos una excepción notable<sup>3</sup>, esta oposición hartiana a la definición parece haber establecido una práctica metodológica ampliamente aceptada entre los juristas de habla inglesa durante los últimos quince años. Pero a pesar de todo puede ser objetada.

El género «orden normativo»<sup>4</sup> es una categoría claramente más general que «derecho», y definir derecho como una particular clase de orden normativo es así una posibilidad obvia. Si la característica diferenciadora, el ser «institucional», también puede recibir una explicación satisfactoria, estaría, al parecer, perfectamente abierto el camino hacia adelante. Es posible que la explicación de las normas, de los órdenes normativos y la institucionalidad sea oscura, o circular, o de algún otro modo confusa o desconcertante. En este caso, lo defectuoso sería el desarrollo de las explicaciones a las que la práctica de las definiciones explicativas apuntan, no una prueba de su inadecuación en tanto que método. Los capítulos I y II, de todos modos, no parecen adolecer de alguno de estos defectos.

La existencia de casos marginales difícilmente puede contar como una objeción, pues los casos marginales de «derecho» pueden ser también casos marginales de orden normativo institucional. La textura abierta es una característica propia tanto de los términos explicados como de los términos explicativos. Mas aún, dado que la definición explicativa es además parcialmente estipulativa<sup>5</sup> —elige un particular sentido del término a ser definido y ofrece una explicación sólo de éste— es fácil dar cuenta de los otros sentidos del término que se relacionan con el sentido estipulado, pero que caen fuera de éste. Como fuera destacado en la introducción, y fundamentado en el capítulo XIV, «ley» en el sentido de «ley moral» tiene relación con un orden normativo, pero no con un orden normativo institucional. «Ley» en el sentido de «ley científica» tiene relación con algún orden causal en la natu-

<sup>2</sup> HART, 1994: 12-15. William TWINING comparte esta concepción y muestra que Karl LLEWELLYN se adelantó a HART en este respecto. Véase TWINING, 2000a: 79-80.

<sup>3</sup> Véase MOLES, 1987. En una tradición diferente Robert ALEXY concluye con una definición (sumaria) en ALEXY, 2002a: 127-130.

<sup>4</sup> El concepto de orden normativo es usado también por Hans Kelsen (de quién por cierto lo he tomado) — véase, *e. g.*, KELSEN, 1991: 214-215, como una de muchas instancias.

<sup>5</sup> Existe después de todo algo así como una «estipulación virtuosa», tal como sostiene HALPIN, 1998: 195-8. Cfr. ROBINSON, 1964. ROBINSON llama la atención hacia un tipo de «definición real» que él piensa que es mejor descrita como «análisis» (171-180). Agrega posteriormente que esto puede llevar a una síntesis y luego a un intento de mejoramiento de los conceptos, diciendo: «Como el análisis [...] de los conceptos, su mejoramiento constituye normalmente una operación muy difícil e incierta [...] Toda mejora de un concepto supone una redefinición estipulativa de la palabra que expresa el concepto» (187). La «definición explicativa» desarrollada aquí es presentada con este espíritu. La explicación de Brian Bix «de los (diversos) propósitos de las definiciones conceptuales» parece compatible también con, o quizás incluso favorable a, la presente aproximación: véase BIX, 2006: 19-25.

raleza que es discernido, no con un orden normativo. Una buena definición explicativa puede así facilitar más que dificultar la comprensión adecuada de los sentidos relacionados pero diferentes del mismo término que se busca explicar. Reconoce, pero no está atado a, las siempre fluidas convenciones acerca del significado y uso de términos conceptuales tales como «derecho» y «ley» [*law*] tal como se encuentra en lenguajes naturales tales como el castellano.

Orden en el sentido de ordenación no es particularmente problemático como elemento de la explicación. Sólo al llegar a las normas o al concepto de lo normativo se alcanza el límite de aquello de lo que puede aprenderse por experiencia. Esto ya no puede ser objeto de una definición explicativa ulterior, por lo que se hace necesario recurrir a algo parecido a una definición ostensiva. Se volverá a este punto más abajo en el apartado 3.

Mientras tanto nótese la relación entre una definición explicativa y la pregunta «¿qué es?». «¿Qué es el derecho?». «Es un orden normativo institucional y ahora se explicará que significan estos términos». De estas dos expresiones la primera es una pregunta inteligible y la segunda es una respuesta inteligible, relevante y potencialmente iluminadora. Si la explicación se desarrolla exitosamente, quien preguntó habrá adquirido una concepción acerca de los elementos que componen un sistema jurídico. Habrá adquirido una capacidad nueva o habrá mejorado su capacidad para seleccionar y aprehender algunos atributos (el derecho y el sistema jurídico) comunes a muchos Estados, más allá de las diferencias locales que existan. Será capaz de entender que estos elementos también están presentes en organizaciones que no son Estados, pero que en muchos aspectos son similares a éstos. Ésta no es una capacidad demasiado excepcional, pero si la explicación es lo suficientemente elaborada, podría proporcionar perspectivas novedosas y más conocimiento<sup>6</sup>.

Podemos ahora considerar otro tipo de pregunta con la forma «¿qué es el derecho?». «La Sra. Vo ha visto su embarazo interrumpido por negligencia ilícita y pretende ser compensada en razón del derecho a la vida de su hijo perdido —¿cuál es el derecho sobre eso?—»<sup>7</sup>. Aquí quien pregunta está

<sup>6</sup> ¿Es ésta, entonces, una tesis «esencialista» tal como la caracteriza desdeñosamente TAMANAHA, 2001: 135-145? No lo es en el sentido de descubrir una esencia única en lo que sea que sea llamado convencionalmente derecho. Pero sí depende de una concepción acerca de los valores que es importante realizar a través de la institucionalización de un orden normativo en el contexto del Estado y otras formas de organización parcialmente análogas al Estado. Es de la esencia del derecho, he sostenido, que *debiera realizar*, no que siempre ha realizado en todas partes, estos valores. Ésta es una cuestión de «significado focal» como se discute *infra* en el cap. XVI, apdo. 6.

<sup>7</sup> Cfr. *Vo v. France* ECHR N.º 5392/00, ss 41, 62-64, 70, 84. De acuerdo a la Gran Sala del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, no hay acción en un caso como éste en términos de derecho europeo de los derechos humanos —*supra*, cap. V, en nota 10.

buscando la respuesta a un problema jurídico concreto en alguna jurisdicción determinada. Esta persona sólo podrá obtener una respuesta satisfactoria de alguien que conozca o pueda identificar las convenciones, leyes, precedentes, principios y similares, y que pueda ofrecer una interpretación de ellos buena o al menos razonablemente persuasiva. Ronald DWORKIN ha sostenido que no hay una cuestión real o interesante acerca de «¿qué es el derecho?» que no sea una versión más o menos disfrazada de este segundo tipo, más práctico, de pregunta<sup>8</sup>. Esto está ciertamente equivocado. Una vez que se entiende lo que es un orden normativo institucional, se puede entender cómo las normas que contiene pueden influir sobre concretas cuestiones prácticas. Luego uno puede, por cierto, proceder a plantear y responder tales cuestiones. Pero otra cosa es la teoría que permanece en el trasfondo. Una buena respuesta a las cuestiones teóricas no implica ni es implicada por una buena respuesta a cualquiera (de las más o menos infinitas) cuestiones prácticas que una vida bajo el derecho puede presentar<sup>9</sup>.

Es importante enfatizar la diferencia entre esta aproximación y una convencionalista. Hacer esto le permitirá evitar caer víctima del «aguijón semántico»<sup>10</sup>. Toda definición, manifiestamente, es sobre semántica, acerca de qué significado se considera que tiene la palabra que es definida. Las definiciones «ponen término» a la conversación cuando son «lexicográficas»<sup>11</sup>, es decir, cuando son propuestas como una cuestión de semántica convencional. «¿Por qué llamas azul al cielo?». «Simplemente porque eso significa azul —existe un rango de colores que es correcto llamar azul en castellano, y el cielo despejado a pleno día tiene uno de éstos—». Fin de la discusión. Esta característica de poner término a la conversación aparece cada vez que, como lo hacen quienes crean diccionarios, uno quiere o intenta registrar o

<sup>8</sup> DWORKIN, 2004: 3-5, 19-22.

<sup>9</sup> HALPIN ha sostenido, también en HALPIN, 2006: 91-92 que los teóricos del derecho han estado equivocados al separar las cuestiones teóricas y prácticas de esta manera, y que han concentrado demasiados esfuerzos en la primera: «¿cuáles son los roles apropiados para la teoría del derecho? Primariamente, clarificar los medios a través de los que el derecho se expresa y logra la resolución de las controversias. De lo que se sigue el rol de iluminar dentro de la práctica continua del derecho las direcciones potenciales que dicha resolución podría adoptar...». Esta última tarea resulta ser ciertamente urgente, y yo he contribuido a ella en MACCORMICK, 2005a, pero me parece que presupone una teoría como la que he intentado desarrollar en el presente libro, no que la hace redundante.

<sup>10</sup> Éste es el término de DWORKIN para el tipo de intento de poner término a una conversación mediante una definición que es lo que ahora estamos considerando. Véase DWORKIN, 1986: 45: «Las personas que son sus víctimas [del "aguijón semántico"] mantienen una determinada concepción acerca de lo que es un desacuerdo y de cuándo es posible. Ellas piensan que pueden discutir con sentido unos con otros si, y sólo si, todos aceptan y siguen el mismo criterio para decidir cuándo una afirmación es correcta». Personalmente, pienso que es valioso discutir tales criterios y explicar las razones por la que se adoptan; no que es necesario un acuerdo preexistente sobre ellos, ni tampoco que carece de sentido discutir con quienes no los aceptan.

<sup>11</sup> ROBINSON, 1964: 35-58.

informar con precisión sobre convenciones lingüísticas. Si se está en lo correcto respecto de una determinada palabra, entonces eso es, simplemente, lo que esa palabra significa (o significa en alguno de sus sentidos) y ya no queda nada más por discutir. Uno puede querer estudiar el fenómeno al que convencionalmente se refiere el término para entenderlo mejor. Pero una definición convencional (o «lexical») no puede contribuir nada en esto, y la razón por la que el fenómeno puede ser llamado «derecho» (o lo que sea) ya ha sido dada: eso es lo que la palabra significa en castellano.

Para decirlo nuevamente, las definiciones explicativas no son en este sentido convencionalistas<sup>12</sup>. En tanto que definición explicativa «el derecho es un orden normativo institucional», no pretende descansar en una semántica convencional o reportar algunos descubrimientos acerca del uso del lenguaje por parte del hablante ordinario del castellano, ni siquiera por hablante del castellano que está bien informado jurídicamente. Las definiciones explicativas no son de ninguna manera de aquellas que ponen término a la conversación. Ellas caen o se sostienen según la calidad de la explicación que se ofrece para respaldarlas. Proponer una definición como ésta es ensayar la mejor, más atractiva y más iluminadora explicación disponible de la materia en examen, y proponer sobre esta base que para los fines de la actual investigación teórica en curso el término definido sea usado de esta forma y no de otra. La capacidad de una audiencia para comprender y evaluar la explicación supone que sus miembros ya tienen alguna precomprensión del término definido basada en alguna convención (aunque sea para cada persona más o menos idiosincrásica). Para cada persona, la cuestión es si la definición explicativa y la explicación que la funda ofrece, en comparación con su punto de partida o precomprensión, una comprensión enriquecida (aunque modificada) del fenómeno. Una comprensión mejorada como ésta no es lo mismo que una capacidad mejorada para llevar a cabo un trabajo agudo, hábil y persuasivo para responder a cuestiones prácticas en el ámbito jurídico, aunque es probable que esa comprensión y esta habilidad no sean enteramente independientes una de la otra.

### 3. EXPLICACIÓN ANALÍTICA Y PLURALISMO JURÍDICO

En este libro se ha utilizado un método analítico de explicación. Como se supone que el derecho es una clase de «orden normativo», la explicación que se dio debe, primero, dar cuenta de los elementos de un orden norma-

---

<sup>12</sup> La presente aproximación por tanto rechaza el tipo de «convencionalismo» propuesto por TAMANAHA, 2001: 166-170.

tivo. Estos elementos son las normas cuya observancia (en cierto grado) convierte a la conducta interpersonal en algo dotado de orden en alguna medida. Debe proceder, a continuación, a explicar las instituciones y la institucionalización, para así construir el concepto de un «orden normativo institucional». Todo esto fracasaría como explicación si la idea subyacente de «norma» fuera ininteligible, pues también lo sería «orden normativo». «Norma» es el concepto problemático aquí, no el de «orden» como algo distinto al «desorden». Nos enfrentamos aquí con algo que es usado en la explicación pero que no puede a su turno ser explicado de la misma manera. El capítulo I enfrentó ese problema invitando al lector a reflexionar sobre una práctica con la que está (por hipótesis) familiarizado en algunos contextos de la vida cotidiana. La práctica de hacer colas para la obtención de un servicio y la de proveer el servicio por orden de llegada. Ésta es una cuestión de coordinación mutua que ordena la interacción en su propio y estrecho ámbito, haciéndola menos amenazante o caótica de lo que sería de otro modo.

Los seres humanos son usuarios de normas de cabo a rabo, capaces de alcanzar un cierto tipo de orden voluntario entre ellos a través del común cumplimiento de normas. Son capaces también de comprender esto y de reflexionar acerca del modo en que lo hacen. La mejor explicación que puede ofrecerse de esto consiste en presentar un ejemplo lo suficientemente vívido a la conciencia de los lectores o auditores, de modo tal que puedan confirmar a partir de su propia experiencia este especial aspecto universal de la experiencia humana. Toda persona que haya leído este libro hasta este punto tiene que ser consciente al menos de que es capaz de leer un libro y apreciar un argumento. Se debe dejar a esta persona reflexionar también acerca de las normas que estructuran el lenguaje, o la lectura crítica de un texto, así como sobre el hacer colas.

David HUME introdujo a la discusión filosófica la famosa distinción entre «ser» y «deber», y la dificultad de explicar incluso en qué consiste la diferencia<sup>13</sup>. Thomas REID reconoció el punto, pero declaró rotundamente que cualquier persona que entendiera el castellano no necesita ninguna explicación acerca de cómo usar la palabra «deber» o, por cierto, la palabra «ser». Es una distinción que nos resulta inmediatamente evidente<sup>14</sup>. Esto es claramente así cuando se consideran ejemplos prácticos como el hacer filas

<sup>13</sup> HUME, 1978: 469-470 (Libro III, Parte I, s. I, últimos tres párrafos).

<sup>14</sup> REID, T., 1969: 470-471 (Ensayo V, cap. 7). Respondiendo a la exigencia de HUME de que «tiene que explicarse debes y no debes», REID dice, «para un hombre que entiende el castellano, no hay seguramente otra palabra que requiera de menos explicación. ¿Acaso no son todos los hombres enseñados desde su más temprana edad que no deben mentir, ni robar, ni jurar en falso?».

o hablar. Podemos agrupar un conjunto de observaciones con la esperanza de que el otro preste atención a lo que ya sabe aunque no de una manera articulada. En cuanto tiene relación con las normas, le sugiero al lector que todavía está algo perplejo que lo mejor que puede hacer es releer el capítulo I, bajo una consideración todavía más atenta.

¿Qué hay, entonces, respecto de la institucionalización? Esto, de acuerdo a lo sugerido en el capítulo II, sucede siempre que uno se encuentra con una práctica de dos o más niveles. No solamente existe una cola, sino que existe un sistema para gestionar la cola (por ejemplo, un dispensador de tickets numerados) y existen administradores de la cola que aseguran que los usuarios reciban el servicio de acuerdo al turno que les corresponde en conformidad con las reglas adoptadas para la gestión de la cola. La existencia de normas que han sido establecidas como reglas mediante actos dotados de autoridad supone esta clase de práctica de varios niveles, y en esta situación se encontrarán consecuentemente tanto «creadores de normas» como «usuarios de normas». La comprensión más básica de las normas tiene que ser la propia del usuario de normas, sin embargo, porque uno puede concebir en muchos contextos la presencia de usuarios de normas sin que haya autoridades creadoras de normas, pero lo opuesto es inconcebible —creadores de normas sin usuarios de normas—. Hans KELSEN, después de hacer denodados esfuerzos para desvelar heroicamente el «gran misterio» del deber<sup>15</sup>, se separó progresivamente de estas aproximaciones iniciales y en sus trabajos posteriores trató de explicar las normas como especies de imperativos<sup>16</sup>, buscando reabrir uno de los más grandes callejones sin salida de la historia de la filosofía práctica en general y de la filosofía del derecho en particular. H. L. A. HART con sus explicaciones sobre el «aspecto interno» del comportamiento de acuerdo a reglas, hizo una contribución inconmensurable para una comprensión de las normas orientada al usuario. Quizás su trabajo sobre las «razones perentorias»<sup>17</sup> representó un cierto alejamiento respecto de sus mejores descubrimientos, pero nada comparable con la apostasía de KELSEN en este punto.

En todo caso, la institucionalización puede ser mirada a pequeña escala o gran escala, tan grande como, por ejemplo, en el caso de la constitución de un Estado, o de la carta o tratado fundacional de una gran organización internacional o supranacional. No hay necesidad de repetir aquí los detalles del capítulo III. Lo que sí vale la pena destacar, no obstante, es el lugar central que juega la constitución (que ha sido establecida o que, como en unos pocos casos tales como el Reino Unido, ha evolucionado)<sup>18</sup>, en tanto que es

<sup>15</sup> Cfr. las referencias en MACCORMICK, 1999: I. Véase, además, KELSEN, 1911: 441.

<sup>16</sup> KELSEN, 1991: 1-3.

<sup>17</sup> HART, 1982: 253-255.

<sup>18</sup> WICKS, 2006.

un conjunto de normas estructurales que definen y atribuyen potestades a diversas agencias institucionales del Estado, y establecen límites a las potestades que pueden ejercer. Una constitución no es una «regla de reconocimiento», si bien los tribunales establecidos por ella pueden ser vistos cada uno como operando conforme a ciertos criterios que determinan qué reglas y principios debieran aplicar como derecho. Una constitución compendia un conjunto entretelado de normas que instituyen y confieren potestades, usualmente en la forma de reglas explícitas basadas en fundamentos ideológicos siempre polémicos que jueces y juristas articulan en la forma de «principios constitucionales» o «valores fundamentales de la constitución».

¿Por qué algunas constituciones formalmente establecidas son, de hecho, funcionales? ¿Qué convierte a una constitución en algo operativo, en los casos en que es operativa? Evidentemente, lo que hace que sean operativas es la voluntad de las personas que conciben a la constitución como su constitución, cuando suficientes personas tienen un grado suficiente de consenso (aunque ciertamente nunca de modo unánime) acerca de sus fundamentos ideológicos. Aquello sobre lo que tienen consenso, sin importar cuán articulada o tácita, es una norma común acerca de que deben respetar la constitución así fundada, y que quienquiera que pretenda ejercer potestades públicas debe hacerlo sólo en los términos autorizados por la constitución. Si esta norma es compartida de un modo autoconsciente (no de una manera necesariamente explicitada, o en los mismos términos por todos los participantes) entonces constituye una costumbre (como la norma inarticulada sobre las colas que fuera considerada en el capítulo I). La costumbre puede ser formulada en términos tales como: «en el Estado E todos deben cooperar en el aseguramiento de que el Estado funcione en los términos de la Constitución C de acuerdo con los principios establecidos», y se puede, de manera muy apropiada, llamar a esto una norma básica. Kelsen, que se quedó empantanado en la aproximación de las normas como «actos de voluntad», sostuvo que la costumbre en sí sólo podía crear normas si estaba autorizada por alguna norma<sup>19</sup>. La adopción de la perspectiva del usuario de las normas como fundamental para la realidad de las normas y lo normativo permite purgar este error. También permite aclarar que si bien una norma básica es, efectivamente, presupuesta en el caso de cualquier constitución operativa, no es una *mera* presuposición. Es el contenido de una costumbre viva, una convención que puede ser articulada como una norma explícita.

Estas reflexiones sobre la constitución y la norma básica pueden dar lugar a una nueva crítica ¿Podría ser caracterizada la teoría así presentada como

<sup>19</sup> Kelsen, 1967: 225-226; para una concepción preferible, claramente diferente, véase Bjarup, 2005: 135-151.

antipluralista, como enfocada estrechamente en el derecho estatal o subestatal del propio escritor, tomado en juxtaposición con formas de derecho cercanamente similares de otros Estados de la misma tradición «occidental»?<sup>20</sup> ¿Esta otra versión de lo que William TWINING ha denominado la aproximación «de país occidental» a la teoría del derecho? ¿No se debería, en una época de reconocida globalización de las actividades jurídicas y económicas, adoptar una perspectiva más amplia? ¿Debería uno continuar tratando a los Estados como el foco necesario de preocupación de los abogados, e ignorar las muchas otras formas de ordenación normativa que están vivas hoy en el mundo? Sería frustrante que tales críticas resultaran justas, pues la presente obra pertenece a una serie sobre «Derecho, Estado y Razón Práctica» que tiene por propósito (entre otros) contribuir al reconocimiento del grado en que el orden jurídico ha avanzado «más allá del Estado soberano». Persigue de este modo contribuir a la corriente de opinión contemporánea en favor del pluralismo jurídico, no obstruirla<sup>21</sup>. Un punto que se ha repetido una y otra vez a lo largo de este libro es que el derecho en tanto orden normativo institucional puede ser encontrado en muchos contextos diferentes al de cada Estado particular. Esto es así tanto porque las instituciones internacionales y transnacionales han desarrollado el derecho más allá de los límites estatales, como porque muchas organizaciones activas en la sociedad civil tienen su propia ordenación institucional. Los Estados pueden, por cierto, reclamar primacía por sobre tales organizaciones (*e. g.* Iglesias, asociaciones deportivas internacionales), pero estas organizaciones no necesitan, por su parte, y a veces no lo hacen, reconocer esta primacía en la manera en que es afirmada por uno u otro Estado. Los Estados representan una forma de orden normativo institucional articulado en torno y a través del rango típico de instituciones como las discutidas en el capítulo III. Los imperios antiguos y modernos, los reinos feudales, las monarquías absolutas y las sociedades tribales no tenían la misma infraestructura institucional, pero esto no quiere decir que carecían de estructura institucional y que no había un orden normativo institucional. Lo mismo vale para los Estados teocráticos contemporáneos.

El derecho en tanto orden normativo institucional ofrece muchas variaciones de forma y contenido. Pero, como se ha dicho más de una vez, aquí no se ha emprendido ninguna defensa de la idea de abandonar el uso del término «ley» en el contexto de ordenaciones no institucionales, ni siquiera en el de ordenaciones no normativas (en el caso de las leyes científicas). El autor de una obra de teoría del derecho no puede, y no debe intentar, poner límites a la riqueza y ambigüedad creativa de lenguajes naturales como el

<sup>20</sup> TWINING, 2000b.

