

JOHN FINNIS

JOHN FINNIS

Nació en Adelaida, Australia, en el año 1940. Doctor en Derecho por la Universidad de Oxford, actualmente es Fellow de University College y Profesor de Derecho y Filosofía Jurídica en la misma Universidad. Desde 1989 es Fellow de la Academia Británica y Biolchini Family Professor of Law en la Universidad de Notre Dame (Indiana, EE.UU.).

CRISTÓBAL ORREGO S.

Traductor y autor del estudio preliminar que ayuda a comprender la obra.
Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Natural y Filosofía Política en la Universidad de los Andes (Chile).

LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES

Estudio Preliminar
CRISTÓBAL ORREGO S.



**ABELEDO-PERROT
BUENOS AIRES**

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I DESCRIPCIÓN DEL DERECHO Y VALORACIÓN

SUMARIO: I.1. La formación de los conceptos para una ciencia social descriptiva.— I.2. Atención al fin práctico.— I.3. Selección del caso central y del significado focal.— I.4. Selección del punto de vista.— I.5. La teoría de la ley natural.— Notas.

I.1. LA FORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS PARA UNA CIENCIA SOCIAL DESCRIPTIVA

Hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, y exigencias de razonabilidad práctica que sólo esas instituciones pueden satisfacer. El fin de este libro es identificar esos bienes y esas exigencias de razonabilidad práctica, y así mostrar cómo y bajo qué condiciones tales instituciones se justifican y las formas en que ellas pueden ser (y a menudo son) defectuosas.

A menudo se supone que una valoración del derecho como tipo de institución social, si acaso ha de intentarse, debe ser precedida por una descripción y un análisis libres de valoraciones de esa institución tal como existe de hecho. Pero el desarrollo de la moderna teoría del derecho sugiere, y la reflexión sobre la metodología de cualquier ciencia social confirma, que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que también él participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica.

Una ciencia social, como la teoría sociológica o analítica del derecho, busca describir, analizar y explicar algún objeto o materia. Este objeto está constituido por acciones humanas, prácticas, hábitos, disposiciones y por el discurso humano. Las acciones, prácticas, etc., están ciertamente influidas por las causas "naturales" adecuadamente estudiadas mediante los métodos de las ciencias naturales, incluyendo una parte de la psicología. Pero las acciones, prácticas, etc., solamente pueden comprenderse plenamente captan-

do su fin, es decir, su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etc. Y estas concepciones sobre el fin, el valor, la relevancia y la importancia, se reflejarán en el discurso de esas mismas personas, en las distinciones conceptuales que ellas hacen u omiten o se niegan a hacer. Además, estas acciones, prácticas, etc., y por tanto estos conceptos, varían mucho de una persona a otra persona, de una sociedad a otra, de un tiempo y lugar a otros tiempos y lugares. *¿Cómo ha de haber, entonces, una teoría general descriptiva sobre estos pormenores cambiantes?*

Un teórico desea describir el derecho como, por ejemplo, una institución social. Pero las concepciones del derecho (y de *jus*, *lex*, *droit*, *nomos*,...) que las personas han tenido en mente y han usado para determinar su propia conducta son bastante diversas. La materia para la descripción del teórico no viene pulcramente delimitada de otras características de la práctica y vida social. Además, esta práctica y vida social tiene denominaciones en muchos idiomas. Los idiomas pueden ser aprendidos por hablantes de otros idiomas, pero los principios según los cuales se adoptan y aplican las denominaciones —*i.e.* los intereses prácticos y las interpretaciones sobre sí mismas de las personas cuyas conductas y disposiciones van a constituir la materia de estudio del teórico— no son uniformes. ¿Puede el teórico, entonces, hacer algo más que una lista de estas cambiantes concepciones y prácticas y de sus correspondientes denominaciones? Incluso una lista exige algún principio de selección de los objetos que se incluirán en ella. Y la teoría del derecho, como otras ciencias sociales, aspira a ser más que una conjunción de lexicografía e historia local, o incluso más que una yuxtaposición de todas las lexicografías unidas a todas las historias locales.