<sup>21</sup> Sobre el pluralismo, *cfr.* TWINING, 2000a: 224-233; TAMANAH, 2001: 192-200.

castellano, que son fluidos y están en constante evolución. Existen analogías interesantes al igual que diferencias identificables entre los diferentes tipos de «ley» que se reconocen tanto en el habla cotidiana como en la literatura más técnica.

Sigue siendo verdad, sin embargo, que en el mundo que hoy habitamos los Estados tienen un rol muy prominente en la articulación y administración de la fuerza pública. El derecho que puede ser impuesto y, por tanto, los derechos cuya tutela puede ser exigida tienden a coincidir, en consecuencia, con aquellos que son reconocidos y adoptados en alguna forma por los tribunales y agencias estatales. Esto significa que el derecho estatal todavía es altamente relevante para gran parte de las personas y es naturalmente el punto principal de atención para la mayoría de los que se involucran profesionalmente en la práctica jurídica. Esto justifica la aproximación aquí adoptada, que no atribuye el término «derecho» o el concepto de derecho solamente al dominio de un Estado o de todos los Estados, sino que presenta una teoría en que la importancia práctica del derecho estatal puede ser percibida tal como existe.

#### 4. CONOCIMIENTO JURÍDICO Y HECHOS INSTITUCIONALES

Este libro ha reconocido en diversos momentos el poder de la tesis de la teoría de sistemas de Niklas LUHMANN de que todo sistema de comunicación y de acción comunicativa opera con una distinción binaria fundamental que utiliza en todas sus operaciones. La teoría institucional que aquí se ofrece propone la distinción entre lo lícito y lo ilícito, o más estrictamente entre lo ilícito y lo no ilícito, como la fundamental en un orden normativo. En el derecho desarrollado, por supuesto, esto se bifurca ulteriormente entre los ilícitos penales que son punibles y las variadas formas de ilícitos civiles que pueden llevar a la imposición de acciones civiles de distintos tipos. Más aún, en el contexto de órdenes institucionales de dos o más niveles, existen potestades además de lo lícito y lo ilícito. Esto introduce la oposición válido/inválido como una dimensión diferente del juicio normativo.

A partir de lo «ilícito» puede definirse el «deber», el deber de omitir todo acto ilícito y de hacer todo aquello que es ilícito omitir. El concepto de un deber que se tiene hacia otra persona en determinadas circunstancias, que equivale a la idea de que la infracción a este deber supondría un ilícito en contra de esta persona, permite entender los «derechos pasivos». Dado que uno puede hacer lo que no es ilícito, la idea de un derecho activo o libertad puede ser presentada como una simple negación de «deber». Todo esto presupone que se puede identificar a los portadores de tales derechos y deberes,

a los potenciales titulares de potestades, a aquellos a los que el derecho inviste de personalidad, y a quienes confiere variadas capacidades de acuerdo a los varios tipos y condiciones de las personas. El derecho puede también definir, a la vista de sus fines, qué son las «cosas» y regular exhaustivamente los derechos a las cosas, los derechos sobre las cosas y los derechos en las cosas. Para todo ello se han construido los conceptos de propiedad y dominio, y las ideas relacionadas.

¿Pero es posible en rigor «tener» derechos, deberes y potestades? ¿Qué es lo que sucede cuando uno adscribe a una persona deberes, derechos, libertades, inmunidades y potestades, y demás similares? Las adscripciones de estas posiciones o relaciones (o atributos relacionales) a personas expresan juicios de hecho —esto es, de «hechos institucionales» tal como se han definido al inicio mismo de este libro—. Cada «persona» es algún tipo de entidad individual o colectiva que cumple las condiciones que el derecho ha establecido para ser una persona con algún estatuto determinado. Cada vez que adscribimos a esos seres una posición jurídica, o alguna relación jurídica (*e. g.* una obligación) con otra persona, o alguna relación propietaria más compleja que envuelve tanto personas determinadas como «cosas» determinadas, estamos interpretando y aplicando las normas relevantes. Estamos también descansando en una determinada comprensión de la situación fáctica que es informada por la interpretación de las normas.

Así se ha respondido una de las cuestiones básicas de este libro, a saber, la cuestión de si el conocimiento jurídico es posible y la de si las facultades de derecho tienen un derecho genuino al lugar que ocupan en las grandes instituciones de enseñanza y ciencias. La respuesta es afirmativa en ambos casos. El conocimiento jurídico es el resultado de investigaciones interpretativas en el derecho en tanto categoría conceptual, y en las distintas ramas y subramas del derecho. Éstas incluyen al derecho público (incluyendo al derecho institucional de la Unión Europea, el derecho constitucional estatal, el derecho constitucional regional, el derecho del gobierno local y el derecho administrativo), el derecho penal (tanto la parte general como la especial, y el derecho procesal penal), el derecho privado (incluyendo al derecho de las personas, el derecho de las sucesiones, el derecho de las obligaciones —responsabilidad civil extracontractual, contratos y restituciones— el derecho de propiedad, el derecho del *trust*, el derecho de las sociedades y el derecho comercial, así como el derecho procesal civil). En los capítulos X a XIII se han señalado ya de una manera abstracta y teórico-general el carácter del conocimiento desarrollado en estos dominios.

En su conferencia *Hart* de 2001, Ronald DWORKIN presentó un desafío a la teoría analítica del derecho —«¿es una descripción, qué es lo descrito,

y de qué modo lo hace?»—<sup>22</sup>. Las proposiciones acerca del derecho institucional, o las proposiciones jurídicas ofrecidas en el contexto de juicios, de asesorías jurídicas o la discusión dogmático-jurídica, describen al Estado y sus instituciones en algún lugar específico —o a otra entidad institucional no estatal de acuerdo al contexto—. Una descripción del derecho francés, si es exacta, dice cómo son actualmente las cosas en Francia respecto del asunto jurídico que está en discusión. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, a una descripción del derecho escocés (siendo Escocia una comunidad política subestatal), o del derecho de la Unión Europea (siendo la Unión Europea una comunidad política transestatal o una mancomunidad de Estados), o a una descripción del derecho canónico de la iglesia católica romana (una organización religiosa no estatal).

Esto no supone ni depende de una teoría acerca del uso del lenguaje en Francia, o del inglés o del latín eclesiástico, o lo que sea. La teoría institucional del derecho muestra cómo es posible describir con exactitud o convincentemente hechos institucionales que pertenecen al contexto del correspondiente Estado o de la respectiva otra forma de comunidad política u organización. Ésta es una teoría que no puede ser desarrollada sin una seria determinación de los valores a los que este tipo de instituciones están orientadas y esto ciertamente envuelve consideraciones acerca de la mejor representación de estos valores en el contexto relevante. Pero aquí «derecho» no es el único concepto interpretativo en juego. El derecho es la categoría práctica suprema para los que están involucrados en la toma de decisiones jurídicas o en la abogacía. Pero la ciencia (o «academia» en algunas culturas) es la categoría práctica suprema para aquellos que están involucrados en estudios dogmáticos o teóricos y en el estudio de sus fundamentos epistemológicos<sup>23</sup>. Si bien es cierto que los valores implícitos en el derecho tienen necesaria y adecuadamente una fuerza motivacional y justificatoria para jueces y abogados, el ideal de entender objetivamente la materia objeto de estudio de una rama del conocimiento científico o académico sigue siendo la suprema guía y justificación de la buena ciencia. La vocación de un juez es la de administrar justicia en casos concretos, la de un científico es la de entender.

La comprensión de una categoría práctica como el derecho es algo que está cargado valorativamente, por razones que todavía no han sido del todo exploradas. Construir o reconstruir racionalmente una explicación de alguna rama del derecho de una cierta jurisdicción exige necesariamente, por supuesto, la exposición de los valores que son elementos esenciales de tal cuerpo de derecho, y se debe indicar qué posibilidades hay para el desarrollo

<sup>22</sup> DWORKIN, 2004: 9-12; para una respuesta, véase HALPIN, 2006: 76-77.

<sup>23</sup> Cfr. DICKSON, 2001.

de nuevos argumentos que puedan desarrollar todavía más estos valores. Hay que mantenerse cándidos respecto de las deficiencias y de las posibilidades de mejoras y rectificaciones. La verdad acerca del derecho de restituciones, o acerca del control judicial de la actividad de la administración, o de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para seleccionar al azar algún pequeño conjunto de ejemplos, no puede ser descubierta compilando índices de los precedentes judiciales o de los textos legislativos, y reproduciendo los textos relevantes. Es necesario elucidar los conceptos esenciales de un modo acorde con lo expuesto en la parte tercera del presente libro aunque de una manera mucho más desarrollada. Se deben considerar los textos legislativos y los materiales preparatorios —los reportes de los comités y las comisiones parlamentarias, los memorandos explicativos de los ministerios del gobierno, incluyendo los textos de la discusión legislativa—. Se deben considerar las decisiones judiciales y las consideraciones de los jueces acerca de los principios y valores que consideran esenciales en las justificaciones que ofrecen para sus decisiones. Se tiene que, o al menos se podría, intentar proveer una racionalidad más comprehensiva o transparente a los materiales jurídicos existentes en este ámbito. Se podría, en efecto, llamar la atención acerca de materiales de otros sistemas jurídicos que expresan, o quizás expresan mejor, una concepción convincente acerca de la racionalidad subyacente a la materia en cuestión. Lecciones relevantes pueden obtenerse también de la historia del derecho. Dado este amplio rango de materiales, una reconstrucción racional da lugar a una explicación crítica de las reglas aplicables a la luz de los principios y valores en que se fundan<sup>24</sup>. Esto puede indicar el camino para futuras interpretaciones del derecho que rectificarán las anomalías de la comprensión dominante, incluyendo la práctica judicial dominante. Esto es ciertamente un trabajo que exige el uso de una inteligencia creativa, para desarrollar concepciones persuasivas de los conceptos utilizados en una rama dada del derecho. Así y todo, esto demanda un cierto grado de distancia [*detachment*].

Los frutos de las investigaciones académicas del derecho son, entonces, el conocimiento de las normas (regulación, reglas, principios, etc.) y relaciones jurídicas, y los valores a los que éstas están orientadas, tanto en general como en particular. Este conocimiento se relaciona con algún Estado o comunidad u organización. Las normas jurídicas, como las normas de todos los tipos, son lo que Ota WEINBERGER clasifica como «objetos del pensamiento»<sup>25</sup>, no objetos que formen parte del mobiliario físico del uni-

<sup>24</sup> Cfr. ALEXY, 2002b: 6-10 sobre los elementos «analíticos, empíricos y normativos» de la dogmática jurídica de acuerdo a su concepción de ésta.

<sup>25</sup> O. WEINBERGER, en MACCORMICK y WEINBERGER, 1986: 32-38, sobre las normas en tanto que «objetos del pensamiento».

verso. Ellas pertenecen a lo que Karl POPPER designó como «Mundo III»<sup>26</sup>. Esto es, ellos tienen existencia real a pesar de que no son parte del mundo material que es aprehendido a través de las ciencias naturales tales como la física, la química, la fisiología y demás. Existen como elementos de significado intersubjetivo disponible al entendimiento humano a través de la interpretación. No son parte de los estados mentales de ninguna persona en algún determinado momento. Tampoco son el sustrato físico que es necesariamente utilizado para registrar aquello que es objeto de interpretación. El *Hamlet* de SHAKESPEARE, los *Principia* de NEWTON o la *Teoría General de la Relatividad* de Albert EINSTEIN no son idénticos a ninguno de los libros en particular en los que se encuentran impresos. Cada uno de éstos existe (como obra de teatro, como exposición científica de una teoría física) con independencia de que alguien en algún momento dado la esté leyendo o pensando en ella, o esté presentando una interpretación de la obra o realizando un experimento para ilustrar la teoría. Lo mismo puede decirse de la Ley de Finanzas de 1953 o el caso descrito en la página 37 del *Law Reports, Appeal Cases* para 1977. La ley y el caso descrito no son idénticos a ninguno de los libros en los que están impresos, y existen con independencia de que alguien esté pensando en ellos o actuando como ellos lo exigen o permiten, o aplicando el precedente a un determinado caso. Ellos no ocupan ningún segmento del espacio, pero tienen una existencia continua en el tiempo, o tuvieron tal existencia, en el caso, por ejemplo, de una ley ahora derogada o de un precedente preterido.

¿Cómo pueden ser considerados reales estos inventos? Parte de la respuesta consiste en reflexionar en los cambios en el mundo físico, eventos que realmente ocurren, y que son explicables sólo sobre la base de episodios en los que los actos de una persona pueden ser imputados al seguimiento de una norma, o a la interpretación de una obra, o a la realización de un experimento que prueba una teoría. Sin la referencia al objeto del «Mundo III», la razón y el carácter de un evento del «Mundo I» sería totalmente ininteligible.

Implícito tras todo lo anterior está esta importante verdad: los hechos institucionales son también hechos interpretativos<sup>27</sup>. La aseveración de ellos en casos individuales y en general puede resultar algo controvertido, y la resolución de la controversia exige juicios acerca de los valores subyacentes a los que las normas jurídicas (reglas y principios) dan forma concreta. Así

<sup>26</sup> POPPER, 1973: cap. 4; cfr. Ota WEINBERGER en MACCORMICK y WEINBERGER, 1986: cap. 4 («Facts and Fact-Descriptions»). Véase también MORTON, 1998: 3, 12, 58.

<sup>27</sup> DWORKIN trata a los «hechos interpretativos» como una categoría opuesta a la de los «hechos institucionales», en DWORKIN, 1991: 85. Por las razones explicadas en el presente trabajo, esto es incorrecto.

se ha llegado al punto en el que es necesario atender al tipo de interpretación que está en juego cuando se busca entender el sentido jurídico de hechos y eventos, interpretándolos por referencia al derecho como algún tipo de «hecho institucional».

##### 5. DERECHO, ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL — «SIGNIFICADO FOCAL» E «INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA»

La parte tercera de este libro representa el momento de síntesis, después del trabajo analítico realizado en las partes primera y segunda. Ahí, discutiendo el derecho, el Estado y la sociedad civil, se sostuvo que una explicación del derecho, y en particular la discusión de cualquier rama del derecho (como el derecho público, el derecho penal o el derecho privado) debe ser presentada en términos de determinados valores subyacentes. Es un valor real que la conducta de los funcionarios del Estado esté orientada al bien general más que a su propio beneficio privado. Cuando quienes ejercen potestades públicas están sujetos a controles y contrapesos efectivos, un Estado es capaz de asegurar el *rule of law* en tanto condición de la libertad humana. El derecho público se vuelve inteligible sólo desde esta perspectiva. El respeto por los derechos humanos institucionalizados es una condición de la justicia entre las personas, pero no es todo lo que se requiere para la realización de la justicia en el marco de una u otra concepción razonable de esta virtud. Sólo desde esta perspectiva los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente o de otro modo se vuelven completamente inteligibles. Un sistema de derecho penal y de justicia penal eficaz que está funcionando adecuadamente es esencial para la relativa seguridad de las expectativas recíprocas, lo que es una condición de la civilidad de la sociedad civil. Sólo desde este punto de vista el derecho penal es plenamente inteligible. El derecho privado asegura tanto las bases de la vida privada y familiar, como hace posible un intercambio fundado en la economía de mercado. Sólo desde esta perspectiva el derecho privado es totalmente comprensible.

El derecho público establece esquemas dirigidos a la realización de la justicia distributiva a través del sistema impositivo y de regímenes regulatorios que establece *mala prohibita*, que determinan la medida en que una economía de mercado puede ser caracterizada como una «economía social de mercado». Gran parte de la deliberación y del conflicto político recae sobre la cuestión de la justicia social o distributiva, y acerca de cuán adecuado o sabio resulta imponer públicamente condiciones adicionales a las obligaciones que los ciudadanos acuerdan contratar entre ellos. En un sentido amplio puede ser correcto pretender, como lo hizo Lord STAIR en uno de los ensayos institucionales más imponentes del derecho moderno temprano, que

los «tres principales principios del derecho positivo [son] sociedad, propiedad y comercio»<sup>28</sup>. Pero debe notarse que el equilibrio entre las exigencias de la sociedad (solidaridad social) y las del comercio (libertad comercial) es siempre objeto de discusión, por lo que el régimen de la propiedad que emerge está coloreado por el balance que se ha alcanzado —y lo mismo puede decirse del derecho de obligaciones—. Todas las economías de mercado son también sociales; pero no todas ellas en la misma medida.

Si todo esto es correcto, una explicación coherente de la naturaleza del derecho, y una explicación coherente del carácter de cualquier sistema jurídico, tiene que tomarse en serio los valores inherentes al carácter de lo jurídico. Esto parece poner en cuestión, no obstante, la pretensión de quien se dedica a la dogmática jurídica o a la filosofía del derecho de estar desarrollando un cuerpo de conocimiento objetivo. Pues podría sostenerse que todo conocimiento objetivo tiene que estar libre de todo juicio de valor, pues todo valor es expresión de la subjetividad humana. En la medida en que los valores de todo jurista son subjetivos, la orientación de su explicación del derecho hacia determinados valores desmiente cualquier pretensión de objetividad en los resultados del jurista.

Tal objeción debe ser enfrentada de frente pues es aplicable a cualquier actividad humana o institución dentro y fuera del derecho. La economía sólo tiene sentido sobre la base de ciertos supuestos sobre la racionalidad en la maximización de las utilidades. La racionalidad, entonces, es un valor, aun cuando los economistas se contentan con tratar los demás valores que las personas racionales persiguen como simples expresiones de sus preferencias. El arte no puede ser explicado en términos de los objetos que resultan estar reunidos en ciertas instituciones que llamamos galerías, ni los artistas son sencillamente aquellas que se dedican a la producción de objetos de este tipo. El arte es una expresión de un valor estético, y sólo reflexionando acerca de lo que es o puede razonablemente ser presentado como dotado de valor estético se es capaz de aprehender el sentido del arte. La educación no es simplemente cualquier sistema de instrucción y enseñanza que esté impartándose en «escuelas» y «universidades», sino el desarrollo y transmisión del conocimiento y la comprensión sobre el mundo natural y humano, siendo tal conocimiento y comprensión de valor para los humanos. La buena educación hace esto exitosamente, la mala enseñanza no lo logra. No puede determinarse lo que cuenta como un auto, o una pintura, o una lección de geografía sin considerar los términos de lo que sería una instancia correcta y afortunada de aquello que es objeto de investigación. Si el «diseño inteligente» es una posición científica que ofrece una aproximación

---

<sup>28</sup> STAIR, 1980: 91 (I.i.18).

razonablemente sostenible acerca de la comprensión de las ciencias de la vida, entonces puede ser adecuadamente incluida en el currículum de enseñanza de las ciencias. Si es una ciencia artificiosa, que disfraza una teología dogmática tras la apariencia de un rival serio al evolucionismo darwiniano, puede ser una materia apropiada para una clase sobre la historia de las ideas, pero no resulta apropiada para ser incluida en el currículum científico en una escuela o universidad que se precie. No se puede decidir qué es sin realizar un juicio de valor y ofreciendo razones para respaldarlo<sup>29</sup>. Personas diferentes pueden estar en desacuerdo, incluso de buena fe, acerca del peso de estas razones, pero no se sigue de esto que no haya ninguna opción que adoptar entre ellas.

Esta representación del carácter de la explicación y comprensión en el ámbito de lo social le debe mucho al trabajo de John FINNIS, quien a su turno reconoció deberle mucho a Max WEBER<sup>30</sup>. La explicación de términos conceptuales tiene que avanzar sobre la base de lo que FINNIS llama su «significado focal». Toda actividad o empresa humana se manifiesta en varias formas e instancias. Algunas de ellas parecen más claras o más centrales, ejemplos más «focales» de la actividad que otros. Esto es porque algunas instancias ejemplifican mejor los valores que son considerados como los que orientan la empresa. Hay una cierta analogía por lo menos entre esto y lo que DWORKIN llama «conceptos interpretativos»<sup>31</sup>. Estos son conceptos que no pueden ser puestos en operación a menos que se apele a algún valor o valores que nos permita utilizarlos de modo que iluminen o hagan inteligible alguna característica de nuestro mundo político y social. Se sigue de esto, según DWORKIN, que sólo la teoría que provea la explicación holísticamente más satisfactoria o atractiva puede finalmente alcanzar un verdadero conocimiento acerca de nuestro mundo social<sup>32</sup>. La objetividad depende de valores y de la capacidad de presentar la mejor y más coherente explicación de éstos. La elucidación de los valores no es la antítesis de la objetividad, sino su precondition. La objetividad, de hecho, sólo importa en tanto valor en el contexto de algún intento por entender y encontrar la verdad.

Para defender la aproximación que este libro adopta con respecto a la explicación es necesario aceptar los elementos que DWORKIN y FINNIS comparten, a pesar de lo mucho que en otras partes sus aproximaciones teóricas

<sup>29</sup> Véase la reciente decisión del juez John E. Jones, III en *Kitzmiller v. Dover Area School District* (2005) WL 578974 (MD Pa 2005), poniendo en duda el estatus científico del diseño inteligente.

<sup>30</sup> FINNIS, 1980: 12-18, citando a WEBER, 1964: 58, 76-82; FREUND, 1968: 51-61. LEITER, 2005 adscribe a FINNIS una «influencia intelectual mayor» tras el debate sobre la metodología jurídica.

<sup>31</sup> Véase DWORKIN, 1986: 48-68 sobre los «conceptos interpretativos». Cfr. PERRY, 1995.

<sup>32</sup> DWORKIN, 1986: 35.

difieren. La metodología del tipo de explicación aquí presentada tiene que ser interpretativa o hermenéutica. Esto es, debe tratar de entender las prácticas e instituciones humanas en términos de lo que las hace inteligibles y valiosas, o al menos valiosas en el conjunto para los seres humanos que participan en ella<sup>33</sup>. De esto no se sigue que no deba buscarse un cierto grado de distancia [*detachment*] por parte del científico social o (en el presente caso) del jurista<sup>34</sup>. Entender al derecho no es simplemente estudiar de cerca y en profundidad qué derecho existe en algún país o tradición. El reconocimiento de que los Estados (y no sólo los Estados) tienen normalmente derecho hace mutuamente inteligibles a las diferentes sociedades-Estados. Esto implica descubrir o ser consciente de que cada uno realiza un cierto grado de orden normativo mantenido o supervisado por instituciones jurídicas que son las instituciones de gobierno superior del Estado. Esos Estados pertenecen al mismo género de Estado de derecho aun cuando puedan tener modos de organización institucional diferentes y diferencias en el contenido normativo de sus principios y reglas jurídicas. Claramente el derecho francés no es derecho inglés ni derecho norteamericano, el sueco no es alemán, y así. El derecho francés separa el derecho público del privado de una manera muy distintiva y con consecuencias que han llevado históricamente a algunos autores de otras tradiciones a poner en duda si el «*droit administratif*» amerita realmente ser llamado «derecho»<sup>35</sup> —aunque obviamente lo amerita y puede ser traducido adecuadamente como «derecho administrativo—». Quienes mantienen la concepción francesa o italiana de la separación de poderes encuentran inaceptable la idea de que los jueces pueden crear «derecho» a través de sus precedentes y no pueden concebir a la creación de reglas por parte del ejecutivo por medio de potestades delegadas por la legislatura como si constituyera propiamente «legislación». Decir que los diversos países que se han mencionado no tienen derecho en el mismo sentido sería, no obstante, algo tan equivocado como decir que el inglés, el italiano, el sueco, y el francés no son lenguajes en el mismo sentido del término «lenguaje», a pesar de sus diferencias de vocabulario, de declinaciones, de sintaxis, etcétera<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Véase HACKER, 1977: 12-18 sobre «Hermeneutics and the Concept of Social Obligation» y compárese con MACCORMICK, 1981. Hasta dónde sé HACKER fue el primero en utilizar la idea de «hermenéutica» en la teoría del derecho en lengua inglesa.

<sup>34</sup> Compárese con DICKSON, 2001 que sostiene que un teórico tiene que considerar al derecho sobre la base de una evaluación de lo que lo hace importante para los participantes, pero que no necesita comprometerse él mismo con estos valores que motivan a los participantes para llevar a cabo exitosamente la actividad teórica.

<sup>35</sup> A. V. DICEY hizo un ataque famoso, si bien a fin de cuentas frustrado, al *droit administratif* en DICEY, 1964: 328-405 (cap. 12).

<sup>36</sup> HALPIN, 2006: 87-88 arguye que existe «un problema de petición de principio inherente al esfuerzo de buscar una definición general de derecho para todos los sistemas jurídicos domésticos». Si una definición explicativa en el presente sentido tiene algún valor, debe ayudarnos a

Ésta es una razón de por qué deberíamos dudar al menos de una de las implicaciones que DWORKIN obtiene de su interpretación del carácter de los conceptos «interpretativos». Al interpretar el derecho (o al interpretar una obra de SHAKESPEARE), sostiene DWORKIN, nuestra tarea es hacer de él lo mejor de su clase en cuanto sea posible<sup>37</sup>. Pero de seguro no es necesario que uno piense en cómo hacer que el derecho francés sea visto bajo su mejor luz en cuanto sea posible, cuando estoy apreciando que Francia tiene realmente derecho, y que es interesante y quizás útil compararlo con el derecho escocés, norteamericano e inglés. Alguien podría compartir algunas de las actitudes que DICEY desplegó en su crítica del *droit administratif* sin siquiera llegar a tener la tentación de concluir que éste no sea algún tipo de «derecho» y una parte importante del derecho de la República francesa. Usado en términos comparativos y como medio para comprender los elementos comunes entre los diferentes Estados, el derecho puede, ciertamente, ser entendido en términos de la orientación de los operadores jurídicos hacia la paz, la justicia y otros valores relacionados, pero con frecuencia de manera inepta y algunas veces con efectos colaterales profundamente indeseables. Pero para este efecto no podemos, ni debemos, partir del supuesto de que nuestro deber es presentar algún orden jurídico en particular bajo su mejor luz posible, mostrando cómo puede realizar mejor la justicia con la menor cantidad de efectos secundarios adversos.

Esto es un elemento significativo de la actividad práctica de aplicación del derecho dentro del sistema, pero no es una parte del concepto de derecho en sí. Como el derecho implica la clase de valores que implica, éste guía en una dirección particular la aplicación práctica de las reglas jurídicas y su interpretación para los fines de su aplicación. Esto se sigue, pero no es constitutivo, del significado del término «derecho». En tanto orden normativo institucional, el derecho es una característica omnipresente de los Estados y de las comunidades políticas sub, súper o interestatales. Por eso tiene que comprenderse en términos de su funcionalidad hacia determinados valores. Esto tiene que ser calificado, sin embargo, con un severo realismo acerca de la omnipresente posibilidad de frustraciones, y de la alta probabilidad de que en todo sistema jurídico existan defectos graves a la luz de los valores que constituyen las causas finales del orden normativo institucional<sup>38</sup>. Algunos trabajos de interpretación jurídica pueden ser presentados con el

---

entender qué es lo que los Estados de derecho tienen en común, aun a pesar de sus muchas y variadas diferencias. Si no todos los Estados resultan ser Estados de derecho esto puede ser todavía más iluminador, en la medida en que es una proposición confirmada por el sentido común.

<sup>37</sup> Véase DWORKIN, 1986: 52-56 sobre la interpretación constructiva.

<sup>38</sup> Para una crítica de las pretensiones excesivas acerca de la «interpretación constructiva», véase TWINING, 1997: 174-177; TWINING y MIERS, 1999: 377-379; TWINING, 2002: 34-37, 472-473.

objeto de exhibir de una manera clara y sin contemplaciones cuáles son las incoherencias e injusticias en determinado cuerpo del derecho vigente, con la esperanza de que así se reconozcan los defectos y emerja presión política en favor de su reforma<sup>39</sup>.

Más aún, la mayoría de las personas envueltas en el derecho son mercenarios. Los abogados, los jueces, los policías y los gendarmes trabajan por un salario —también lo hacen los profesores de derecho—. Al trabajar con el derecho, trabajan con algo a lo que es inherente una clase de orientación a los valores como la que aquí se ha descrito. Pero no lo hacen sólo orientados por estos valores. Es una perversión de la vocación por el derecho que una persona así empleada busca su beneficio personal a costa de la justicia, la paz y demás, como algo distinto a aceptar una legítima remuneración por haber cumplido fielmente su parte en la administración, imposición o estudio del derecho. Sin dudarlo por un momento siquiera, sabemos que esta perversión existe en algún grado en todos los lugares en que se practica, impone y estudia el derecho. Pero no es un caso de esta perversión el abogado que, como tal, presenta el caso de su cliente bajo su mejor luz, aun cuando la opinión del abogado sea que en verdad la pretensión de la otra parte sea la correcta —pues decidir esto es algo propio del rol de juez, no del abogado—.

## 6. OTRA VEZ —«MIND THE GAP!»

Es previsible que a algunos lectores de este libro les parezca que la explicación del derecho como una orden normativo institucional está construida en torno a un conjunto de valores ingenuo e indebidamente optimista. Esos valores contrastan notablemente con el Estado del mundo real y con las circunstancias sociales en la que los sistemas jurídicos se encuentran. Confrontando la mezquindad y miseria de la vida en prisión, las impresionantes desigualdades en la vida de las ciudades contemporáneas incluso en los países con más recursos, el cinismo y la indiferencia que exhiben muchos funcionarios públicos, el brutal desprecio que muchos jóvenes que abusan del alcohol y las drogas manifiestan hacia los valores civilizados, ¿cómo puede uno atreverse a repetir el lugar común de que el derecho penal protege la civilidad de la sociedad civil? Dada la enorme y creciente desigualdad de ingresos y bienestar entre la élite capitalista y el resto, así como entre paí-

<sup>39</sup> Esto puede extenderse a las novelas satíricas que destacan en qué el derecho vigente de una determinada jurisdicción está mal encaminado. La sátira de HERBERT, 1934 expresó una interpretación crítica del derecho sobre el divorcio y su práctica tal como operaba en Inglaterra durante los años treinta», y tuvo ciertamente una influyente contribución al desarrollo del clima político en el que la reforma del derecho sobre el divorcio se hizo posible.

ses ricos y pobres ¿por qué seguir con eso de que el derecho es un sistema entrelazado con la justicia, sea la justicia distributiva vía derecho público o la justicia correctiva vía derecho privado? Como ha argumentado Roger COTTERELL, los filósofos del derecho necesitan dejar sus escritorios de vez en cuando y mirar el funcionamiento real de las instituciones del derecho en las sociedades actuales<sup>40</sup>. O como mínimo, deberían tomarse más en serio los resultados de las investigaciones de quienes de este modo han realizado estudios de sociología empírica del derecho. Los sistemas jurídicos y las prácticas jurídicas son quizás con la misma frecuencia tanto causa de sufrimiento real y, de hecho, de real injusticia como de lo inverso. ¿Por qué privilegiar la justicia como una especial virtud del derecho, si el derecho real está frecuentemente falto de justicia?

Otra analogía más podría ayudar a alcanzar una respuesta. Es evidentemente cierto que la conducción de vehículos motorizados es una de las principales causas de muertes y de lesiones en las sociedades contemporáneas. La tasas de accidentes varían de una manera notable de un país a otro, pero ninguno ha sido capaz de suprimir el frecuente dolor y sufrimiento que una y otra vez los automóviles infligen a las personas. Muchos profesionales, desde los agentes policiales de tráfico hasta el personal médico de accidentes y urgencias, son empleados para enfrentar esta amenaza. Sería, no obstante, algo obviamente absurdo desarrollar una teoría conforme a la que los automóviles deberían ser considerados instrumentos eficientes para matar y damnificar a la población, que deben ser consecuentemente apreciados como una contribución a la ocupación laboral de agentes policiales y del personal médico. Los automóviles, a diferencia de los tanques, deben ser apreciados no por su potencialidad letal, sino a pesar de ésta. Existen para el transporte eficiente, cómodo y seguro de las personas —y acarrear con ellos además, indudablemente, un elemento simbólico de estatus. Se tiende a preferir los fabricantes de automóviles que son capaces de desarrollar autos más seguros, por lo menos para sus ocupantes, y sus anuncios publicitarios tienden a destacar estas cualidades. Los legisladores, y los ministros con potestades delegadas para crear normas administrativas, desarrollan un conjunto de reglas reguladoras y estándares, algunas veces impuestos a través de regímenes de responsabilidad estricta, para asegurar que los riesgos que derivan de la conducción de automóviles se mantengan en un nivel aceptablemente bajo en relación con los otros valores que se han notado. Los automóviles son un medio de transporte de personas deseables con peligrosos efectos colaterales. No son armas letales con efectos secundarios beneficiosos para el transporte de personas. Éste es un hecho objetivo

---

<sup>40</sup> COTTERELL, 1989.

acerca de los automóviles en las sociedades contemporáneas. Es un hecho objetivo reflejado en las actitudes y preferencias de conductores, peatones, fabricantes, distribuidoras de automóviles, legisladores y demás. No es un hecho acerca de estas actitudes sino que está fundado en ellas. Es un hecho que no se ve contradicho por el uso ocasional de automóviles para infligir intencionalmente lesiones mortales o como medio de escape para asaltantes, y similares. Uno no tiene que ser un genio para diferenciar entre el abuso de algo y su uso apropiado, aun cuando la posibilidad del abuso es inherente a las cualidades que hacen posible su uso apropiado.

De la misma manera, aunque resulta bastante más complicado, uno puede hacer un contraste entre las consecuencias dañinas e injustas de muchas leyes y de una parte considerable de la administración e imposición del derecho y la aspiración a la civilidad y la justicia que es intrínseca a las instituciones jurídicas. Los daños y las injusticias son efectos colaterales indeseables (aunque quizás en cierta medida inevitables) de instituciones cuyos fines característicos (o «causa final») es asegurar la paz y la civilidad en condiciones de justicia que hagan posible que mercados libres y equitativos funcionen. Decir lo contrario equivale a afirmar algo que no puede sostenerse seriamente —que los sistemas jurídicos funcionan apropiadamente en la medida en que permiten la tiranía y la explotación, si bien en ocasiones producen como efectos colaterales justicia y civilidad—. Se puede decir, del mismo modo, que sólo quien puede hablar un lenguaje puede engañar a las personas diciéndoles mentiras. No puede tomarse en serio el supuesto de que el engaño es la función de la comunicación lingüística humana y no un efecto secundario normalmente indeseable. Pues, como Thomas REID destacó hace ya mucho tiempo, así nadie podría aprender un lenguaje y engañar por medio de decir mentiras; sería, de hecho, imposible<sup>41</sup>.

La moraleja de la historia hasta aquí es «*mind the gap!*». No puede negarse que una comprensión conceptualmente satisfactoria del derecho debe mirar hacia su significado focal y reconocer que el carácter de un concepto interpretativo como el derecho debe tomar en cuenta los valores hacia los que actividad jurídica está orientada. Pero esto hace urgente atender a la brecha que existe entre el derecho conceptualmente aprehendido y el derecho en su real implementación e impacto. Es, pues, importante preguntar qué hacen realmente los abogados, los jueces y los funcionarios encargados de la imposición del derecho. Todo el que esté interesado en el derecho debe ineluctablemente prestar seriamente atención y considerar de manera

---

<sup>41</sup> Véase REID, 1969: 443 (Ensayo V, cap. 6), sobre la imposibilidad y carácter autocontradictorio del engaño: «Sin fidelidad y confianza, no podría haber sociedad humana».

sistemática las respuestas a estas preguntas y a otras similares que sean el resultado de la investigación en sociología de las profesiones o del derecho, o de los estudios criminológicos o de economía aplicada. Esto se aplica especialmente a quienes lo estudian doctrinaria o filosóficamente, o se dedican a la dogmática jurídica y la academia. Pues tiene que existir algún tipo de equilibrio reflexivo entre la comprensión conceptual de una categoría como «derecho» y explicaciones empíricas metodológicamente confiables de los multifacéticos tipos de actividades que se llevan a cabo con la pretensión de estar orientadas hacia el derecho<sup>42</sup>. Las suposiciones de algunos teóricos acerca del carácter y la orientación a valores del derecho pueden resultar discordantes con partes sustanciales de las explicaciones empíricas más confiables. Esto no refuta la explicación conceptual en cuestión, aunque la vuelve más persuasiva si ella resulta más concordante. La presente teoría del derecho como orden normativo institucional parece ser más concordante con las explicaciones empíricas de las actividades jurídicas que la mayoría de sus rivales, mientras que al mismo tiempo puede explicar la forma en que el derecho es una categoría práctica de la vida humana, revelada en la orientación a valores que se ha estado discutiendo. Si esto es correcto, constituye ciertamente un punto a favor de la teoría.

Para aquellos que todavía estén reticentes frente al argumento de que el derecho en tanto categoría no puede simplemente ser equivalente con lo que los abogados hacen, consideremos otra analogía, tomando el caso de la salud y de los profesionales de la salud. La «salud» es de manera bastante obvia un valor, que es actualizado por todos aquellos organismos que están en buenas condiciones de acuerdo al tipo de organismo que son. La salud física y mental constituye un asunto de gran importancia para los seres humanos, y la organización de los servicios de salud, ya sea en el sector público o en el privado, o alguna combinación de estos dos, es objeto de perenne preocupación y controversia. La regulación y reconocimiento de licencias para distintos tipos de profesionales de la salud es un asunto de importancia, y en todos los Estados contemporáneos se han establecido instituciones públicas y leyes que lo hacen, en favor de lo que supone es de interés general. Se puede construir una teoría que podríamos denominar «realismo médico», que sostenga que la medicina no es más que el agregado de las prácticas de quienes ejercen la medicina y profesiones de la salud relacionadas, estando públicamente autorizados para hacerlo. Parecería que en ella se encontraría una cruda verdad. La medicina es lo que de hecho hacen los doctores, y nada más pretencioso que esto<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Cfr. COTTERRELL, 1995: 222-234; TAMANAH, 2001: 77-107.

<sup>43</sup> Cfr. Oliver Wendell HOLMES, Jr.: «Las profecías de lo que en de hecho harán los jueces, y nada más pretencioso que esto, es lo que entiendo por derecho» (HOLMES, 1920: 173).

¿Pero y si algunas cosas de lo que hacen los médicos resultan ser dañinas para los pacientes?, ¿qué sucede con las enfermedades así llamadas iatrogénicas? Cuando yo era joven quienes ejercían la medicina nos recomendaban mantenernos lejos de las piscinas en climas cálidos, porque la poliomielitis parecía transmitirse a través del agua —¿era esto médicamente correcto porque los médicos decían que lo era?—. Me acuerdo también de una época en que los doctores aconsejaban a las mujeres el consumo de tabaco, porque era beneficioso como medio de control de los desórdenes nerviosos. Todavía sucede que en los hospitales algunas personas enfermen por infecciones de SAMR mientras estaban siendo tratados para sanarlos de otra cosa.

La moraleja de esta historia es que la medicina es acerca de la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, pero los seres humanos son capaces de cometer errores en la búsqueda de estos objetivos. Los estudios epidemiológicos y otros estudios empíricos acerca del modo en que trabajan los profesionales de la salud son de enorme importancia y pueden contribuir de muchas maneras a la crítica y reforma de la práctica de la medicina. Pero éstos no desplazan del lugar central a los conceptos evaluativos «salud» y «enfermedad» en una explicación conceptual de la medicina. Lo mismo puede decirse *mutatis mutandis* para el derecho. Nuevamente, empero, el hecho de que «salud» es un concepto interpretativo no justifica la conclusión de que el estudio de la medicina deba buscar presentarla siempre bajo su mejor luz posible. Se tiene que ser cándido tanto respecto de las deficiencias como de los éxitos. Quienes desarrollaron la talidomida y quienes prescribieron dosis del fármaco lo hicieron con la mejor de las intenciones y motivados a reducir el dolor y las incomodidades de los primeros meses del embarazo. Pero esto fue un desastre que fracturó muchas vidas. La bien intencionada (pero también lucrativamente orientada) búsqueda de curar en este caso causó deformidades, niños dañados y trajo sufrimiento y angustia a sus padres. En tanto prescrita a mujeres embarazadas, la talidomida fue una mala medicina en cualquier sentido de la expresión. Pero el concepto de medicina se aplica también a este caso, así como a los brillantes logros de quienes desarrollaron la penicilina o comenzaron con los trasplantes de riñón o la fertilización in vitro.

Por cierto, desde el punto de vista de quien la ejerce con una verdadera vocación por las artes curativas, la idea de medicina como lo orientado a todo lo que sea verdaderamente beneficioso para la salud física y mental de los seres humanos es la idea motivante. El esfuerzo de comprender alguna forma de cáncer, o esquizofrenia, o depresión, de encontrar sus causas y sus potenciales curas, y mientras tanto aliviar tanto como sea posible lo que todavía no puede ser curado, tiene el propósito de que el paciente o las personas afectadas recobren en cuanto puedan su salud. Los conceptos interpretativos son, ciertamente, intrínsecos a la motivación bajo una determinada práctica. Esto explica por qué incluso en sus usos descriptivos y

menos comprometidos [*detached*] esos conceptos mantienen su orientación a valores y por eso nos permiten describir.

Lo anterior no erosiona el proyecto de una descripción descomprometida, y por cierto las ciencias del derecho y la teoría del derecho proceden y deben proceder de una manera descriptiva y descomprometida. La objetividad de la buena dogmática es diferente de la imparcialidad que unida a un compromiso con la justicia es propia de la buena adjudicación. Esto es, aunque lo toma en consideración, la objetividad académica se diferencia del compromiso motivacional que adopta el que da un paso más allá de la ciencia jurídica o de la teoría del derecho y asume roles como los de abogado, juez, reformador del derecho o legislador<sup>44</sup>. Esto no implica pretender que uno ha encontrado un cierto punto «arquimideano» fuera, o quizás «arriba», de la actividad práctica a partir del cual uno mira hacia abajo la actividad y ve que no representa nada real<sup>45</sup>. Más bien, como LUHMANN ha destacado, supone una cierta forma de autoobservación del sistema jurídico desde dentro, pero una observación que no tiene por objeto la solución de problemas prácticos actuales que se hayan presentado dentro<sup>46</sup>.

## 7 ¿UN FÁCIL ECLECTICISMO?

Una parte importante del mensaje de la parte tercera de este libro tiene relación con la interacción entre el derecho, la política y la economía como elementos de la totalidad de la vida social contemporánea. La civilidad de la sociedad civil se expresa en y depende de esta interacción. La teoría de sistemas de LUHMANN provee de una explicación sociológica a gran escala de esto, retratando al derecho, la política y la economía (junto con otros) como grandes subsistemas del sistema social global. Cada uno se distingue por su propia autoconcepción holística, y cada uno recibe *inputs* de los otros sólo a través de su interpretación de acuerdo al código apropiado al sistema receptor. Éste es un mundo social de un entendimiento mutuo imperfecto en el que cada sistema está constantemente ajustándose a los *inputs* de los demás que están a su vez en perpetuo autoajuste.

<sup>44</sup> DICKSON, 2001, arguye en favor de que el académico adopte una posición relativamente descomprometida pero manteniendo el compromiso con algunas cuestiones de valor. Para una defensa de una posición más comprometida y prescriptiva, véase SCHAUER, 2005. Para una excelente visión general, pero crítica, de los recientes debates metodológicos, véase HALPIN, 2006.

<sup>45</sup> DWORKIN ha criticado la metodología «arquimideana» de HART y otros en su pretensión de estar construyendo una teoría del conocimiento ajena al conocimiento que se quiere explicar. Véase DWORKIN, 2004.

<sup>46</sup> La metodología aquí defendida no pretende ser arquimideana en este sentido, por las razones explicadas por LUHMANN, 2004: 58-59, 305-307.

La teoría institucional presentada en este libro no se deriva de la teoría sociológica de sistemas, ni ninguna de sus principales tesis se pueden obtener de la teoría de sistemas. No obstante, las dos aproximaciones resultan notablemente compatibles, dado especialmente el rol que la teoría de sistemas asigna a la autoobservación interna desde dentro del sistema. Para repetir un punto en el que se reparó en el capítulo introductorio:

Son inherentes al derecho las actividades de primera línea como la creación y la aplicación del derecho, la representación en juicio, la asesoría jurídica, la planificación y realización de acciones, y las de segunda línea como la observación de estas actividades desde el marco de la práctica tomada como un todo. El estudiante o académico del derecho, que actúa en segunda línea al exponer teórica o dogmáticamente el derecho mantiene, a diferencia del actor de primera línea, una cierta desvinculación [*detachment*]. Por otra parte, estos actores de segunda línea tienen un nivel de compromiso relativamente alto en comparación con los observadores puramente externos. Estos últimos (por ejemplo) toman todo el corpus de actividad jurídica, incluyendo la producción de los académicos y filósofos del derecho, como un objeto de investigación a ser estudiado desde el punto de vista de las cuestiones sociológicas o antropológicas, o de la economía o ciencia política<sup>47</sup>.

Se sigue que existe una diferencia entre el derecho y la política (o entre el derecho y la economía) así como también una importante medida de superposición entre ellos. Ninguna cuestión jurídicamente importante carece de implicaciones políticas y viceversa. Nadie podría tener una filosofía del derecho bien considerada que no engarzara con una posición de filosofía política igualmente bien considerada. Pero esto no significa que la primera colapsa en la segunda. Aceptar aquí la línea de LUHMANN supone necesariamente rechazar la de DWORKIN, quien defiende una concepción esencialmente unitaria de la filosofía jurídica y política.