¿Cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción? Los primeros teóricos analíticos del derecho no muestran gran conciencia del problema. Ni Bentham ni Austin dan ninguna razón o justificación para las definiciones de derecho y de teoría del derecho que prefieren. Los dos tratan de mostrar cómo los datos de la experiencia jurídica pueden ser explicados en términos de esas definiciones. Pero las definiciones están simplemente puestas al principio y después se dan por sentadas. La noción de Bentham sobre los “elementos reales” de las ideas nos anima a suponer que fue atraído hacia su definición de ley (“una unión de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano en un estado...”¹) por el hecho de que las uniones de signos (y los mandatos y prohibiciones de un determinado individuo o conjunto de individuos) son

¹ Bentham, *Of Laws*, pág. 1; sobre “elementos reales” y “entidades reales”, véase *ibid.*, págs. 2-3, 251-2, 278, 294, y *A Fragment on Government* (1776), Capítulo V, párág. vi, nota 1 (6).

“entidades reales” que causan una impresión empírica en la mente. Los *obiter dicta* de Austin sobre la metodología sugieren que las nociones de mandato, superior político y hábito de obediencia, eran atractivas para él precisamente por su simplicidad y precisión. Al parecer él quería que los “términos principales” de su sistema explicativo tuvieran la “simplicidad y precisión” presentes en el “método tan exitosamente seguido por los geómetras”.² Por eso no se preocupaba ni por la complejidad de algunas de las conclusiones (e.g. sobre la soberanía en las federaciones) exigidas por sus premisas definicionales, ni por la novedad y artificialidad de otras entre esas conclusiones (e.g. sobre el carácter extrajurídico del derecho constitucional, o la no existencia de derechos legales del soberano). Él apreciaba el “corto número” de sus términos principales;³ cualquier lector de Austin se da cuenta de que, como consecuencia, pierde relieve o se debilita la descripción de la experiencia jurídica.

En la “teoría general del derecho” de Kelsen no encontramos una atención crítica al problema metodológico de seleccionar los conceptos para los fines de una teoría general descriptiva o libre de valoraciones. Mas sí encontramos una percepción, no evidente en Bentham y Austin, de que el objetivo o función es intrínseco a la constitución, y por tanto a la comprensión descriptiva, de la materia en estudio. Así Kelsen define el derecho (*law*) como una técnica social específica: “la técnica social que consiste en obtener la deseada conducta social de los hombres mediante la amenaza de una medida de coacción que ha de aplicarse en caso de conducta contraria”.⁴ De aquí deriva su caracterización de la norma jurídica individual como una norma para la aplicación de una sanción, y de aquí derivan a su vez las otras características de su “nomoestática” y varias características de su “nomodinámica”. ¿Pero cómo propone Kelsen justificar la definición misma? Simplemente como sigue:

¿Qué puede tener en común el orden social de una tribu de negros bajo el mando de un jefe despótico —un orden igualmente llamado “*law*” (o “ley” o “derecho”)— con la constitución de la República suiza?

[Interrumpimos para preguntar: ¿Quién está imponiendo este nombre, esta denominación? ¿Qué voluntad de referirse así al orden social de la tribu

² Austin, *Province*, págs. 77-8.

³ *Ibid.*, pág. 78.

⁴ Kelsen, *General Theory*, pág. 19. Así el derecho es un medio específico para un fin específico: “El derecho es... un ordenamiento para la promoción de la paz” (*ibid.*, pág. 21); por ende, “el derecho es un orden de acuerdo con el cual el uso de la fuerza está generalmente prohibido, pero excepcionalmente está permitido, bajo ciertas circunstancias y para ciertos individuos, como una sanción” (pág. 22); véase también *ibid.*, págs. 392, 399.

(con un lenguaje que expresa distinciones que al jefe despótico y a sus súbditos no les interesa hacer) viene a ser de este modo decisiva?].

Mas hay un elemento común que justifica plenamente esta terminología... porque la palabra se refiere a esa técnica social específica que, no obstante las grandes diferencias... es con todo esencialmente la misma para todos estos pueblos que tanto difieren por el tiempo, el lugar y la cultura...

¿Qué podría ser más simple? Uno toma la palabra “*law*” (o “ley” o “derecho”). Ignorando un amplio rango de significados y referencias —como en “*law of nature*” (“ley de la naturaleza”), “*moral law*” (“ley moral”), “*sociological law*” (“ley sociológica”), “*international law*” (“derecho internacional”), “*ecclesiastical law*” (“ley eclesiástica”), “*law of grammar*” (“regla gramatical”)— e ignorando además formas alternativas de referirse, *e.g.*, al orden social de la “tribu de negros”, uno determina la extensión del objeto significado por la palabra entendida según el uso lingüístico que uno ha seleccionado previamente (sin dar explicaciones). Después uno busca “un elemento común”. Este único elemento común es el criterio que define la “esencia” del derecho (*law*) y, por ende, el único aspecto usado para caracterizar y para explicar descriptivamente la totalidad del objeto. Tenemos, por tanto, un solo concepto que puede ser predicado igualmente y en el mismo sentido (*i.e.* unívocamente) de todo lo que, según un uso lingüístico preteórico (que el teórico permite que determine su uso teórico), alguien estaba dispuesto a llamar “derecho” (*law*).