En la misma medida, sin embargo, uno no necesita seguir todo el camino con LUHMANN, para quien los individuos humanos son considerados por la sociología como «sistemas psíquicos», que interactúan con los demás sistemas del entorno. Una concepción como ésta resulta totalmente incompatible con la insistencia en la autonomía moral en torno a la que se ha construido la explicación de la diferenciación entre moral y derecho en los capítulos XIV y XV. En estos capítulos mucho se debe a la «teoría del discurso» de Robert ALEXY, y a su turno a Jürgen HABERMAS, y más allá de ellos, a KANT. Como es bien sabido LUHMANN y HABERMAS eran adversarios entre sí en el campo intelectual.

---

<sup>47</sup> Véase *supra* p. 23.

Es fácil prever en este punto, en consecuencia, una crítica a las tesis de este libro que lo acusará de un fácil eclecticismo o sincretismo metodológico. Los críticos podrían decir que se trata de sólo de un jurista pasando frívolamente de una teoría incompatible a otra teoría incompatible, adoptando las porciones que le resultan atractivas y amontonándolas juntas con completa indiferencia a su profunda incompatibilidad. Estas críticas estaría, sin embargo, mal encaminadas. Dejarse impresionar con tales acusaciones implicaría replegarse a un tipo de aislamiento teórico como el que ha reprochado Roger COTTERRELL. En lo que a mí concierne, las premisas fundamentales del argumento fundado en la autonomía moral vienen primero. Las sociedades humanas son sociedades de personas con la capacidad de ejercer una autonomía moral en sus vidas. Esto puede suceder en las condiciones de la sociedad civil (quizás también en otras, pero con seguridad en las de la sociedad civil), en las que es posible la interacción civil entre las personas. La sociedad civil exige alguna forma de derecho, y el orden jurídico de un Estado constitucional, o Estado de derecho, es ciertamente un elemento crucial para el aseguramiento de la civilidad. Pero otros elementos claves son las relaciones económicas y la política. Aceptar la teoría de sistemas por la luz que proporciona sobre la interacción entre estos elementos no exige abandonar el juicio crítico respecto de las partes menos convincentes de la teoría. Lo mismo puede decirse de otros cuerpos de conocimiento sobre los que me he aprovechado para este libro y los volúmenes que lo acompañan.

## 8. CONCLUSIONES FINALES

Lo que en este libro se ha establecido sobre el derecho y el conocimiento jurídico puede resumirse así:

1. Un orden normativo es posible porque los seres humanos son usuarios de normas. Ellos pueden coordinar, y en todas partes de hecho coordinan, sus actividades por referencia a estándares comunes o compartidos, aun cuando no se hayan explicitado o formalizado de manera alguna. Esta misma capacidad para la coordinación hace posible, a su vez, la formalización, o institucionalización, de agencias de creación, aplicación e imposición de normas. Los Estados constitucionales son un ejemplo bastante espectacular de esto. Pero, en un análisis último, lo formal siempre descansa en fundamentos consuetudinarios, informales.

2. Un orden normativo institucional hace posible la creación explícita de reglas legisladas y el despliegue articulado de principios subyacentes a través de la adjudicación y el desarrollo de la ciencia jurídica. El derecho en tanto orden normativo institucional viene a ser, de este modo, un todo complejo y sistemático. En el marco de éste, las personas son definidas y pueden ocupar una

variedad siempre cambiante de posiciones y relaciones jurídicas. Conocerlas es conocer hechos institucionales. Esto supone la interpretación de los hechos y eventos que existen o han acaecido, o que sucederán o podrían ocurrir, a la luz de normas institucionales o no institucionales y sus valores subyacentes. Tal conocimiento es potencialmente motivador, aunque en gran parte de los casos en que tal interpretación podría hacerse nadie de hecho la considera o realiza.

3. El carácter institucional del derecho es inteligible sólo si se adopta el presupuesto de que los fines intrínsecos de la actividad de gobierno de acuerdo al derecho son la realización de la justicia y del bien común, según una concepción razonable de éstos.

4. El carácter sistemático del derecho es mejor percibido cuando se considera la subdivisión del cuerpo completo de los materiales jurídicos en las categorías del derecho público (con el satélite contemporáneo de los derechos humanos), el derecho penal y el derecho privado, y sus respectivas subdivisiones. Para poder comprenderlas completamente, uno tiene que considerar los valores diferentes pero complementarios que están implícitos en cada una de estas ramas del derecho: el gobierno ordenado y la justicia distributiva; la paz civil y la justicia retributiva; la vida privada y la economía de mercado, respaldadas mediante un mecanismo de tutela de justicia correctiva.

5. La institucionalización del derecho supone que el derecho estatal tiene un carácter positivo (o «puesto»). En consecuencia, el derecho está en contraste fundamental con la moral autónoma, a pesar de que la capacidad humana para concebir y perseguir los imperativos de un código moral autónomo puede muy bien requerir de un contexto de civilidad como el que puede proporcionar el derecho estatal. La diferencia entre el derecho y la moral no supone que el derecho en sí mismo o su estudio inteligente esté libre de valores. De hecho, una teoría del derecho con sentido puede y debe afirmar que para la existencia de cualquier norma institucional como derecho resulta esencial la satisfacción mínima de algunas exigencias de justicia. Éstas mismas han sido objeto de institucionalización en mundo contemporáneo a través de las convenciones o cartas de derechos humanos, y similares.

## 9. CODA

Al terminar, es necesario enfrentar todavía una vez más un temor perenne entre los pensadores del derecho. Este temor puede ser provocado por el hecho de que, como aquí se ha sostenido, toda exposición del derecho, sea del derecho en general o alguna rama del derecho vigente en alguna parte (como el derecho de contratos en Francia, el derecho administrativo en Noruega, o el derecho comunitario europeo sobre libre competencia), necesita hacer referencias a valores.

El temor es que esta referencia a valores prive a la teoría del derecho y a la dogmática jurídica (doctrina legal, ciencia jurídica, academia jurídica, es-

tudios jurídicos) de cualquier pretensión de cientificidad. Si esto fuera verdad, las facultades de derecho, en la medida en que son algo más que meras escuelas profesionales que enseñan habilidades y trucos para ciertos tipos de trabajo, algunos de ellos cuestionables, serían difusoras de ideologías, no diseminadoras de conocimiento e instrucción. Si esto fuera cierto, la teoría del derecho se convertiría, o sería vista como si lo hubiera sido siempre, en un ejercicio de legitimación del Estado actual y su forma de gobierno. En ese caso, los profesores de derecho serían meros apologistas del orden establecido, interpretándolo bajo su mejor luz. Aquellos que no puedan tomar en conciencia este rol no podrían sino adoptar el rol de iconoclastas dentro de la academia, destrozando las doctrinas recibidas y presentando versiones alternativas que sistemáticamente pusieran de cabeza los valores y las explicaciones valorativamente tendenciosas desarrolladas por la ortodoxia. Un trabajo como éste no sería científico ciertamente, pero no sería menos científico que las explicaciones ortodoxas. Sería una ideología, de seguro —pero sería una honesta y abierta ideología, no una ideología legitimatoria escondida tras la fachada de alguna objetividad científico jurídica—<sup>48</sup>.

La respuesta a esto reitera la observación de que los artefactos e inventos humanos, incluyendo las reglas bajo las que las personas tratan de vivir, o conseguir que otras vivan, tienen que ser entendidas funcionalmente. ¿cuál es su sentido, cuál es la causa final a las que están orientadas? Ellas lo hacen bien o mal, están en buena o mala forma, en la medida en que puedan ser vistas como operativas para la consecución de estos fines esenciales con un mínimo de efectos colaterales adversos. Qué funciones deben ser adscritas al derecho en general o a alguna ley en particular, o cualquier otra producción humana, es algo evidentemente discutible. Si en vez de declararlos abiertamente, un trabajo sobre derecho omite confrontar y dar cuenta de los valores involucrados, puede dar la apariencia de que tiene mayor objetividad. Pero lo que es ideológico en un sentido peyorativo es ocultar la orientación a valores, no su abierta adopción. Una interpretación honesta, que declara abiertamente los valores que presupone, y que está tan alerta a las fallas como a los éxitos del sistema juzgados a la luz de esos valores, es la mejor objetividad disponible para las ciencias humanas, incluida la teoría del derecho.

---

<sup>48</sup> BALKIN, 2003; cfr. LUCY, 2000 apreciando críticamente KENNEDY, 1997.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, R., 1982: *Taking Juvenile Justice Seriously*, Edinburgh: Scottish Academic Press.
- ALEXY, R., 1988: *Theory of Legal Argumentation*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de ESPEJO, I., y ATIENZA, M.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- 1992: *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München: Verlag Karl Alber. Hay traducción castellana de SEÑA, J.: *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004.
- 2002a: *The Argument from Injustice*, Oxford: Clarendon Press.
- 2002b: *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de BERNAL PULIDO, C.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- ALLEN, C. K., 1931: *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press.
- ALLOT, P., 2002: *The Health of Nations: Society and Law Beyond the State*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ANDERSON, G. W. (ed), 1999: *Rights and Democracy: Essays in UK-Canadian Constitutionalism*, London: Blackstone Press.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1958: «On Brute Facts», *Analysis*, 18: 69-72.
- AQUINO, T. DE, 1998: *Summa Theologiae*, London: Eyre and Spottiswoode in association with Methuen.
- ARISTÓTELES, 1912: *A Treatise on Government*, London: J M Dent. Hay traducción castellana de GARCÍA GUAL, C. y PÉREZ, A.: *Política*, Madrid: Alianza, 2005.
- 2000: *Nicomachean Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press. Hay traducción castellana de ARAUJO, M., y MARÍAS, J.: *Ética a Nicómaco*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ARMSTRONG, D. M., 1989: *Universals: an Opinionated Introduction*, Boulder, Colorado: Westview Press.

- ATRIA, F., 2002: *On Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing.
- AUSTIN, J., 1897: *A Plea for the Constitution*, London.
- 1995: *The Province of Jurisprudence Determinated*, Cambridge: Cambridge University Press. Hay traducción castellana de PÁRAMO ARGÜELLES, R. DE: *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- AUSTIN, J. L., 1961: «Performative Utterances», en AUSTIN, J. L.: *Philosophical Papers*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de GARCÍA SUÁREZ, A.: *Ensayos Filosóficos*, Madrid: Alianza, 1989.
- 1962: *How to Do Things with Words*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de CARRIÓ, G. y RABOSI, E.: *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona: Paidós, 2008.
- BAKER, G. P., 1977: «Defeasability and Meaning», en HACKER, P., y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford: Clarendon Press: 26-57.
- BALKIN, J., 1993: «Ideological Drift and the Struggle over Meaning», *Conn Law Rev*, 25.
- 2003: *Cultural Software: A Theory of Ideology*, New Haven, Conn: Yale University Press.
- BANKOWSKI, Z., 2001: *Living Lawfully: law in love and love in law*, Dordrecht: Kluwer.
- BAYLES, M., 1992: *Hart's Legal Philosophy*, Dordrecht: Kluwer.
- BELL, G. J., 1989: *Principles of the Law of Scotland*, 10.ª ed., Edinburgh: Butterworths and Law Society of Scotland.
- BENGOETXEA, J., 1993: *The Legal Reasoning of European Court of Justice*, Oxford: Clarendon Press.
- BENTHAM, J., 1970a: *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London: Athlone Press.
- 1970b: *Of Laws in General*, London: Athlone Press.
- 1977: *A Fragment on Government* en *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, London: Athlone Press. Hay traducción castellana de BOCARDO CRESPO, E.: *Un Fragmento sobre el Gobierno*, Madrid: Tecnos, 2003.
- 2002: «Nonsense Upon Stilts», en SCHOFIELD, P., PEASE-WATKIN, C., y BLAMIRE, C. (eds.): *Rights, Representation and Reform: Nonsense Upon Stilts and Other Writings on the French Revolution*, Oxford: Oxford University Press.
- BEYLEVELD, D., y BROWNSWORD, R., 1986: *Law as a Moral Judgment*, London: Sweet and Maxwell.
- BIRKS, P. y MCLEOD, G. (eds. y trads.), 1987: *Justinian's Institutes*, London: Duckworth.
- BIX, B., 1993: *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford: Oxford University Press.
- 2006: *Jurisprudence: Theory and Context*, 4.ª ed., London: Sweet & Maxwell.
- BJARUP, J., 2005: «Social Action: the Foundation of Customary Law», en ØREBECH, P., BOSSELMAN, F., BJARUP, J., et al.: *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge: Cambridge University Press, 89-157.
- BOURDIEU, P., 1977: *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.

- BRADLEY, F. H., 1927: *Ethical Studies*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press.
- BRYCE, J., 1901: *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 2, Oxford: Clarendon Press.
- CAENEGEM, R. C. VAN, 1995: *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CAIRNS, J. W., 1998: «Academic Feud, Blood Feud and William Welwood: Legal Education in St Andrews, 1560-1611», Partes 1 y 2, *Edinburgh Law Review*, 2: 158-179, 225-287.
- CAIRNS, J. W., 2001: «The Moveable Text of Mackenzie: Bibliographical Problems for the Scottish Concept of Institutional Writing», en CAIRNS, J. W., y ROBINSON, O. F. (eds): *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, Oxford: Hart Publishing: 235-248.
- CAMPBELL, T., 1996: *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth.
- 2006: *Rights: A Critical Introduction*, Abingdon, Oxon: Routledge.
- CANE, P., 2002: *Responsibility in Law and Morality*, Oxford: Hart Publishing.
- CARRUTHERS, J., 2005: *The Transfer of Property in the Conflict of Laws*, Oxford: Oxford University Press.
- CATTRELL, V. A. C., et. al. (eds.), 1998: *Crime and the Law: the Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London: Europa Publications.
- CLAUS, L., 2005: «Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation», *Oxford Journal of Legal Studies*, 25: 419-452.
- COLEMAN, J., 1999: *The Practice of Principle*, Oxford: Clarendon Press.
- COLLINS, H., 1982: *Marxism and Law*, Oxford: Oxford University Press.
- COTTERRELL, R., 1989: *The Politics of Jurisprudence: a Critical Introduction to Legal Philosophy*, London: Butterworth.
- 1992: *The Sociology of Law*, London: Butterworths.
- 1995: *Law's Community*, Oxford: Clarendon Press.
- 1999: *Emile Durkheim: Law in a Moral Domain*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- CRAIG, P., 1990: *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford: Clarendon Press.
- CRAINER, S., 1993: *Zeebrugge: Learning from Disaster: Lessons in corporate responsibility*, London: Herald Charitable Trust.
- DALGARNO, M., 1984: «Reid's Natural Jurisprudence: The Language of Rights and Duties», en HOPE, V. (ed.): *Philosophers of the Scottish Enlightenment*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- DANCY, J., 2004: *Ethics without Principles*, Oxford: Clarendon Press.
- DAVIES, D., 1992: *Delimiting the Law: «Postmodernism» and the Politics of Law*, London: Pluto.
- DENZA, E., 1998: *Diplomatic Law: a Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press.
- DERRIDA, J., 1992: «The Force of Law», en DERRIDA, J.: *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York: Routledge. Hay traducción castellana de BARBERÁ, A., y PEÑALVER GÓMEZ, P.: *Fuerza de ley*, Madrid: Tecnos, 1997.
- DETMOLD, M. J., 1984: *The Unity of Law and Morality*, London: Routledge and Kegan Paul.

- DEVLIN, P., 1965: *The Enforcement of Morals*, London: Oxford University Press.
- DICEY, A. V., 1964: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10.<sup>a</sup> ed., London: Macmillan.
- DICK HOWARD, A. E. (ed.), 1992: *The United States Constitution: Roots, Rights and Responsibilities*, Washington, DC-London: Smithsonian Inst. Press.
- DICKSON, J., 2001: *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing.
- DONAGAN, A., 1979: *The Theory of Morality*, Chicago, Ill: University of Chicago Press.
- DOUGLAS-SCOTT, S., 2002: *Constitutional Law of the European Union*, Harlow: Longman.
- DRUCKER, H. M., 1979: *Doctrine and Ethos in the Labour Party*, London: G Allen & Unwin.
- DUFF, A., 1986: *Trials and Punishments*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 2001: *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- DURKHEIM, E., 1933: *The Division of Labour in Society*, Glencoe, Ill: Free Press. Hay traducción castellana de ZUÑIGA, L. R.: *La división del trabajo social*, Madrid: Akal, 2001.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth. Hay traducción castellana de GUASTAVINO, M.: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.
- 1985: «Rights as Trumps», en WALDRON, J. (ed.), 1985: *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 153-167.
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Ma.: Harvard University Press. Hay traducción castellana de FERRARI, C., y revisión técnica de ABRIL, E.: *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa, 1988.
- 1991: «On Gaps in the Law», en AMSELEK, P., y MACCORMICK, N. (eds.): *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh: Edinburgh University Press: 84-90.
- 1995: «Constitutionalism and Democracy», *European Journal of Philosophy*, 3: 2-11.
- 2004: «Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24: 1-37.
- DYZENHAUS, D., 1991: *Hard Cases in Wicked Legal Systems*, Oxford: Clarendon Press.
- 1997: *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford: Clarendon Press.
- ENDO, K., 1994: «The Principle of Subsidiarity: from Johannes Althusius to Jacques Delors», *Hokkaido Law Review*, 43.
- ENG, S., 2003: *Analysis of Dis/Agreement with Particular Reference to Law and Legal Theory*, Dordrecht: Kluwer.
- ERSKINE, J., 1989: *An Institute of the Law of Scotland*, 8.<sup>a</sup> ed., Edinburgh: Butterworths and Law Society of Scotland.
- FABRE, C., 2000a: «The Dignity of Rights: Jeremy Waldron's Law and Disagreement», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 271-282.
- 2000b: *Social Rights Under the Constitution*, Oxford: Clarendon Press.
- 2006: *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford: Oxford University Press.

- FARSON, R., 1978: *Birthrights*, Karmoonsworth: Penguin Books.
- FEINBERG, J., 1970a: «The Expressive Function of Punishment», en FEINBERG, J.: *Doing and Deserving*, Princeton, NJ: Princeton University Press: 95-118.
- 1970b: *Doing and Deserving*, Princeton, NJ: Princeton University Press.
- 1984: *The Moral Limits of Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- FERGUSON, A., 1966: *An Essay on the History of Civil Society*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- FINNIS, J., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de ORREGO, C.: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- 1983: *Fundamentals of Ethics*, Oxford: Clarendon Press.
- 1985: «On "The Critical Legal Studies Movement"», *American Journal of Jurisprudence*, 30: 21-42.
- FISS, O., 2006: «The War against Terrorism and the Rule of Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26: 235-256.
- FOUCAULT, M., 1979: *The History of Sexuality*, vol. 1, London: Allen Lane. Hay Traducción castellana de GUINAZÚ, U.: *La historia de la sexualidad, I*, Madrid: Siglo XXI, 2006.
- 1980: *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings*, New York, NY: Pantheon.
- FRASER, G. M., 1971: *The Steel Bonnets: the story of the Anglo-Scottish borders reivers*, London: Barrie and Jenkins.
- FREUND, J., 1968: *The Sociology of Max Weber*, London: Allen Lane, Penguin Press. Hay traducción castellana de GIL NOVALES, A.: *La sociología de Max Weber*, Barcelona: Península, 1973.
- FULLER, L. L., 1967: *Legal Fictions*, Standford, Ca: Standford University Press.
- GARLAND, D., 2001: *The Culture of Control*, Oxford: Oxford University Press.
- GIERKE, O., 1900: *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge: Cambridge University Press. Hay traducción castellana de GARCÍA-ESCUADERO, P.: *Teorías políticas de la Edad Media*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- GLOAG, W. M., y HENDERSON, R. C., 1987: *An Introduction to the Law of Scotland*, 9.ª ed., Edinburgh: W Green & Son.
- GRAY, J. C., 1921: *Nature and Sources of the Law*, 2.ª ed., New York, NY: Macmillan.
- 1985: *The Nature and Sources of the Law*, 2.ª ed., Birmingham, Ala: Legal Classics Library.
- GREENAWALT, K., 1988: «Hart's Rule of Recognition and the United States», *Ratio Juris*, 1: 40-57.
- GREENE, L., 2005: «General Jurisprudence: A Twenty-Fifth Anniversary Essay», *Oxford Journal of Legal Studies*, 25: 565-580.
- GRETTON, G., 2000: «Trust without Equity», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49: 599-620.
- GRIFFITH, J. A. G., 1997: *The Politics of the Judiciary*, 5.ª ed., London: Fontana Press.
- HAAKONSSON, K., 1996: *Natural Law and Moral Philosophy: from Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press.

- HABERMAS, J., 1995a: *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge: Polity Press. Hay traducción castellana de JIMÉNEZ REDONDO, M.: *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998.
- 1995b: «On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy», *European Journal of Philosophy*, 3: 12-20.
- HACKER, P. M. S., 1977: «Hart's Philosophy of Law», en HACKER, P., y RAZ, J (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford: Clarendon Press: 1-25.
- HALPIN, A., 1997: *Rights and Law: Analysis and Theory*, Oxford: Hart Publishing.
- 1998: «Concepts, Terms, and fields of Enquiry», *Legal Theory*, 4.
- 2006: «The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years off the Point», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 19: 67-105.
- HARDING, A., 2002: «Rights, Wrongs and Remedies in Late Medieval English Scots Law», *Miscellany Four*, vol. 49, Edinburgh: Stair Society.
- HARRIS, J., 1996: *Property and Justice*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1948: «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49: 171-194.
- 1954: «Definition and Theory in Jurisprudence», *Law Quarterly Review*, 70: 37-58. Hay traducción castellana de CARRIÓ, G.: *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Buenos Aires: Depalma, 1962.
- 1958: «Legal and Moral Obligation», en MELDEN, A. I. (ed.): *Essays in Moral Philosophy*, Seattle: University of Washington Press. Hay traducción castellana de ESQUIVEL, J., y ALFONSO ORTIZ, L.: *Obligación jurídica y obligación moral*, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM, 1977.
- 1963: *Law, Liberty and Morality*, London: Oxford University Press. Hay traducción castellana de RAMIRO AVILÉS, M. A.: *Derecho, libertad y moralidad*, Madrid: Dykinson, 2006.
- 1968: *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press.
- 1982: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 1983a: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- 1983b: «Definition and Theory in Jurisprudence», en HART, H. L. A., 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press: 21-48.
- 1994: *The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de CARRIÓ, G.: *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- HART, H. L. A., y HONORÉ, T., 1985: *Causation in the Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press.
- HAYEK, F. A., 1982: *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, vol. I (Rules and Order), London: Routledge & Kegan Paul. Hay traducción castellana de REIG ALBIOL, L.: *Derecho, Legislación y Libertad*, vol. I, Madrid: Unión Editorial, 1985.
- 1993: *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, vol. II (The Mirage of Social Justice), London: Routledge & Kegan Paul. Hay traducción castellana de REIG

- ALBIOL, L.: *Derecho, legislación y libertad*, vol. II, Madrid: Unión Editorial, 1988.
- HEIDEMANN, C., 2005: «Law's Claim to Correctness», en COYLE, S., y PAVLAKOS, G. (eds.): *Jurisprudence or Legal Science?*, Oxford: Hart Publishing.
- HEMPHILL, P., 1984: «The Personality of Partnerships in Scotland», *Juridical Review*.
- HERBERT, H. P., 1934: *Holy Deadlock*, London: Methuen.
- HOBBS, T., 1997: *Leviathan* en MOLESWORTH, W. (ed): *The Collected English Works of Thomas Hobbes*, vol. 3, London: Routledge/Thoemmes. Hay traducción castellana de MELLIZO, C.: *Leviatán*, Madrid: Alianza, 1989.
- HOHFELD, W. N., 1919: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Conn: Yale University Press. Hay traducción castellana de CARRIÓ, G.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires: México: Fontamara, 1997.
- HOGG, J., 1992: *Confessions of a Justified Sinner*, London: David Campbell Publishers.
- HOLMES, O. W., 1920: «The Path of the Law», en HOLMES, O. W.: *Collected Legal Papers*, London: Constable & Co.: 167-202. *The Concept of Law*, 2.ª ed, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de Russo, E. A.: *La senda del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- HONORÉ, A. M., 1959-60: «Rights of Exclusion and Immunities against Divesting», *Tulane Law Review*, 14.
- HONORÉ, A. M., 1961: «Ownership», en GUEST, A. G. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press.
- HONORÉ, T., 1977: «Real Laws», en HACKER, P., y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford: Clarendon Press.
- HUDSON, A., 2005: *Equity and Trust*, 4.ª ed., London: Cavendish.
- HUME, D., 1963: «Of the original Contract», en HUME, D., *Essays Moral, Political and Literary*, Oxford: Oxford University Press: 452-473. Hay traducción castellana de TIERNO GALVÁN, E.: *Ensayos políticos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- 1978: *A Treatise of Human Nature*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de DUQUE, F.: *Tratado de la Naturaleza Humana*, Madrid: Tecnos, 1998.
- HUTCHINSON, A., 1999: «Supreme Court Inc: The Business of Democracy and Rights», en ANDERSON, G. W. (ed.), *Rights and Democracy: Essays in UK-Canadian Constitutionalism*, London: Blackstone Press: 29-45.
- JACKSON, B. S., 1985: *Semiotic and Legal Theory*, London: Routledge & Kegan Paul.
- JOHNSON, S., 1755: *A Dictionary of the English Language*, London.
- KANT, I., 1965: *Kant: The Metaphysical Elements of Justice*, Indianapolis, Ind: Bobbs-Merrill. Hay traducción castellana de GONZÁLEZ VICÉN, F.: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KAMBA, W. J., 1974: «Legal Theory and Hohfeld's Analysis of Legal Rights», *Juridical Review*.
- KELSEN, H., 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen: J C Mohr. Hay traducción castellana de ROSES, W., y SCHMILL, U.: *Problemas Capitales de la Teoría del Estado*, México: Porrúa, 1987.

- 1961: *General Theory of Law and State*, New York, NY: Russell & Russell. Hay traducción castellana de GARCÍA MAYNEZ, E.: *Teoría general del derecho y del Estado*, México: UNAM, 1988.
- 1967: *The Pure Theory of Law*, Berkeley-Los Ángeles: University of California Press. Hay traducción castellana de VERNENGO, R.: *Teoría del derecho*, México: Porrúa-UNAM, 1991.
- 1991: *General Theory of Norms*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de DELORY, H.: *Teoría General de las Normas*, México: Trillas, 1994.
- 1992: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de TEJERINA, J.: *Teoría del Derecho: Introducción a la problemática científica del derecho*, México: Editora Nacional, 1945.
- KELMAN, M., 1987: *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Ma.: Harvard University Press.
- KENNEDY, D., 1997: *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Ma.: Harvard University Press.
- KINSEY, R., 1978: «Marxism and the Law: Preliminary Analyses», *British Journal of Law and Society*, 5: 202-27.
- 1983: «Karl Renner on Socialist Legality», en SUGARMAN, D. (ed.): *Legality, Ideology and State*, London: Academic Press.
- KLEINING, J., 1998: «The Hardness of Hard Treatment», en ASHWORTH, A., y WASIK, M. (eds.): *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- KRAMER, M. H., 1994: *Law without Trimmings*, Oxford: Clarendon Press.
- KRAMER, M. H., SIMMONDS, N. E., y STEINER, H., 1998: *A Debate over Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- KRYGIER, M., 1982: «The Concept of Law and Social Theory», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2: 155-80.
- 1997: *Between Fear and Hope*, Sydney, NSW: ABC Books.
- 2005: *Civil Passions*, Melbourne, Victoria: Black Inc.
- LACEY, N., 2004: *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press.
- LAGERSPETZ, E., 1995: *The Opposite Mirrors*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- LAIRG, I. DE, 2003: *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System*, Oxford: Hart Publishing.
- LAMASSOURE, A., 2004: *Histoire Secrète de la Constitution Européenne*, Paris, Editions Albin Michel SA-Fundación Robert Schuman.
- LAMOND, G., 2000: «The Coerciveness of Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 39-62.
- 2001: «Coercion and the Nature of Law», *Legal Theory*, 7: 35-57.
- LA TORRE, M., 1999: *Norme, Istituzioni, Valore: per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma: Laterza.
- LEITER, B., 2005: «The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21<sup>st</sup> Century», *Rutgers Law Journal*, 35: 165-181.
- LEVINSON, S. C., y MAILLOUX, S., 1988: *Interpreting Law and Literature*, Evanston, Ill: Northwestern University Press.

- LEWIS, D., 1986: *Convention: a Philosophical Study*, Oxford: Basil Blackwell.
- LINDAHL, H., 2004: «Sovereignty and Representation in the European Union» en WALKER, N. (ed.): *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart Publishing: 87-114.
- LLEWELLYN, K. N., 1940: «The normative, the Legal and the Law-Jobs», *Yale Law Journal*, 49: 1355-1400.
- 1951: *The Bramble Bush*, New York: Oceana.
- LOCKE, J., 1966: *The Second Treatise of Civil Government*, 3.ª ed., Oxford: Basil Blackwell. Hay traducción castellana de MELLIZO, C.: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Barcelona: Tecnos, 2006.
- 1975: *An Essay Concerning Human Understanding*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de O' GORMAN, D.: *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*, México: FCE, 1999.
- LOUGHLIN, M., 2003: *The Idea of Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 2004: «Ten Tenets of Sovereignty», en WALKER, N. (ed.): *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart Publishing: 55-86.
- LUCY, W., 2000: «What is Wrong with Ideology?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20: 283-300.
- LUHMANN, N., 1985: *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge and Kegan Paul.
- 1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. Hay traducción castellana de TORRES NAFARRETE, J.: *El Derecho de la Sociedad*, México: Herder.
- 2004: *Law as Social System*, Oxford: Oxford University Press. Hay traducción castellana de TORRES NAFARRETE, J.: *El Derecho de la Sociedad*, México: Herder.
- LUIG, K., 1972: «The Institutes of National Law», *Judicial Review*: 193-226.
- MACAULAY, S., 1963: «Non-Contractual Relations in Business: a preliminary study», *American Sociological Review*, 28: 55-67.
- 1966: *Law and the balance of power: the automobile manufacturers and their dealers*, New York: Russell Sage Foundation.
- MCCALL SMITH, A., 2005: *44 Scotland Street*, Edinburgh: Polygon.
- MACCORMICK, N., 1972: «Voluntary Obligations and Normative Powers», *Aristotelian Society Supplementary*, vol. 46, 59-78.
- 1974: «Law as Institutional Fact», *Law Quarterly Review*, 70: 102-129.
- 1977: «Rights in Legislation», en HACKER, P., y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford: Clarendon Press: 189-209.
- 1981: *H. L. A. Hart*, London: Edward Arnold.
- 1982a: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de GONZÁLEZ SOLER, M.: *Derecho legal y social democracia*, Madrid: Tecnos, 1980.
- 1982b: «Coercion and Law», en MACCORMICK, N.: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Clarendon Press: 232-246. Hay traducción castellana de GONZÁLEZ SOLER, M.: *Derecho legal y social democracia*, Madrid: Tecnos, 1980.
- MACCORMICK, N., 1982c: «Rights, Claims and Remedies», en STEWART, M. A. (ed.): *Law, Morality and Rights*, Dordrecht: D Reidel.
- 1982d: «Natural Law and the Separation of Law from Morals», en GEORGE, R. (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford: Clarendon Press: 105-133.

- 1982e: «Against Moral Disestablishment», en MACCORMICK, N.: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Clarendon Press: 18-38. Hay traducción castellana de GONZÁLEZ SOLER, M.: *Derecho legal y social democracia*, Madrid: Tecnos, 1980.
  - 1982f: «Law and Economics: Adam Smith's Analysis», en MACCORMICK, N.: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Clarendon Press: 93-125. Hay traducción castellana de GONZÁLEZ SOLER, M.: *Derecho legal y social democracia*, Madrid: Tecnos, 1980.
  - 1982g: «Obligation of Reparation», en MACCORMICK, N.: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de GONZÁLEZ SOLER, M.: *Derecho legal y social democracia*, Madrid: Tecnos, 1980.
  - 1984: «On Reasonableness», en PERELMAN, Ch., y VANDER ELST, R. (eds.), *Les Notions à Contenu Variable e Droit*, Brussels: E Bruylant.
  - 1985: «A Moralistic Case for A-Moralistic Law?», *Valparaiso University Law Review*, 20: 1-41
  - 1988a: «Institutions, Arrangements, and Practical Information», *Ratio Juris*, 1: 73-82.
  - 1988b: «Norms, Institutions and Institutional Facts», *Law and Philosophy*, 17: 1-45.
  - 1989: «Discretion and Rights», *Law and Philosophy*, 8: 23-36.
  - 1991: «On Open Texture in Law», en AMSELEK, P., y MACCORMICK, N. (eds.): *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh: Edinburgh University Press: 72-83.
  - 1994a: *Legal Reasoning and Legal Theory*, ed. revisada, Oxford: Clarendon Press.
  - 1994b: «The Concept of Law and *The Concept of Law*», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, 1-23.
  - 1998: «Norms, Institutions and Institutional Facts», *Law and Philosophy*, 17: 301-345.
  - 1999: *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press.
  - 2001: «On the Very Idea of a European Constitution: Jurisprudential Reflections from the European Parliament», *Juridisk Tidskrift*: 529-541.
  - 2004: «Questioning "Post-Sovereignty"», *European Law Review*, 29: 853-863.
  - 2005a: *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Clarendon Press.
  - 2005b: *Who's Afraid of a European Constitution*, Exeter: Imprint Academic.
  - 2005c: «The European Constitutional Process: A Theoretical View», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39: 299-319.
- MACCORMICK, N., y SUMMERS, R. S. (eds.), 1997: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth.
- MACCORMICK, N., y WEINBERGER, O., 1985: *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin: Duncker und Humboldt.
- 1986: *An institutional Theory of Law*, Dordrecht: D Reidel.
  - 1990: *Il Diritto come Istituzione*, Milano: Dott A Giuffré.
  - 1992: *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Bruxelles: Story Scientia LGDG.

- MACQUEEN, H., 1995: *Copyright, Competition and Industrial Design*, 2.ª ed., Edinburgh: Edinburgh University Press/ David Hume Institute.
- 2006: «Some Notes on Wrang and Unlaw», en MACQUEEN, H. (ed.): *Miscellany V*, Stair Society, vol. 52, Edinburgh: Stair Society.
- MAINE, H. S., 1931: *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London: World's Classics. Hay traducción castellana de GUERRA, A.: *El Derecho antiguo: considerado en relación con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas*, Madrid: Civitas, 1993-94.
- MARSHALL, G., 1971: *Constitutional Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 1984: *Constitutional Conventions: the Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford: Clarendon Press.
- MARX, K., 1972: *Capital*, London: Dent/Everyman's Library.
- MASON, J. K., 1988: *Human Life and Medical Practice*, Edinburgh University Press.
- MASON, J. K., y LAURIE, G., 2005: *Mason & McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 7.ª ed, Oxford: Oxford University Press.
- MAITLAND, F. W., 1936: «Moral Personality and Legal Personality», en MAITLAND, F. W.: *Selected Essays*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MELISSARIS, E., 2005: «The Limitis of Institutionalised Legal Discourse», *Ratio Juris*, 18: 464-483.
- MILL, J. S., 1975: *On Liberty*, New York-London: Norton. Hay traducción castellana de RODRÍGUEZ BRAUN, C.: *Sobre la Libertad*, Madrid: Tecnos, 2008.
- MILNE, A. J., 1986: *Human Rights and Human Diversity: an essay in the philosophy of human rights*, London: Macmillan.
- MOLES, R. N., 1987: *Definition and Rule in Legal Theory: a reassessment of H L A Hart and the positivist tradition*, Oxford: Basil Blackwell.
- MONTESQUIEU, C. S., 1989: *The Spirit of the Laws*, Cambridge: Cambridge University Press. Hay traducción castellana de BLÁZQUEZ, M. y VEGA, DE P.: *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Tecnos, 2007.
- MOORE, M. S., 1982: «Law as Functional Kind», en GEORGE, R. (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford: Clarendon Press: 187-242.
- MORISON, W. L., 1982: *John Austin*, London: Edward Arnold.
- MORTON, P., 1998: *An Institutional Theory of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- MOULE, J. B. (ed.), 1912: *Impertoris Iustiniani Institutiones: Libri Quattor*, 5.ª ed., Oxford: Clarendon Press.
- NEDELSKY, J., 1989: «Reconciving Autonomy», *Yale Journal of Law and Feminism*, 1: 7-36.
- NELKEN, D., 1981: «The "Gap Problem" in the Sociology of Law: A Theoretical Review», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1: 35-61.
- 2002: «Changing Legal Cultures», en LIKOSKY, M. B. (ed.): *Transnational Legal Processes*, London: Butterworths: 41-58.
- NORMAN, P., 2005: *The Accidental Constitution: the Story of the European Constitutional Convention*, Brussels: EuroComment.
- NORRIE, A. (ed.), 1993: *Closure or Criquite*, Edinburgh: Edinburgh University Press.

- NORTH, P. M., 1972: *The Modern Law of Animals*, London: Butterworths.
- NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell. Hay traducción al castellano TAMAYO Y SALMORÁN, R.: *Anarquía, Estado y utopía*, México: FCE, 1990.
- O' NEIL, O., 1996: *Towards Justice and Virtue*, Cambridge: Cambridge University Press.
- OGDEN, C. K., 2002: *Bentham's Theory of Fictions*, 2.ª ed., London: Taylor and Francis.
- PAINE, T., 1985: *The Rights of Man*, New York- London: Penguin. Hay traducción castellana de SANTOS FONTENLA, F.: *Derechos del Hombre*, Madrid: Alianza, 2008.
- PAOLI, L., y SCHÄFER, G., 2005: *Drug Consumption and Criminal Prosecution in Germany*, Freiburg: Max Plank Institute for Foreign and International Criminal Law, Research Report.
- PARFIT, D., 1984: *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press. Hay traducción castellana de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.: *Razones y Personas*, Boadilla del Monte: A. Machado, 2004.
- PASHUKANIS, E. B., 1978: *Law and Marxism: a general theory*, London: Ink Links. Hay una traducción castellana de ZAPATERO, V.: *Teoría general del Derecho y marxismo*, Barcelona: Labor, 1976.
- PATON, G. W., 1964: *A Text Book of Jurisprudence*, 3.ª ed., Oxford: Clarendon Press.
- 1972: *A Textbook of Jurisprudence*, 4.ª ed., Oxford: Clarendon Press.
- PATON, H. J., 1981: *The Moral Law: Kant's Groundwork of the Metaphysic of Morals*, London: Hutchinson.
- PENNER, J. E., 1997: *The idea of Property in Law*, Oxford: Clarendon Press.
- PECZENIK, A., 1979: *Causes and Damages*, Lund: Juridiska Föreningen i Lund.
- PERRY, S., 1995: «Interpretation and Methodology in Legal Theory», en MARMOR, A. (ed.): *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press: 137-154.
- POPPER, K., 1973: *Objective Knowledge*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de SOLÍS SANTOS, C.: *Conocimiento Objetivo*, Madrid: Tecnos, 2007.
- POSNER, R. A., 1972: *Economic Analysis of Law*, Boston, Ma: Little, Brown & Co. Hay traducción castellana de SUÁREZ, E.: *Análisis Económico del Derecho*, México: FCE, 1998.
- 2001: *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- POSTEMA, G., 1982: «Co-ordination and Convention at the Foundations of Law», *Journal of Legal Studies*, 11: 165-189.
- PROCTOR, C., 2004: *Mann on the Legal Aspects of Money*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
- RAINBOLT, G., 2006: *The Concept of Rights*, Dordrecht: Springer.
- RAPHAEL, D. D., 1967: «Human Rights: Old and New», en RAPHAEL, D. D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man* London: Macmillan: 54-67.
- RAWLS, J., 1999: *A Theory of Justice*, ed. revisada, Oxford: Oxford University Press. Hay traducción castellana de GONZÁLEZ, M. D.: *Teoría de la Justicia*, México: FCE, 1979.

- RAZ, J., 1972: «Voluntary Obligations and Normative Powers», *Aristotelian Society Supplementary*, vol. 46: 79-102.
- 1975: *Practical Reasons and Norms*, London: Hutchinson. Hay traducción castellana de RUIZ MANERO, J.: *Razón práctica y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- 1979a: *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de TAMAYO Y SALMORÁN, R.: *La autoridad del Derecho*, México: UNAM, 1982.
- 1979b: «The Rule of Law and its Virtue», en RAZ, J., 1979: *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de TAMAYO Y SALMORÁN, R.: *La autoridad del Derecho*, México: UNAM, 1982.
- 1980: *The Concept of Legal System*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de TAMAYO Y SALMORÁN, R.: *El concepto de sistema jurídico*, México: UNAM, 1982.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- 1990: *Practical Reasons and Norms*, Princeton, NJ: Princeton University Press. Hay traducción castellana de RUIZ MANERO, J.: *Razón práctica y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- REID, K., 1993: «Rights and Things», en SMITH, T. B., y BLACK, R. (eds.): *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 18, Edinburgh: Law Society of Scotland and Butterworths: Paras 1-17.
- REID, T., 1969: *Essays on the Active Powers of the Human Mind*, Cambridge Mass-Londres: MIT Press. Hay traducción castellana de DUTHIE, E.: *Investigaciones de la Mente Humana según los Principios del Sentido Común*, Madrid: Trotta, 2004.
- RENNER, K., 1949: *Institutions of Private Law and their Social Function*, Routledge and Kegan Paul.
- RHEINSTEIN, M. (ed.), 1967: *Max Weber on Law and Economy and Society*, New York, NY: Simon and Schuster.
- RIDLEY, M., 2003: *Nature Via Nature: Genes, Experience and What Makes Us Human*, London: Fourth State.
- ROBERTSON, G., 1999: *Crimes against Humanity in International Criminal Law: The Struggle for Global Justice*, London: Allen Lane.
- ROBINSON, R., 1964: *Definition*, Oxford: Clarendon Press.
- ROSS, H., 2001: *Law as a Social Institution*, Oxford: Hart publishing.
- ROUSSEAU, J. J., 1972: *Du Contract Social*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de VILLAYERDE, M. J.: *El contrato social o principios de Derecho político*, Madrid: Tecnos, 2007.
- 1994: «The Social Contract», en ROUSSEAU, J. J.: *Collected Writings*, vol. 4, Hanover, NH: University of New England Press. Hay traducción castellana de VILLAYERDE, M. J.: *El contrato social o principios de Derecho político*, Madrid: Tecnos, 2007.
- RUBEN, E., 1977: «John Austin's Political Pamphlets 1824-1859», en ATTWOOL, E. (ed.): *Perspectives in Jurisprudence*, Glasgow: Glasgow University Press.
- RUITER, D. W. P., 1993: *Institutional Legal Facts*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

- 2001: *Legal Institutions*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- SCANLON, T. M., 1998: *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Mass-London: Belknap Press of Harvard University Press.
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de ORUNESU, C., y RODRÍGUEZ, J. L.: *Las reglas del juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004.
- 2005: «The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to July Dickson», *Oxford Journal of Legal Studies*, 25: 493-501.
- SCHMITT, C., 1988: *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge, Ma.: MIT Press. Hay traducción castellana de CONDE, F. J. y NAVARRO PÉREZ, J.: *Teología política*, Madrid: Trotta, 2009.
- 1996: *The Concept of the Political*, Chicago: Chicago University Press. Hay traducción castellana de AGAPITO, R.: *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza, 1998.
- SEARLE, J. R., 1969: *Speech Acts*, Cambridge: Cambridge University Press. Hay traducción castellana de VALDÉS VILLANUEVA, L. M.: *Actos de habla*, Madrid: Cátedra, 1994.
- 1979: *Expressions and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1995: *The Construction of Social Reality*, Harmondsworth: Allen Lane. Hay traducción castellana de DOMÈNECH, A.: *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires: Paidós, 1997.
- SEARLE, J. R., y VANDERVEKEN, D., 1985: *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SELZNICK, P., 1992: *The Moral Commonwealth*, Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press.
- SEUNG, T., 1993: *Intuition and Construction: The Foundation of Normative Theory*, New Heaven, Conn: Yale University Press.
- SHAW, J., 2005: «Europe's Constitutional Future», *Public Law*, 132-151.
- SMITH, A., 1976: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford University Press. Hay traducción castellana de RODRÍGUEZ BRAUN, C.: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Madrid: Tecnos, 2009.
- 1978: *Lectures on Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de RUIZ MIGUEL, A.: *Lecciones de jurisprudencia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- SMITH, T. B., 1962: *A Short Commentary on the Law of Scotland*, Edinburgh: W Green & Son.
- 1972-3: «Authors and Authority», *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 12: 3-21.
- 1975: «The Age of Innocence», *Tulane Law Review*, 49.
- SOOSAY, S., 2005a: «Is the Law an Affair of Rules», *Australian Legal Philosophy Students Association, Annual Publication* (<http://www.alpsa.net/r-annual.htm>): 24-40.

- 2005b: *Skills, Habits and Expertise in the Life of the Law*, Edinburgh: Edinburgh University PhD Thesis.
- STAIR, J. V., 1980: *Institutions of the Law of Scotland*, 2.ª ed. revisada, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- STEPANIANS, M., 2005: *Rights as Relational Properties -In Defense of Right/Duty-Correlativity*, Saarland: University of the Saarland Habilitation Thesis.
- STEPHEN, J. F., 1967: *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- STEVENSON, R. L., 2006: *The Strange Case of Dr. Jekyll y Mr. Hyde, and other tales*, Oxford: Oxford University Press. Hay traducción castellana de TORROBA, J. y REYES, A.: *El extraño caso de Dr. Jekyll y Mr. Hyde; Olalla*, Barcelona: Espasa-Calpe, 2008.
- STONE, C., 1985: «Should Trees have Standing: towards Legal Rights for Natural Objects», *Southern California Law Review*, 59: 1-37.
- SULSTON, J., y FERRY, G., 2002: *The Common Thread: a story of science, politics and the human genome*, London: Bantam.
- TADROS, V., 2005: *Criminal Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- TAMANAHA, B., 1993: *Understanding Law in Micronesia: an Interpretive Approach to Transplanted Law*, Leiden: Brill Publishers.
- 1997: *Realistic Socio-Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 2001: *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press.
- TEUBNER, G., 1993: *Law as Autopoietic System*, Oxford: Blackwell.
- TOMKINS, A., 2005: *Our Republican Constitution*, Oxford: Hart Publishing.
- TORR, D. (trad. y ed.), 1934: *Karl Marx and Friedrich Engels, Correspondence 1846-1895; a Selection with Commentary and Notes (An enlarged edition of the selection by V V Adoratsky)*, London: Martin Lawrence.
- TUR, R. H. S., 2001: «Defeasibilism», *Oxford Journal of Legal Studies*, 21: 355-368.
- TWINING, W., 1970: «Is Your Textbook Really Necessary?», *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 11: 81-89.
- 1972-3: «Treaties and textbooks: A Reply to T B Smith», *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 12: 267-274.
- 1973: *Karl Llewellyn and the American Realist Movement*, London: Weidenfeld and Nicolson.
- 1997: *Law in Context: Enlarging a Discipline*, Oxford: Clarendon Press.
- 2000a: *Globalisation and Legal Theory*, London: Butterworths, 2000.
- 2000b: «Comparative Law and Legal Theory: the Country and Western Tradition», en EDGE, I. (ed.): *Comparative Law in Global Perspective*, Ardsley, NY: Transnational Publishers Inc.: 21-76.
- 2002: *The Great Juristic Bazaar*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth.
- TWINING, W., y MIERS, D., 1999: *How to Do Things with Rules*, 4.ª ed., London: Butterworths.
- VATTEL, E. DE, 1883: *The Laws of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Philadelphia Pa: T & J W Johnson & Co. Hay traducción castellana de PASCUAL HERNÁNDEZ, M. M.:

- Derecho de gentes o principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, Madrid: Imprenta de D. León de Amarita, Madrid: 1834.
- VILE, M. J. C., 1967: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press.
- VILLA, V., 1997a: «A Definition of Legal Positivism», en PAVCNIK, M., y ZANETTI, G. (eds.): *Challenges to Law at the End of 20<sup>th</sup> Century: Legal Systems and Legal Science*, ARSP-Beihert 70, vol. IV, Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- 1997b: «Legal Theory and Value Judgments», *Law and Philosophy*, 16: 447-477.
- WALDRON, J. (ed), 1985: *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- 1988: *The Right to Private Property*, Oxford: Clarendon Press.
- 1999: *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon Press. Hay traducción castellana de MARTÍ, J. L., y de QUIROGA, A.: *Derecho y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- WALKER, D. M., 1979: *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, London: Butterworths.
- 1981: *The Law of Delict in Scotland*, 2.<sup>a</sup> ed., Edinburgh: W Green & Son.
- 1982: *The Principles of Scottish Private Law*, vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press.
- WALKER, N., 1968: *Crime and Insanity in England*, vol. 1. *Historical Perspective*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- 1973: *Crime and Insanity in England*, vol. 2. *New Solutions and New Problems*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- WALUCHOW, W. J., 1999: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press. Traducción de GIL, M., y TESONE, R.: *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WARD, I., 1997: *Kantianism, Postmodernism and Critical Legal Thought*, Dordrecht: Kluwer.
- WARNOCK, M. (ed.), 1985: *A Question of Life: the Warnock report on human fertilisation and embryology*, Oxford: Blackwell.
- WATSON, A. (ed.), 1985: *The Digest of Justinian*, Philadelphia, Pa.: University of Pennsylvania Press.
- 1993: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Athens, Ga.: University of Georgia Press.
- WEBER, M., 1964: *The Methodology of Social Sciences*, New York, NY: Glencoe Free Press. Hay traducción castellana de ABELLÁN, J.: *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires: Amorrortu, 1982.
- WEILER, J. H. H., 1999: *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WEINBERGER, O., 1991: *Law, Institution, and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal and Social Philosophy*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- WEINRIB, E., 1995: *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- WELLMAN, C., 1985: *A Theory of Rights*, Totowa, NJ: Rowman & Allanheld.
- 1995: *Real Rights*, Dordrecht: Kluwer.

- 2005: *Medical law and Moral Rights*, Dordrecht: Springer.
- WHITE, A. R., 1984: *Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- WHITE, R., y WILLOCK, I., 2003: *The Legal System of Scotland*, 3.<sup>a</sup> ed., London y Edinburgh: LexisNexis/Reed Elsevier.
- WICKS, E., 2006: *The Evolution of a Constitution: Eight Key Moments in British Constitutional History*, Oxford: Hart Publishing.
- WILLIAM, G. L., 1968: «The Concept of Legal Liberty», en SUMMERS, R. S. (ed.): *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Blackwell, 1968.
- WOLFE HOWE, M. DE, 1965: *The Garden and the Wilderness: religion and government in American constitutional history*, Chicago: University of Chicago Press.
- ZIMMERMANN, R., 1990: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta & Co.
- ZULUETA, F. DE (ed. y trad.), 1945-53: *The Institutes of Gaius*, vols. I y II., Oxford: Clarendon Press.



# FILOSOFÍA Y DERECHO

## TÍTULOS PUBLICADOS

### **Wittgenstein y la teoría del derecho**

*Una senda para el convencionalismo jurídico*

María Isabel Narváez

En la teoría del derecho, como en tantos otros ámbitos, es frecuente la utilización de la filosofía de L. Wittgenstein para dar apoyo a las tesis que se defienden. No obstante, los apoyos así pretendidos no pueden ser brindados por una concepción de la actividad filosófica basada en los conceptos de teoría y gramática filosófica. En el caso del positivismo jurídico, y en concreto en el caso de la tesis de las fuentes sociales que éste defiende, el uso de la filosofía del segundo Wittgenstein sólo puede presentar al iuspositivismo como una concepción sobre el derecho y no como una teoría. Las expresiones con las que se presenta la tesis de las fuentes sociales funcionan como enunciados filosóficos y, por tanto, no son expresiones generales verdaderas en el seno de una teoría. Sin embargo, suponen un compromiso con la defensa de cierto tipo de conocimiento de los hechos sociales que el positivismo jurídico no puede desatender.

### **Las reglas en juego**

*Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*

Frederick Schauer

El uso de reglas para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a un problema fundamental: el de la justificación racional del seguimiento de reglas. Cualquier regla destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida («deténgase frente a un semáforo en rojo»). Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de otras muchas circunstancias (¿debo detenerme frente a un semáforo en rojo si estoy llevando a mi esposa al hospital para dar a luz?). Y en cierto sentido, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en determinada situación requiere tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, debe atenderse al espectro completo de razones en juego. Pero si las reglas se interpretan y aplican como si fuesen completamente «transparentes» respecto de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa la regla y el balance completo de razones normativas en juego ha de estarse al resultado de este último, las reglas como tales resultarían herramientas inútiles. Así, el uso de reglas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que nos ofrecen las reglas, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de la posible relevancia de ciertos factores en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de irracionalidad, o dejamos de lado la guía que ofrecen las reglas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las reglas se tornan irrelevantes.

El intentar ofrecer una respuesta a esta tensión entre irracionalidad e irrelevancia en lo que respecta al seguimiento de reglas constituye el tema central de *Las reglas en juego*, la obra de Frederick Schauer cuya versión en español presentamos aquí. Frederick Schauer es actualmente profesor de la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard y uno de los principales referentes de la teoría jurídica contemporánea del mundo anglosajón. El presente libro es, sin lugar a dudas, una de sus contribuciones más importantes en el área de la filosofía del derecho, pues no sólo ofrece un examen de la toma de decisiones basada en reglas, sino que, en su derrotero teórico, explora con claridad, originalidad y profundidad cuestiones tales como la idea de razones para la acción, la noción de autoridad, así como las discusiones relativas al concepto de derecho y su normatividad.

### **Los hechos en el derecho**

*Bases argumentales de la prueba* (3.ª ed.)

Marina Gascón Abellán

El juicio sobre los hechos ha pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de cuestiones jurídicas no problemáticas, sea a una «zona de penumbra» donde reina el arbitrio judicial. Prueba de ello es la inclinación forense a atribuir a la decisión probatoria una naturaleza demostrativa o a considerar pura y simplemente que está basada en una íntima e intransferible convicción, en una especie de *quid inefabile*, de corazónada no exteriorizable ni controlable. Incluso la teoría de la argumentación jurídica —que tan importante desarrollo ha experimentado en los últimos años— se ha centrado en los problemas de interpretación de las normas, pero ha dedicado una escasa atención a la prueba.

Este libro pretende ser una contribución al análisis de esa parte tantas veces olvidada del razonamiento judicial, teniendo en cuenta los esquemas propios de la epistemología general.

El estudio resalta dos rasgos esenciales del conocimiento judicial de hechos que influyen en la calidad del resultado alcanzado: su naturaleza inductiva y su carácter institucionalizado. El primero pone de manifiesto que los resultados probatorios no son infalibles sino (sólo) probables. El segundo, que la prueba se desarrolla en un marco institucional de reglas (procesales) que sustituyen los criterios propios de la libre adquisición de conocimiento por otros autorizados jurídicamente; lo que, con frecuencia, contribuye también a rebajar la calidad del conocimiento alcanzado. De todo ello derivan importantes consecuencias para un modelo judicial de prueba; si la prueba no produce resultados infalibles, han de introducirse todas las garantías posibles para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos, y en su caso, facilitar su eventual revisión. Todo lo cual desemboca, frente a lo que había sido la tradición, en una nueva exigencia de motivación.

### **Neutralidad y justicia**

*En torno al liberalismo político de John Rawls*  
Hugo Omar Selemé

El presente libro aborda uno de los temas más controvertidos de la filosofía política contemporánea: la neutralidad del Estado liberal. John Rawls ha sido quien con más lucidez, a partir de la aparición de su *A Theory of Justice*, ha procurado elaborar una concepción de justicia que satisfaga el ideal liberal de neutralidad. A través del análisis de su obra y de las modificaciones que éste le introdujo para subsanar algunas falencias —lo que culminó en la publicación de *Political Liberalism*— se muestra qué exigencias trae aparejadas el compromiso con el ideal liberal de neutralidad y se defiende la posición de que la concepción de justicia rawlsiana las satisface.

### **Introducción a la teoría del derecho**

José Juan Moreso y Josep Maria Vilajosana

Este libro pretende ofrecer las herramientas conceptuales necesarias para adentrarse en el conocimiento del complejo mundo jurídico. Su planteamiento es general, ya que se ocupa de lo que tienen en común los distintos sistemas jurídicos, así como de los problemas y conceptos compartidos por todas las ramas del derecho.

Se trata de un texto que puede usarse como manual de la asignatura «Teoría del Derecho» de la licenciatura en Derecho. Pero, además, al tener carácter introductorio, no requiere conocimientos previos, por lo que resultará de utilidad también a quien, al margen de la carrera jurídica, desee afrontar por primera vez y con rigor el estudio del derecho.

### **La odisea constitucional**

*Constitución, teoría y método*  
Daniel Mendonça y Ricardo A. Guibourg

La filosofía del derecho —en especial la de base analítica— ha intentado abrir el camino para una reconstrucción más racional del pensamiento jurídico, que restablezca el vínculo entre filosofía y método, así como entre teoría y práctica. Por esto, el método jurídico es un problema central de la filosofía del derecho, al punto que una parte importante de la filosofía jurídica está destinada a explicitar y clarificar los presupuestos de la ciencia del derecho. Esa tarea requiere preguntas claras y respuestas coherentes entre sí acerca de cuestiones verdaderamente complejas. Varias de esas cuestiones corresponden, desde luego, a un enfoque general de la filosofía del derecho. Aunque el tema de esta obra se circunscribe más específicamente a los aspectos constitucionales, intenta dar cuenta de las relaciones entre esos aspectos y las bases teóricas que puedan servirles de marco, explicación y —acaso— fuente de justificación.

### **Las lagunas en el derecho**

*Una controversia sobre el derecho y la función judicial*  
Atria, Bulygin, Moreso, Navarro, Rodríguez, Ruiz Manero

Este libro está dedicado al análisis conceptual de la cuestión de las lagunas en el Derecho. A partir de este análisis se erige un paisaje conceptual de gran riqueza y variedad, donde se analizan con detalle algunas de las más importantes cuestiones de la teoría jurídica actual. No podía ser menos dado que el libro se origina en la crítica que Fernando Atria realizó, en su excelente obra *On Law and Legal Reasoning*, a las tesis sobre las lagunas desarrolladas por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems*. Este último libro ha significado una constante fuente de inspiración para muchos filósofos desde su ya lejana publicación hace más de treinta años. Por esta razón no es de extrañar que en la presente obra, aparte de tres trabajos de Fernando Atria y otros dos de Eugenio Bulygin, se cuente con los ensayos de Pablo Navarro, Jorge Rodríguez, Juan Ruiz Manero y un ensayo a modo de epílogo de José Juan Moreso, autores que se hallan —sin ninguna duda— entre los que mejor conocen las tesis y los entresijos de *Normative Systems*.

Aunque el libro versa sobre las lagunas, lo que está en el trasfondo de la discusión es la plausibilidad del positivismo jurídico como teoría explicativa del derecho. La tesis de Atria podría formularse así: la tesis técnica de las lagunas, defendida por algunos juspositivistas como Eugenio Bulygin, es únicamente un disfraz de su tesis filosófica, la tesis de la discreción judicial. Y Atria trata de desmontar la tesis de las lagunas con el objeto de dejar desnuda, y por ello carente de justificación, la tesis de la discreción judicial. Bulygin junto con Navarro y Rodríguez tratan de defender dicha tesis, clarificando su alcance con rigor y destreza. Ruiz Manero ofrece algunos argumentos originales para apuntalar algunas de las conclusiones de Atria. El estudio de Moreso, en cambio, pretende hacer compatible una determinada manera de comprender el análisis de las lagunas de Bulygin, de Navarro y de Rodríguez con algunas de las tesis centrales de Atria y Ruiz Manero.

La obra interesará principalmente a los teóricos y filósofos del Derecho, pero también será de interés a los juristas de las diversas disciplinas, puesto que el tema está tratado desde el punto de vista de las consecuencias que tiene para la aplicación del derecho por parte de los jueces y Tribunales.

### **Prueba y verdad en el derecho (2.ª ed.)**

Jordi Ferrer Beltrán

*Prueba y verdad en el derecho* aborda uno de los problemas centrales para la aplicación del derecho. En efecto, el problema de la prueba a medio camino entre la dogmática procesal y la teoría del derecho, es uno de los grandes ámbitos de estudio que merecen una mayor atención a los efectos de comprender el funcionamiento del proceso judicial y desarrollar una adecuada doctrina de la justificación de las resoluciones judiciales.

Para ello, resulta de especial relevancia el análisis de la relación entre las nociones de prueba y verdad. Esa relación ha sido motivo de grandes discusiones en la doctrina procesal y también en la jurisprudencia. En este libro se encuentra una revisión crítica de buena parte de esas elaboraciones doctrinales y se sostiene una concepción garantista de

la justificación de las resoluciones judiciales que no exige la verdad de un enunciado para que éste pueda ser considerado como probado. En cambio, se defiende la tesis de que el objetivo de la prueba en el derecho es, y no puede ser de otro modo, la averiguación de la verdad.

Por todo ello, este libro tiene especial interés para todo aquel que esté involucrado práctica o teóricamente en el proceso de aplicación del derecho.

#### **Normas y sistemas normativos**

Eugenio Bulygin y Daniel Mendonca

De acuerdo con una concepción muy difundida entre los juristas y los filósofos, el derecho es concebido como un conjunto de normas. El concepto de norma jurídica ocupa, por tal motivo, un lugar central en la ciencia y en la filosofía del derecho. Aunque los autores no siempre están de acuerdo acerca de cómo caracterizar esas normas ni acerca de cómo explicar el rasgo de juridicidad que se les atribuye, coinciden en que el concepto de norma constituye una base adecuada para la caracterización y descripción del derecho.

Este estudio está dedicado, precisamente, a analizar la relación de pertenencia de normas a sistemas jurídicos y a mostrar algunas de las consecuencias que se siguen de ella. A partir de una caracterización general de las normas y de una exposición resumida de los rasgos fundamentales de la lógica de las normas, se consideran en detalle los criterios de pertenencia de normas a sistemas jurídicos, así como las principales derivaciones de la noción de pertenencia sugerida, sobre todo en función de las nociones conexas de existencia, aplicabilidad y obligatoriedad.

#### **Las obligaciones básicas de los jueces**

Rafael Hernández Marín

La actividad judicial puede ser descompuesta en tres tareas fundamentales, que corresponden a otras tantas obligaciones que el derecho impone a los jueces: decidir los casos litigiosos, decidirlos conforme al derecho y motivar sus decisiones. Sobre dichas obligaciones versa el presente libro.

Durante las últimas décadas, los filósofos del derecho han centrado su interés exclusivamente en la motivación de las decisiones judiciales. Sin embargo, motivar una decisión judicial consiste en justificar que la decisión es conforme al derecho. Por ello, el análisis de la obligación de motivar una decisión, el análisis de la obligación de justificar que una decisión es conforme a derecho, presupone que previamente ha quedado determinado qué es una decisión judicial conforme al derecho, un tema hasta ahora ignorado en gran medida.

La obligación de dictar decisiones que sean conformes al derecho presenta dos aspectos: la obligación de dictar decisiones que sean materialmente conformes al derecho y la obligación de dictar decisiones que sean procesalmente conformes al derecho.

La primera de ellas es, desde el punto de vista teórico, la más interesante. Una decisión materialmente conforme al derecho es una decisión que tiene el contenido que según el derecho debe tener. Y, desde el punto de vista de su contenido, lo que el derecho exige a las decisiones judiciales es que éstas digan el derecho. En esto consiste la obligación jurisdiccional. Y la noción clave para el análisis de la obligación jurisdiccional es la de aplicar el derecho. Esta noción, a su vez, se basa en la noción de aplicar un enunciado jurídico. De ahí que el núcleo de la presente obra sea su capítulo segundo, dedicado precisamente a la aplicación de los enunciados jurídicos.

#### **Derecho y desacuerdos**

Jeremy Waldron

Es uno de los libros más importantes en la discusión contemporánea sobre el constitucionalismo y la democracia y el papel del poder judicial en la protección de los derechos fundamentales. Ha contribuido de manera decisiva a poner en cuestión algunas de las ideas más asentadas del constitucionalismo y ha hecho de Waldron uno de los autores fundamentales en estas cuestiones.

Poniendo el acento en la existencia inevitable de amplios y generalizados desacuerdos sociales sobre la justicia, sobre los derechos y sobre los propios procedimientos e instituciones políticas, Waldron presenta una teoría profundamente democrática de la autoridad y de la legitimidad políticas, y lo hace a partir del estudio de la significación de los Parlamentos actuales y de la teoría de la legislación. Todo ello supone una contribución, en opinión de su autor, no sólo a la filosofía política, sino también a la jurídica, que no puede ser sino considerada decisiva.

#### **Coherencia y sistema jurídico**

Juan Manuel Pérez Bermejo

Los juristas gustan hoy de invocar el término «coherencia»: es común exigir que los razonamientos jurídicos sean «coherentes», y justificar un argumento si se halla «en coherencia» con el resto de argumentos jurídicos válidos. La coherencia es una forma de justificar nuestros juicios sobre el derecho en función de sus relaciones de apoyo con el resto de elementos del orden jurídico. Ahora bien, si la coherencia pone su mirada en las relaciones de ordenación y estructura del conjunto de normas jurídicas, ésta implica un punto de vista particular o una concepción específica del sistema jurídico. Este libro examina qué novedades aporta el valor de la coherencia a nuestra percepción del sistema jurídico. En él se sostiene que los cambios que ha experimentado la práctica jurídica durante el siglo xx —fundamentalmente la irradiación de los principios constitucionales en el resto del ordenamiento y la importancia que la ponderación de principios ha cobrado en la práctica jurisprudencial— han puesto de relieve que la concepción o el modelo de sistema jurídico tradicionalmente defendido en la teoría jurídica es inadecuado. Sin embargo, una teoría del sistema que examine éste desde el valor de la coherencia es capaz de describir adecuadamente sus principales rasgos, tales como su estructura compleja, su movilidad y su solidaridad interna. Finalmente, el libro explora las respuestas que el modelo coherentista propone para solucionar problemas clásicos de la teoría del sistema jurídico, fundamentalmente los de lagunas, antinomias, identidad o cambio de sistema.

### **Teoría del derecho: ambición y límites**

Brian Bix

La teoría jurídica contemporánea enfrenta importantes retos acerca de la naturaleza del derecho y del enfoque más apropiado para explicar este fenómeno social. Brian Bix es uno de los autores que mejor ha comprendido la íntima relación entre esos problemas y su conexión con la naturaleza del análisis conceptual. En este libro, Bix aborda no sólo desafíos metodológicos sino que también enfrenta problemas tradicionales de la filosofía jurídica tales como la verdad en el derecho, la existencia de respuestas correctas, la interpretación del derecho, la polémica entre positivismo y antipositivismo, etcétera. Sus investigaciones muestran con claridad y originalidad el modo en que la filosofía analítica del derecho se conecta con una amplia gama de cuestiones filosóficas tradicionales como el objetivismo moral, el seguimiento de reglas, o el naturalismo en epistemología. Por esta razón, este libro nos permite comprender mejor la vitalidad de las discusiones filosóficas contemporáneas en el ámbito de la teoría del derecho y nos enfrenta con nuevas soluciones a problemas centrales de la filosofía contemporánea.

### **La república deliberativa**

*Una teoría de la democracia*

José Luis Martí

Este libro aborda el análisis detallado y riguroso de la que se ha convertido en la teoría de la democracia más importante de los últimos veinte años en el escenario internacional. Lo que algunos han dado en llamar «el giro deliberativo», y que cuanto menos puede ser descrito como una renovación profunda del pensamiento democrático, se ha materializado en centenares de aportaciones teóricas a los diferentes foros académicos en el mundo, con predominio de los ámbitos anglosajones. En esta obra se sintetizan las claves del modelo de la democracia deliberativa, en especial de su versión republicana, y se sientan las primeras bases del diseño institucional de dicho modelo. Por ello, éste es un libro dirigido tanto a los filósofos (políticos o del derecho), como a los científicos (los juristas, los politólogos); tanto a los gobernantes con sensibilidad hacia las nuevas ideas democráticas, como a los ciudadanos comprometidos y con interés por la *res publica*.

### **Una discusión sobre la teoría del derecho**

Joseph Raz, Robert Alexy y Eugenio Bulygin

Una de las cuestiones más discutidas recientemente en el ámbito de la filosofía del derecho es la relativa al *status* mismo de la teoría del derecho: ¿cuál es el objeto de dicha teoría? ¿Cuándo es la teoría exitosa? Se admite, en líneas generales, que la tarea de la teoría está estrechamente ligada a realizar un análisis del concepto de derecho, y que el éxito de la teoría depende, al menos en parte, de que dicho análisis sea fructífero. No hay acuerdo, sin embargo, acerca de cómo debe entenderse el análisis conceptual, o de cuándo es fructífero. En «¿Puede haber una teoría del derecho?» —el trabajo principal de este libro— Joseph Raz se ocupa de estas cuestiones, y su postura es rebatida en dos ensayos de Robert Alexy y Eugenio Bulygin, que tienen visiones diferentes sobre el particular. Joseph Raz ofrece, finalmente, una contrarréplica. El libro resultará de interés, no sólo para filósofos del derecho, sino también para aquellos que estén preocupados, en el ámbito de la filosofía en general, por la relación entre el análisis filosófico y el análisis conceptual. El libro contiene además un estudio preliminar que, a través de un repaso de las distintas perspectivas sobre la relación entre análisis filosófico y análisis conceptual, busca poner al alcance del lector las herramientas teóricas necesarias para abordar la discusión.

### **Juez y democracia**

*Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*

Lawrence G. Sager

En la mayoría de las democracias constitucionales, los jueces han asumido un importante papel como garantes de los derechos individuales reconocidos en la Constitución. En nombre de la Constitución como norma suprema, los jueces pueden llegar a inaplicar o invalidar las leyes aprobadas por las asambleas elegidas por el pueblo. ¿Qué razones pueden darse para justificar esta intervención judicial? Esta pregunta ha sido objeto de apasionados debates en los Estados Unidos a lo largo de su historia, y sigue siendo motivo de controversia en la actualidad, tanto en el plano político como en el académico. En esta obra, el profesor Lawrence Sager ofrece una interesante teoría para dar una respuesta adecuada a la cuestión. Frente a quienes sostienen que los jueces deberían limitarse a seguir las instrucciones que el poder constituyente haya expresado de manera clara y específica, Sager da buenas razones para justificar que los jueces tengan atribuido un espacio de actuación más amplio. El proceso judicial está diseñado de tal manera que los tribunales se encuentran en buena posición para interpretar y salvaguardar los principios abstractos de moralidad política incorporados en el texto constitucional. Frente a quienes, por su parte, consideran que los jueces, al controlar las leyes, deberían proteger únicamente las condiciones que hacen posible el gobierno democrático, Sager entiende que también los valores sustantivos externos al proceso democrático deben ser objeto de protección. Y frente a quienes estiman que el control de constitucionalidad de las leyes supone una quiebra del principio democrático, Sager da interesantes razones para sostener que, por el contrario, la existencia de tal control supone un enriquecimiento de la democracia: el proceso judicial satisface la pretensión de igualdad deliberativa. La aspiración más inmediata del autor es ofrecer una interpretación atractiva de la práctica constitucional de un determinado país: los Estados Unidos. Pero las tesis y argumentos que desarrolla tienen un alcance más universal. Este denso y profundo libro es una de las aportaciones más importantes de los últimos tiempos al debate siempre abierto acerca de las posibilidades y límites de la justicia constitucional.

### **Positivismo jurídico incluyente**

Wilfrid J. Waluchow

En *Positivismo jurídico incluyente*, Waluchow elabora un sofisticado argumento para mostrar cómo la validez de las normas jurídicas puede depender de consideraciones morales. El argumento tiene en cuenta las concepciones iuspositivistas clásicas en la teoría anglosajona, como las de J. Bentham y J. Austin en el siglo XIX y las de H. L. A. Hart y J. Raz en el siglo XX. El libro puede contemplarse como una concepción de la naturaleza del derecho de los actuales ordenamientos jurídicos constitucionales que trata de delimitar un espacio conceptual entre aquellos que, como los iuspositivistas, consideran que la identificación del derecho necesariamente excluye las consideraciones morales y aque-

llos que, como los iusnaturalistas o Ronald Dworkin, sostienen que la identificación del derecho necesariamente incluye las consideraciones morales.

### ***Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin***

José Juan Moreso y M.ª Cristina Redondo (eds.)

Eugenio Bulygin ha contribuido de manera fundamental a la teoría del derecho contemporánea. Con seguridad, ha sido uno de los autores que más ha insistido en la necesidad de una renovación metodológica que permitiese a los juristas emplear herramientas formales idóneas y sofisticadas en la identificación y solución de los problemas de la ciencia jurídica.

Este libro es un ejemplo particularmente brillante de la agenda de discusión de la teoría del derecho contemporánea y de la influencia que ha tenido en ella Eugenio Bulygin. La estructura del volumen ofrece un formato de discusión ágil, que combina el gran interés académico que atesora con un estilo de fácil lectura, a la vez que se ofrece un panorama muy amplio de los problemas que enfrenta la teoría del derecho actual.

### ***Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa***

David Martínez Zorrilla

En la práctica jurídica contemporánea es usual que muchas discusiones giren en torno a elementos tales como «derechos fundamentales», «bienes constitucionalmente protegidos», «valores superiores» y otros aspectos sustantivos, normalmente de rango constitucional. Asimismo, la distinción entre «principios» y «reglas», o conceptos como el de «ponderación», han pasado en las últimas décadas a formar parte del bagaje teórico básico de los juristas. Sin embargo, parece que faltaba todavía un tratamiento teórico suficientemente satisfactorio de los conflictos entre principios y de la ponderación como mecanismo para su resolución, al menos desde la perspectiva del positivismo jurídico metodológico. Incluso algunos autores habían puesto en duda la capacidad del positivismo jurídico para dar cuenta de estos fenómenos de forma adecuada, lo que constituiría una razón de peso para abandonar esta perspectiva. Lejos de suscribir este punto de vista, el autor ofrece en el libro un análisis riguroso de los conflictos entre principios constitucionales, de la ponderación y de la posibilidad de obtener una única respuesta correcta en todo caso, y muestra cómo desde el positivismo jurídico y la filosofía analítica puede darse perfecta cuenta de estas cuestiones, señalando además cómo algunas afirmaciones ampliamente compartidas sobre los principios y la ponderación deben ser abandonadas o cuanto menos matizadas, y que en esencia las situaciones de conflicto entre principios son muy similares, tanto en su estructura como en su modo de resolución, a las antinomias entre reglas.

### ***El derecho como razón pública***

Owen Fiss

Este libro reúne algunos de los principales ensayos publicados en las últimas décadas por el profesor Owen Fiss. Este catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale ha sido una de las voces más influyentes en los debates que se han desarrollado en los Estados Unidos acerca del papel del poder judicial en un Estado constitucional. A lo largo de estas páginas, se examinan, entre otras cuestiones, los fundamentos políticos y sociales de la función jurisdiccional, el concepto y garantía de la independencia judicial, los peligros que supone la burocratización de la justicia, las técnicas de protección de los derechos a través de las «acciones de clase», las posibilidades y límites de la objetividad en la interpretación jurídica, y la defensa del liberalismo igualitario frente al embate del análisis económico del derecho. Para ilustrar sus propuestas, el autor se refiere a algunos de los casos más importantes y controvertidos que ha tenido que resolver el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, desde *Brown v. Board of Education* hasta *Bush v. Gore*. Estos brillantes ensayos mantienen un cuidadoso equilibrio entre ambición teórica y sensibilidad por los problemas prácticos, lo que hace muy atractiva su lectura.

### ***La justicia con toga***

Ronald Dworkin

¿Qué relación poseen las convicciones morales de un juez con sus juicios acerca de qué es el derecho? Juristas, sociólogos, filósofos, políticos y jueces ofrecen distintas respuestas a esta pregunta. Algunos creen que están plenamente vinculados mientras que otros insisten en que no tienen ninguna relación. En su nuevo libro, Ronald Dworkin muestra que esta cuestión es mucho más compleja de lo que solemos suponer. Argumenta que debemos explorar esta problemática desde diferentes dimensiones, la semántica, la iusfilosófica y la doctrinal, en las que el derecho y la moral están sin duda interconectados. Este autor reformula y completa su ya ampliamente conocida perspectiva sobre estas conexiones, ofreciendo nuevos argumentos y desarrollando algunas de sus ideas anteriores en torno a la importancia básica de los principios morales en la interpretación jurídica y constitucional. Dworkin ofrece también una profunda revisión y evaluación crítica de las posiciones más influyentes que presentan una alternativa a su concepción, examinando detalladamente las aportaciones de juristas y filósofos eminentes de nuestra época como Isaiah Berlin, John Rawls, Herbert Hart, Joseph Raz, Richard Posner, Cass Sunstein, Antonin Scalia o Jules Coleman. El libro va desgranando los argumentos que permiten concluir que el pragmatismo ofrece una teoría vacía del derecho, que el pluralismo valorativo refleja de modo inadecuado la naturaleza de los conceptos morales, que el originalismo constitucional presenta una visión empobrecedora del rol de una constitución en una sociedad democrática y que el positivismo jurídico contemporáneo está basado en una teoría errónea del significado y en una visión desacertada de la naturaleza de la autoridad.

Esta nueva colección de ensayos de Ronald Dworkin constituye un modelo de razonamiento jurídico lúcido, racional y apasionado que contribuirá, sin lugar a dudas, a que podamos progresar en el tema crucial de qué papel desempeña la justicia en el derecho.

### ***La valoración racional de la prueba***

Jordi Ferrer Beltrán

El lector encontrará en este libro la continuación del discurso iniciado en *Prueba y verdad en el derecho* (Marcial Pons, 2002 y 2005). Allí se abordó el problema de la prueba desde un punto de vista conceptual: ¿qué significa decir que una

hipótesis sobre los hechos está probada? ¿Cuál es la relación entre la prueba y la verdad de una hipótesis? Ahora, en cambio, se presenta el esbozo de una teoría sobre la valoración de la prueba. La pregunta relevante en este libro es, más bien, ¿bajo qué condiciones podemos considerar racionalmente que una hipótesis sobre los hechos está probada? Para ello, el autor aborda, entre otros, los problemas vinculados con los distintos momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial, analizando las reglas de relevancia y admisibilidad de la prueba, las diversas teorías de la probabilidad aplicadas al razonamiento probatorio judicial, la metodología de la corroboración de hipótesis y el problema de la formulación de estándares de prueba que permitan un posterior control sobre su correcta aplicación.

#### **Identificación y justificación del derecho**

Josep M. Vilajosana

Este libro supone una notable contribución a la reflexión clara, ordenada y coherente acerca de algunos de los problemas más relevantes de la filosofía del derecho. La primera parte gira en torno a los problemas de identificación del derecho, concretados en las siguientes preguntas: ¿Cuándo existe el derecho en una determinada sociedad? ¿Está el derecho relacionado con la moral? ¿Está el derecho determinado? La segunda parte versa acerca de los problemas de justificación tanto de la obediencia al derecho como de la imposición de penas y la imposición jurídica de la moral.

El tratamiento de estas cuestiones se hace no con una vocación exhaustiva, sino selectiva. No importa tanto la reconstrucción completa de las doctrinas de los autores más importantes, sino la exposición crítica de los principales argumentos esgrimidos a la hora de abordar los citados problemas. A través de la comprensión de tales argumentos se pretende que el lector pueda formarse su propia opinión acerca de estas cuestiones.

Estas razones hacen que este texto sea especialmente recomendable como manual de filosofía del derecho.

#### **Habermas: Lenguaje, Razón y Verdad**

*Los fundamentos del cognitismo en Jürgen Habermas*

Pere Fabra

Este libro versa sobre los fundamentos filosófico-lingüísticos que subyacen a la teoría de la racionalidad y, correlativamente, a la teoría de la verdad y la teoría moral desarrolladas por Jürgen Habermas. Después de analizar los motivos que llevaron al sociólogo alemán a desarrollar un programa claramente filosófico de fundamentación lingüística, el libro se introduce en este núcleo lingüístico —la pragmática formal y la teoría del significado a ella asociada— a fin de valorar si resulta lo suficientemente sólido para sustentar la compleja construcción teórica habermasiana, cuyo objetivo último —desde la disputa del positivismo hasta *Facticidad y Validez*— estriba precisamente en la defensa de una posición claramente cognitivista en relación con las cuestiones prácticas (moral, derecho y política).

Con la pragmática formal Habermas pretendía contribuir a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y una teoría de la racionalidad. Debía servir de fundamento de una teoría social crítica y abrir el camino para desarrollar una concepción de la moral, del derecho y de la democracia en términos de teoría del discurso. Esta obra recorre la estructura y supuestos de este planteamiento filosófico-lingüístico y muestra cómo la tensión que atraviesa la teoría del significado de Habermas resuena también necesariamente en su teoría de las pretensiones de validez y, en concreto, en la supuesta analogía entre la verdad y la corrección normativa que se halla en la base de su defensa del cognitismo. A partir de la relectura de algunos de los conceptos fundamentales de la teoría de la acción comunicativa y su integración con elementos de la pragmática normativa propuesta por Robert Brandom y otras aportaciones de la filosofía del lenguaje contemporánea, el libro plantea una posible reformulación del esquema habermasiano que debería permitir continuar defendiendo el proyecto cognitivista desde unas bases filosóficas más sólidas.

#### **Normas y justificación**

*Una investigación lógica*

Hugo R. Zuleta

La comprensión de los razonamientos jurídicos exige un análisis adecuado de la estructura lógica de los enunciados normativos. Para ello, es necesario traducirlos a un lenguaje formalizado.

El autor comienza por exponer algunos criterios orientadores para afrontar esa tarea, destacando el papel central que desempeña generalmente la consideración de las condiciones de verdad de los enunciados involucrados. Esto lo lleva a cuestionar la posibilidad de establecer la forma lógica de los enunciados que expresan normas, a menos que se admita, contrariamente a la opinión más común entre los filósofos, que es posible atribuirles valores de verdad. Además, encuentra que la atribución de valores de verdad es también necesaria para justificar una genuina lógica de normas.

Define las condiciones de verdad de las normas mediante una semántica de mundos posibles, y muestra la utilidad de ese enfoque para analizar algunas conocidas paradojas. Sobre esa base confronta dos concepciones de las normas condicionales, las llamadas «concepción puente» y «concepción insular», según la denominación introducida por Alchourrón. El autor defiende la segunda, entre otras razones, porque la considera más adecuada para dar cuenta del papel que desempeñan las descripciones en los enunciados normativos.

A partir de su rechazo de la concepción puente, cuestiona la difundida tesis según la cual la justificación de una sentencia judicial requiere que el contenido de la decisión sea una consecuencia deductiva de ciertas premisas normativas y fácticas.

#### **Una metateoría del positivismo jurídico**

Roberto M. Jiménez Cano

La cuestión sobre el estatuto teórico y metodológico del positivismo jurídico es una de las discusiones centrales en la filosofía del derecho contemporánea. En efecto, no sólo quienes comparten las perspectivas iuspositivistas, sino también aquellos otros que las rechazan, encuentran en sus postulados metateóricos un fecundo campo de análisis y de

bate. Este libro identifica el positivismo jurídico con un modo general y descriptivo de hacer teoría del derecho. Desde este punto de partida se abordan las cuestiones relativas al objetivo, caracteres y herramientas propias de esta escuela de pensamiento jurídico, aconsejando y justificando las transformaciones oportunas. Sin olvidar, por su parte, la exposición y discusión de las actuales versiones en pugna del positivismo jurídico: incluyente y excluyente. Filósofos y teóricos del derecho encontrarán en este libro un lugar desde el cual discutir las metas, instrumentos y tesis del positivismo jurídico y, en su caso, adherirse a ellas.

#### **Concepciones del derecho y de la verdad jurídica**

Germán Sucar

La comprensión de la naturaleza de la verdad jurídica es, sin duda, uno de los desafíos capitales que debe enfrentar el pensamiento jurídico. Ella constituye, en efecto, el horizonte de proyección tanto de la práctica como de la teoría jurídica. No obstante, no se cuenta todavía con una formulación satisfactoria de este conjunto de interrogantes. En el presente libro, Germán Sucar se propone avanzar sobre el tópico sosteniendo que todo intento serio de respuesta exige una indagación acerca de las diferentes teorías sobre la naturaleza del derecho, así como de la distinción de ciertos niveles de análisis. De esta suerte, se examinan críticamente distintas concepciones del derecho en sus diversas variantes, y se defiende una versión del positivismo que contesta las más importantes objeciones que le han sido dirigidas y que permite explicar adecuadamente las numerosas cuestiones involucradas en la elucidación de la verdad jurídica. En el contexto de esta discusión se abordan con precisión y originalidad temas de la mayor actualidad para la teoría del derecho, como la naturaleza y alcance de las tesis que definen el positivismo jurídico, su eventual compromiso con el antirrealismo, la interpretación del derecho, las dificultades que generan su identificación y aplicación, la indeterminación y la derrotabilidad de las normas y su impacto en la determinación de los valores de verdad de los enunciados jurídicos, así como el juego de las nociones de aplicabilidad y pertenencia en el marco de la reconstrucción sistemática del material normativo. El análisis se ve enriquecido, asimismo, por los desarrollos de la filosofía contemporánea en el dominio de la ontología, la semántica y las teorías de la verdad (como el realismo metafísico, el escapitismo semántico, la vaguedad o las concepciones deflacionaria y substantivas de la verdad), de los que el autor se vale para defender sus tesis. Uno de los méritos principales de esta obra es el haber logrado articular esa vasta multiplicidad de cuestiones en una exposición sistemática.

Este libro, lúcido y de exposición clara, contribuirá con toda certeza a una mejor intelección de las complejidades que suscita la complejidad de la práctica y la teoría jurídica actual.

#### **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**

Sebastián Linares

En el desarrollo de la democracia inevitablemente surgen dilemas constitucionales acerca de *quién* debe tener la última palabra institucional en el proceso político de toma de decisiones, y de acuerdo con *qué* criterios. Dentro de estos dilemas entra en juego el lugar que deben ocupar los jueces en las estructuras de decisión política desde la justicia constitucional. El libro representa, pues, un ensayo que intenta abordar el problema de la *autoridad final* en una democracia, y para ello navega entre los diversos dilemas morales, normativos e institucionales que presenta el control judicial de las leyes en las democracias modernas. En este sentido, el libro nos alerta de los peligros de sobredimensionar el papel político de los jueces en detrimento del principio democrático, y lo hace a partir de un rico diálogo interdisciplinario entre la ciencia política, la teoría política, la filosofía del derecho y el derecho constitucional. Según el autor, el problema de la autoridad final en una democracia debe resolverse apelando a argumentos generales, relacionados con la igualdad, dignidad y autonomía de las personas y con el valor epistémico de los procedimientos de toma de decisiones. Luego de hacer un repaso minucioso del debate sobre los fundamentos del control judicial de las leyes, y decantarse por la corriente que defiende la supremacía del Poder Legislativo, el autor explora distintos modelos *débiles* de justicia constitucional, en los cuales la autoridad final recae en el Congreso, y propone un diseño alternativo con miras a promover el diálogo entre ramas de gobierno.

#### **El concepto y la naturaleza del derecho**

Robert Alexy

La explicación de la naturaleza del derecho y la consecuente configuración de su concepto ha sido desde la antigüedad un problema central de la filosofía del derecho. Al responder a este problema, la filosofía del derecho se ocupa en su ámbito de estudio del interrogante fundamental de la ontología, es decir, de qué es aquello que existe y cuáles son sus propiedades. Este libro contiene la traducción al castellano de tres ensayos de Robert Alexy, que representan su pensamiento más actual sobre la respuesta apropiada para esta pregunta ontológica fundamental en el ámbito de lo jurídico: ¿Qué es el derecho?

En estos ensayos, Alexy clarifica y desarrolla con mayor detalle las tesis más emblemáticas de su teoría del derecho, algunas de las cuales ya habían sido plasmadas en su conocida obra *El concepto y la validez del derecho*. Asimismo, Alexy sitúa su teoría en el marco de la discusión actual sobre el concepto de derecho. De esta manera, dialoga con las conocidas tesis del positivismo excluyente e incluyente, resalta las diferencias existentes entre estas concepciones y su visión del no-positivismo e intenta demostrar por qué esta última ofrece mayores posibilidades de corrección teórica y práctica. Finalmente, Alexy también ofrece una caracterización de la filosofía del derecho y explica cuáles son las propiedades que mejor la definen como rama de la filosofía que reflexiona sobre el fenómeno jurídico.

#### **La prueba**

Michele Taruffo

Este libro es, fundamentalmente, la voz «prueba» de una enciclopedia. Aunque ésta es la primera publicación del texto, los cinco capítulos del libro tienen la forma, la pretensión y la finalidad originaria de ser una voz de enciclopedia. El lector encontrará sin duda un panorama extraordinariamente rico de los problemas del derecho probatorio, una perspectiva comparatista de esos problemas poco común en la literatura en castellano, así como indicaciones bibliográficas abundantes y, a la vez, cuidadosamente seleccionadas. Además, se han incorporado al libro cinco apéndices que

son traducción de sendos artículos del autor, algunos de ellos inéditos en castellano, acerca de problemas probatorios específicos.

Michele Taruffo publicó en 2002 un libro titulado *Sui confini*. Nada más cerca de la forma de estudiar y de los temas de interés del autor que lo que indica ese título. Taruffo goza de trabajar en los dominios de las fronteras intelectuales, allá donde son necesarias amplias dosis de cultura jurídica y filosófica para abordar problemas multifacéticos. Y el de la prueba lo es, sin ninguna duda. Por eso, éste es un libro muy útil para quien quiera adentrarse en los vericuetos del derecho probatorio, tanto desde una perspectiva estrictamente procesal como desde la filosofía del derecho, tanto desde la dogmática nacional como desde los estudios de derecho comparado.

#### **Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law**

*Un árbol vivo*  
W. J. Waluchow

El constitucionalismo democrático es la manifestación institucional más conocida y difundida de una concepción de la justicia que tiene en la existencia de derechos individuales básicos uno de sus ejes centrales. Así y todo, cuando la Constitución es promulgada o concebida rigidamente, y los órganos encargados de su aplicación y control son menos representativos que el Parlamento —pero cuentan sin embargo con la última palabra sobre el contenido y alcance de aquellos derechos fundamentales—, el ideal democrático se resiente. Frente a otros muchos argumentos esgrimidos en defensa del modelo para sortear dicha «objeción contramayoritaria», Waluchow apuesta por la concepción de los textos constitucionales y de las declaraciones de derechos como «árboles vivos» (susceptibles de la adaptación a las nuevas circunstancias) y de su aplicación al estilo del *common law*, contribuyendo con ello a un debate central en el derecho constitucional y la filosofía del derecho de las últimas décadas, y del que en esta misma colección hay ya referentes cruciales.

#### **La Constitución: modelo para armar**

José Juan Moreso

En este libro están recogidos algunos de los ensayos que el autor ha escrito en los últimos diez años, la mayoría de ellos ya publicados. Se trata de un primer intento de articulación de unos *prolegómenos* o *preliminares* a una teoría de la Constitución, es decir, de un enfoque de algunos de sus fundamentos filosóficos. Estos fundamentos proceden de diversos lugares: de la teoría jurídica por supuesto, pero también de la filosofía del lenguaje, de la filosofía social, de la filosofía moral y de la filosofía política. En este sentido, el debate actual sobre algunas cuestiones constitucionales es realmente apasionante porque reclama un espacio en donde todas estas disciplinas se entrecruzan. El libro se divide en tres partes: la primera dedicada al trasfondo de la Constitución, la segunda a la teoría del derecho adecuada para esta época de constitucionalismo y la tercera que versa sobre la aplicación judicial de la Constitución. El primer ensayo, de carácter general, trata de mostrar los vínculos que entrelazan estas tres partes.

#### **Emociones, responsabilidad y derecho**

Daniel González Lagier

¿Deben los jueces ser neutrales hasta el punto de no dejarse llevar por sus emociones? ¿Está justificado disminuir la pena a la madre que mata al violador de su hija de pocos años porque comprendemos su emoción? ¿Se justifica incrementar la pena a aquellos que actúan con motivaciones emocionales socialmente reprobables (como el racismo o el machismo)? ¿Puede la reeducación emocional ser un buen instrumento para prevenir la violencia y determinados delitos? Todos estos temas muestran la importancia de las emociones para el derecho; sin embargo, son muy escasas las aproximaciones que se han hecho a la noción de emoción desde el ámbito de la teoría del derecho. Este libro trata de ofrecer una introducción a la teoría de las emociones que permita la discusión sobre su papel en el derecho. Para ello, se ocupa de presentar un concepto de emoción que dé cuenta tanto de sus aspectos fenomenológicos (la sensación asociada a las emociones) como cognitivos (su contenido), lo que le sirve de base para plantear temas como la conexión entre las emociones y las acciones, la racionalidad de las emociones, su posibilidad de control y lo que podríamos llamar nuestra «responsabilidad emocional».

#### **La diversidad de lo bueno**

G. H. von Wright

Este libro es, en opinión de su autor, el más personal y mejor fundamentado de sus trabajos. En él propone, frente a la tradición que sostiene la autonomía conceptual de la moral, que los conceptos de bondad o corrección moral deben ser estudiados en relación con una red de conceptos que se refieren «al hombre como un todo», como, por ejemplo, los de felicidad, salud y —el más importante— bienestar. Desde esta perspectiva, el autor construye una concepción *teleológica* de la moral como «una función de cómo la conducta de un individuo afecta al bienestar de sus compañeros humanos». En el camino, el libro analiza diferentes tipos de «bondad» (como la bondad *instrumental*, la bondad *técnica*, la bondad *médica*, la bondad *utilitaria*, la bondad *hedónica*) y conceptos como el de deber, *bien del hombre* o virtud. En definitiva, es la búsqueda de una posición moral original en diálogo con la de autores como Aristóteles, Kant y Moore.

#### **El derecho en acción**

*La dimensión social de las normas jurídicas*  
Josep M. Vilajosana

Una teoría del derecho satisfactoria debe ser al menos una teoría del derecho positivo, es decir, debe poder dar cuenta de la relación entre las normas jurídicas y los hechos sociales con los que se hallan vinculadas. Éste es justamente el objetivo general de este trabajo. A lo largo del mismo se examinarán las condiciones de existencia de las normas jurídicas, en concreto, y del derecho positivo, en general.

En los primeros dos capítulos se pone de relieve el carácter problemático que encierra tanto la pregunta acerca de la ontología de las normas jurídicas (si son entes abstractos o concretos), como el análisis de la relación entre cada tipo de normas jurídicas y el comportamiento humano.

En el resto del libro se realiza el análisis de las dos condiciones mínimas de existencia de los sistemas jurídicos: que exista una práctica unitaria de identificación de normas y que las normas identificadas sean generalmente eficaces. Al respecto, el autor defiende lo que denomina un convencionalismo en sentido débil, según el cual necesariamente la primera condición requiere la presencia de hechos convencionales de carácter constitutivo, mientras que la segunda apuntaría a la presencia de hechos sociales no necesariamente convencionales.

#### **Fundamentos para una teoría general de los deberes**

Carlos E. Alchourrón

En los últimos años de su producción teórica Carlos E. Alchourrón se dedicó con particular creatividad a profundizar ideas sobre los temas que lo desvelaron durante toda su carrera académica, tales como la naturaleza de la lógica, la posibilidad y fundamentación de la lógica de normas, la representación de las normas condicionales, los cambios racionales de creencias y la derrotabilidad.

Se presentan en este volumen conjuntamente algunos de los últimos trabajos del profesor argentino: «Concepciones de la lógica», «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables», «Para una lógica de las razones *prima facie*», «Separación y derrotabilidad en lógica deóntica» y «Sobre derecho y lógica».

Si bien versan sobre temas distintos, guardan no obstante una cierta vinculación temática, ya que los pilares teóricos que Alchourrón construye en ellos permiten delinear un sistema de lógica de normas apto para distinguir diferentes categorías de deberes: condicionales e incondicionales, derrotables e inderrotables, esto es, sientan las bases para el desarrollo de una teoría general de los deberes.

#### **H. L. A. Hart**

Neil MacCormick

H. L. A. Hart es una descripción concisa, clara y fidedigna de una de las teorías del derecho más influyentes del pasado siglo, la del filósofo inglés H. L. A. Hart. Esta segunda edición del libro describe, además, el corpus completo de su pensamiento, lo que le permite hacerse eco de las críticas y los debates más recientes que su obra ha generado. Sin embargo, el libro es algo más que una mera descripción. Su autor, colega de Hart en Oxford y conocedor privilegiado de su obra, también lleva a cabo una tarea de reconstrucción y reordenación de algunos conceptos y argumentos de Hart que, explicados de una forma alternativa, pueden eludir las críticas recibidas y proveernos de una mejor comprensión de la práctica jurídica. Por último, el libro es también una crítica y una reacción contra algunas tesis de Hart que su autor juzga superadas, fundamentalmente la reducción de las normas jurídicas a meras reglas y la separación tajante entre el derecho y la moral. De ese modo, el libro adopta una posición muy expresiva de las últimas tendencias de la teoría jurídica de nuestro tiempo: por un lado, se distancia del positivismo ortodoxo de Hart, e incluso propugna una posición postpositivista superadora de éste; por otro, sin embargo, rechaza la confusión entre teoría jurídica y teoría moral propuesta por autores como Ronald Dworkin, y, al igual que Hart, sigue abogando por una teoría del derecho puramente descriptiva y neutral respecto a las controversias morales.

#### **Riesgos y daños**

Jules L. Coleman

*Riesgos y daños* es el primer libro que aborda con profundidad el análisis de los fundamentos filosóficos del derecho privado. El argumento se desarrolla a partir del posible conflicto que existe entre la justicia y la eficiencia económica cuando se trata de asignar riesgos relacionados con la seguridad de las personas. La primera parte del libro explora una forma de liberalismo que asigna al mercado un papel clave en la interpretación de las prácticas políticas, jurídicas y morales. La segunda parte sostiene que el mercado es un buen punto de partida para analizar el proceso de contratación racional, pero este criterio no se aplica a la responsabilidad extracontractual. De esta manera, la tercera parte presenta una teoría del derecho de daños basada en el principio de justicia correctiva. En lugar de concebir a la responsabilidad extracontractual como un mecanismo para rectificar las fallas del mercado mediante el traslado forzado de recursos de un individuo a otro, la tesis de la tercera parte defiende la idea de que, en definitiva, el derecho de daños rectifica las pérdidas injustas imponiendo sus costes a aquellos individuos que tienen el deber de repararlas según la justicia.

Además, la presente edición cuenta con un epílogo de inestimable valor, escrito especialmente para la traducción al castellano, en el cual el autor recorre toda su trayectoria personal y académica, desde el inicio de su tesis doctoral, pasando por la publicación de *Riesgos y daños*, hasta las ideas que actualmente se encuentra desarrollando en torno a este tema.

#### **Constitucionalismo político**

*Una defensa republicana del constitucionalismo de la democracia*

Richard Bellamy

La revisión judicial llevada a cabo por los tribunales constitucionales se presenta a menudo como un complemento indispensable de la democracia. Este libro cuestiona su efectividad y su legitimidad. Apoyándose en la tradición republicana, Richard Bellamy argumenta que, para garantizar los derechos y el Estado de derecho, los mecanismos democráticos —elecciones abiertas entre partidos en competencia y toma de decisiones mediante la regla de la mayoría— ofrecen un método que se basta a sí mismo y que resulta preferible. Al no tener que rendir cuentas, la revisión judicial se convierte en una forma de dominación arbitraria que carece del incentivo que sí tiene la estructura de la democracia para asegurar que los gobernantes traten a los gobernados con igual consideración y respeto. La revisión judicial basada en derechos socava la constitucionalidad de la democracia. Su sesgo contramayoritario favorece a los privilegia-

dos frente a las minorías desfavorecidas, su legalismo y su atención a los casos individuales distorsionan el debate público. Lo primordial no debería ser limitar la democracia mediante constituciones escritas y una mayor vigilancia judicial, sino mejorar los procesos democráticos a través de medidas tales como la reforma de los sistemas electorales o el perfeccionamiento del control parlamentario.

#### ***Simplemente la verdad***

*El juez y la construcción de los hechos*

Michele Taruffo

Este libro ofrece una sugestiva mirada sobre las complejas relaciones entre verdad, proceso y prueba, en la que se entrelazan con acierto las perspectivas histórica, filosófica, dogmática y comparatista. Su tesis central es que determinar la verdad de los hechos en el proceso es posible y necesario para la justicia de la decisión judicial, particularmente en un sistema jurídico basado en el principio de legalidad. Esta tesis es sólo en apariencia trivial, pues se enfrenta, en realidad, a numerosos adversarios, que postulan —ya sea de modo general, como ocurre con la filosofía postmoderna, ya sea en el ámbito particular del proceso, como ocurre, por ejemplo, con las ideologías que lo conciben como una «cosa privada de las partes» o como un instrumento dirigido exclusivamente a la resolución de las controversias— la irrelevancia de la verdad.

Una vez justificada la atribución de una función epistémica al proceso, se realiza en el libro un acucioso análisis comparado y crítico de numerosas instituciones del derecho probatorio. El lector encontrará, así, una detallada evaluación de las reglas de exclusión de prueba, de las diversas modalidades de asunción de la prueba testimonial, de las reglas de prueba legal que todavía subsisten en algunos ordenamientos, de los poderes de instrucción del juez y de la alternativa entre jueces profesionales y jueces legos. Por último, el autor se ocupa también de la decisión sobre los hechos y de su justificación, considerando el rol que corresponde a los estándares de prueba, a las reglas de carga de la prueba y a la exigencia de motivación, para que se pueda decir que esa decisión enuncia la verdad.

#### ***Metodología jurídica y argumentación***

David Martínez Zorrilla

A fin de que el derecho pueda llevar a cabo sus funciones de manera satisfactoria, un requisito previo es la posibilidad de que pueda determinarse cuál es la respuesta jurídica correcta, o, dicho en otros términos, qué es aquello que el derecho establece para cada caso a decidir. En muchas ocasiones, esta determinación dista de ser clara, sencilla o evidente, por lo que resulta de utilidad contar con una metodología rigurosa que nos ayude a llevar a término cada una de las tareas y actividades relacionadas con la determinación de la respuesta jurídica para el caso relevante.

Paralelamente, la necesidad de justificar la corrección jurídica de las decisiones tomadas por las autoridades (o de las afirmaciones, interpretaciones o posiciones de los juristas, en un sentido más amplio) ocupa un lugar central en nuestros contextos jurídicos actuales, lo que demanda una adecuada formación en materia argumentativa.

El presente libro aborda, de manera introductoria aunque rigurosa, estos dos grandes ámbitos. En la primera parte se expone un conjunto de conceptos, técnicas y procedimientos que conformarían una metodología jurídica, construida sobre la base de la teoría general del derecho de orientación analítica. En la segunda parte se presenta una introducción a los aspectos básicos de la actividad argumentativa, prestando especial atención a la argumentación en el ámbito jurídico. El carácter general e introductorio, a la par que riguroso y preciso, de la presente obra, hacen que resulte especialmente indicada como texto de apoyo en el ámbito de la docencia.

#### ***La Constitución viviente***

Bruce Ackerman

El derecho constitucional norteamericano aparenta encontrarse estancado en una serie de debates de posturas antagónicas. Están por un lado quienes —adorando las firmes estatuas del pasado—, se aferran al diseño propuesto por los constituyentes originarios y, por otra, quienes consideran que los compromisos actuales de un pueblo se hacen únicamente a través del camino del *common law* y que el planteamiento originalista es completamente desechable.

En este trabajo, el doctor Ackerman aborda dicho conflicto con la maestría que le caracteriza. Apunta con objetividad los importantes logros del pasado y la necesidad que existe de resaltar su respectiva vigencia, a la vez que dignifica las palabras de los norteamericanos que no han sido expresadas en los caminos constitucionales expresamente previstos. Es en la unión de estas ideas como considera se podrá crear un lenguaje constitucional que refleje la idea de «Nosotros, el pueblo» de una manera completamente veraz.

#### ***Teoría de los principios***

Humberto Ávila

Esta obra, escrita originalmente en portugués, obtuvo un enorme éxito en Brasil, donde se publicaron once ediciones en tan solo cinco años. La notoriedad alcanzada motivó su traducción al alemán y al inglés, y la obra experimentó el mismo éxito tanto en Alemania como en los países de lengua inglesa. En esta edición, totalmente revisada y ampliada en relación con el trabajo original, el autor presenta, con originalidad e independencia, un serio estudio sistemático sobre el significado y el fundamento de los principios jurídicos, proponiendo criterios distintos a los que la doctrina comúnmente emplea para distinguir entre principios y reglas, así como para su adecuada interpretación y aplicación.

#### ***Las pretensiones normativas del derecho***

*Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*

Paula Gaido

La presente obra parte de una pregunta que puede ser formulada de diferentes maneras: ¿en qué idea se está pensando cuando se afirma que el derecho es normativo?, ¿por qué es importante entender al derecho como fuente de normas que generan deberes, y no meramente como un hecho, como un conjunto de contenidos semánticos o como un conjunto de

actos de imposición de poder? Hay quienes sostienen que cuando se piensa en el derecho está implícita la idea de que es normativo, y que esta es una cuestión conceptual. Sin la idea de normatividad no se puede comprender al derecho. El análisis de las respuestas dadas por los filósofos del derecho Robert Alexy y Joseph Raz, se toma como brújula en la exploración del problema. Las nociones de pretensión de corrección, en el caso de Alexy, y la de pretensión de autoridad legítima, en el caso de Raz son, de este modo, objeto de principal análisis en el libro y, a través de ellas, el sentido en que el derecho, se dice, es fuente de razones justificatorias.

### ***Cómo deciden los jueces***

Richard A. Posner

*Cómo deciden los jueces* es un estudio acerca del complejo y diverso entramado de factores que llevan a los jueces a tomar las decisiones que toman. Posner pretende «descorrer el velo» que cubre una de las actividades fundamentales del derecho: la actividad de juzgar. Su objetivo es someter a escrutinio público los condicionantes de naturaleza sociológica, psicológica, económica, política, filosófica y también jurídica que de hecho influyen en la actividad decisoria de los tribunales. Guiado por este objetivo, aborda toda una serie de aspectos que van desde las condiciones laborales de la profesión de juez (sueldo, promoción, estabilidad en el puesto) hasta el papel jugado por sus convicciones ideológicas y políticas, sus filias y fobias partidistas y su función ante la opinión pública, pasando por la psicología y la personalidad de los jueces y los problemas que tienen que ver con la manera en que aceptan y conciben las pautas del método jurídico.

Pero el libro de Posner no sólo se mueve en este nivel descriptivo o explicativo, sino que contiene también un modelo normativo de juez. El escenario de contraste de este modelo es asimismo la jurisprudencia estadounidense, centralmente los tribunales de apelación y el Tribunal Supremo. El autor reivindica, por ejemplo, que una comprensión cabal del papel del Tribunal Supremo pasa por entenderlo como tribunal político, y somete a revisión alguna de sus tendencias actuales, en concreto la de tomar la jurisprudencia constitucional de otros ordenamientos jurídicos como fuente autoritativa. Posner apuesta, en definitiva, por un modelo pragmatista, pero, en sus palabras, se trata de «un pragmatismo sensible y no uno de cortos vuelos».

### ***Causalidad y responsabilidad***

Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica

Michael S. Moore

El concepto de causalidad es fundamental para asignar responsabilidad, moral y jurídica, por eventos. Pero la relación entre la causalidad y la responsabilidad permanece poco clara. ¿Cuál es, exactamente, la conexión entre el concepto de causalidad usado al atribuir responsabilidad y las explicaciones de las relaciones causales ofrecidas por la filosofía de la ciencia y la metafísica? ¿Cuánto de lo que llamamos responsabilidad causal es definido, en verdad, por factores no causales? Este libro sostiene que una gran parte de la teoría jurídica sobre estas cuestiones es confusa e incoherente, y representa el primer intento exhaustivo, desde el trabajo de Hart y Honoré, de aclarar el trasfondo filosófico de los debates jurídicos y morales.

En primer lugar, el libro ubica a la causalidad en el derecho penal y el derecho de daños, y define la metafísica presupuesta por la teoría jurídica. Luego analiza las mejores explicaciones teóricas de la causalidad ofrecidas por la filosofía de la ciencia y la metafísica y, valiéndose de ellas, critica a muchos de los conceptos jurídicos centrales que circundan a la causalidad, como los de la causalidad sobreviniente, la predictibilidad del daño y la participación. Considera y rechaza las propuestas radicales que tienden a erradicar a la causalidad del derecho, usando, en cambio, cálculos de riesgos para atribuir responsabilidad.

El análisis resulta ser un argumento poderoso para que revisemos nuestro entendimiento del papel que juega la causalidad en la atribución de responsabilidad, tanto jurídica como moral.

### ***Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos***

Jordi Ferrer Beltrán y Jorge L. Rodríguez

El libro aborda dos problemas centrales de la teoría del derecho: la jerarquía normativa y la dinámica de los sistemas jurídicos. Ambos han tenido hasta el momento menos atención de la que merecen, pero lo realmente novedoso de este volumen es su tratamiento conjunto, con un análisis muy cuidadoso de sus implicaciones mutuas. A partir de aquí, se revisan nociones clave como las de sistema jurídico, las concepciones de las normas, la pertenencia al sistema de las normas derivadas, o la validez y aplicabilidad de las normas, así como los efectos de la prelación jerárquica. En resumen, el lector encontrará en este libro un estudio profundo de algunas nociones centrales de la teoría del derecho, revisadas a la luz de la intersección entre la estructura jerárquica y la dinámica de los sistemas jurídicos.

### ***El realismo jurídico genovés***

Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti

A partir de la obra de Giovanni Tarello, y bajo su maestría, se ha conformado en Génova un grupo de investigadores, que contó enseguida con el empuje de Silvana Castignone y Riccardo Guastini, y en el que se formaron filósofos del derecho como Mauro Barberis, Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni, entre otros. En el ámbito de la teoría del derecho, ese grupo, conocido por muchos como *Escuela genovesa*, se ha caracterizado por la defensa de tesis propias del realismo jurídico y ha tenido una gran influencia en el debate iusfilosófico italiano, francés e iberoamericano de los últimos 20 años. El realismo jurídico a la *genoise* hunde sus raíces en las dos grandes tradiciones iusrealistas, americana y escandinava. Sin embargo, ha desarrollado progresivamente sus propias tesis y refinado con la metodología analítica algunas de las asunciones básicas del realismo jurídico clásico, en especial del americano.

En este libro el lector encontrará la presentación de esas tesis por parte de sus más destacados defensores y su discusión a cargo de algunos de los más importantes iusfilósofos iberoamericanos actuales.

**La teoría principialista de los derechos fundamentales**  
*Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*  
Jan-R. Sieckmann (ed.)

La teoría de los derechos fundamentales es un tema tan crucial como controvertido. Debido al aumento de Estados que se configuran como «constitucionales» y «democráticos», y también al desarrollo de sistemas europeos e internacionales de protección de derechos humanos, la búsqueda de modelos generales de protección iusfundamental cobra una enorme importancia. Entre estos modelos, la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy ha sido uno de los que más aceptación ha merecido tanto en el ámbito académico como en la práctica del derecho. Pese haber sido blanco de numerosas críticas, constituye, por su solidez teórica y reconocimiento internacional, uno de los referentes más adecuados sobre el tema. Los trabajos reunidos en este volumen analizan y discuten si la teoría principialista desarrollada por Alexy ofrece el marco idóneo para elaborar una teoría y una dogmática general de los derechos fundamentales más allá de las fronteras de los sistemas jurídicos nacionales. En ellos se abordan problemas relativos a la teoría de las normas iusfundamentales, al método de la ponderación o a los principios de proporcionalidad y de igualdad. Aparte del propio Alexy, los autores que participan en este libro han contribuido de diversa manera e incluso desde perspectivas críticas al desarrollo de esa teoría general y pueden ser considerados como especialistas en la teoría de los principios y de los derechos fundamentales.

**Problemas de vida o muerte**  
*Diez ensayos sobre bioética*  
Eduardo Rivera López

El avance de la medicina ha generado enormes desafíos éticos. En ellos está en juego la vida, la muerte, la dignidad y la autonomía de las personas. ¿Debería permitirse la eutanasia voluntaria? ¿Tenemos el deber de garantizarles a nuestros futuros hijos un mínimo de calidad de vida? ¿Deberían las personas con problemas de fertilidad adoptar, en lugar de utilizar técnicas de reproducción asistida? ¿Generará el avance de la genética desigualdades sociales inaceptables? ¿Quién debería tener acceso a la información genética de una persona? ¿Debería permitirse la venta de órganos?

Estas son algunas de las preguntas que se exploran en los diez ensayos reunidos en este volumen. Se trata de artículos independientes, publicados en general en revistas especializadas, que ofrecen, sin embargo, un panorama amplio de algunos de los problemas de la bioética contemporánea.