El poder explicativo, notablemente mayor, de posteriores análisis descriptivos del derecho, como los de H. L. A. Hart y Joseph Raz, ha de atribuirse a su ruptura verdaderamente decisiva con las metodologías algo ingenuas de Bentham, Austin y Kelsen. Este refinamiento del método tiene tres características principales, que se estudian en las tres secciones siguientes.

I.2. ATENCIÓN AL FIN PRÁCTICO

La crítica de Hart a Austin y Kelsen mantiene su objetivo teórico fundamentalmente descriptivo: en efecto, Hart objeta que la teoría de estos autores “no se adecuaba a los hechos”.⁵ Pero los hechos a los que esa teoría no se adecuaba, según Hart, eran hechos acerca de las funciones. Si Kelsen identifica el derecho como una “técnica social específica”, Hart contesta que la descripción kelseniana realmente oscurece “el carácter específico del derecho como medio de control social” porque “deforma las diferentes fun-

⁵ Hart, *Concept of Law*, pág. 78.

ciones sociales que cumplen los diferentes tipos de reglas jurídicas”.⁶ La descripción (“concepto”) del derecho de Hart se construye apelando, una y otra vez, al fin práctico de los componentes del concepto. El derecho ha de describirse en términos de reglas para la orientación de funcionarios y de ciudadanos por igual, y no meramente como un conjunto de predicciones de lo que harán los funcionarios. Un sistema jurídico es un sistema en el cual unas reglas “secundarias” han aparecido con el fin de remediar los defectos de un régimen pre-jurídico que contiene solamente “reglas primarias”. El derecho debe⁷ establecer sanciones y un contenido mínimo de reglas primarias con el fin de garantizar la supervivencia de la sociedad o de sus miembros y para darles a éstos una razón práctica para la conformidad con él.

Raz refina estos elementos mediante una descripción del derecho que se aleja aún más de caracterizarlo como un monopolio de la fuerza por un “jefe despótico” mediante las amenazas de usar la fuerza. Para Raz, como para Hart, el derecho no es cualquier conjunto de normas; es un sistema de normas que proporciona un método (*i.e.* una técnica) para resolver controversias autoritativamente, por medio de normas que a la vez (*a*) proporcionan orientación vinculante para las “instituciones primarias” (las cuales resuelven las controversias mediante “determinaciones aplicadoras vinculantes”) y (*b*) también (“exactamente las mismas normas”) orientan a los individuos cuyo comportamiento es susceptible de ser valorado y juzgado por esas instituciones.⁸ A causa de esta doble función de sus normas, un sistema jurídico difiere sustancialmente de cualquier orden social en el cual una autoridad pueda adoptar determinaciones sobre diversas materias decidiendo cada problema como le parezca mejor, con una ilimitada discrecionalidad.⁹ Además, el derecho no busca simplemente monopolizar el uso de la fuerza y asegurar así la paz; de modo característico pretende tener autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento, y para regular todas las instituciones normativas a las que pertenecen los miembros de la comunidad regida por él;¹⁰ finalmente, contiene normas “cuyo cometido es conferir fuerza vinculante dentro del sistema a normas que no pertenecen a él”.¹¹ Al hacer estas exigencias el derecho tiene la pretensión de proporcionar el marco ge-

⁶ *Ibid.*, págs. 38, 39. Para una breve explicación de estas diversas “funciones sociales”, véase *ibid.*, págs. 27-8.

⁷ Véase *ibid.*, págs. 189-90, 193, 194-5; también Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958) 71 *Harvard Law Rev.* 593, en Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law* (Oxford: 1977), 17 en pág. 35.

⁸ Raz, *Practical Reason*, págs. 136, 137, 139.

⁹ *Ibid.*, págs. 138, 141.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 151.

¹¹ *Ibid.*, pág. 153.

neral para la conducción de todos los aspectos de la vida social, y se pone a sí mismo como el supremo guardián de la sociedad".¹² Se concluye, naturalmente, que las sanciones y su imposición por la fuerza, lejos de ser el criterio específico para identificar el derecho como orden social, no son "una característica que forme parte de nuestro concepto de derecho".¹³ Por ser la naturaleza humana lo que es, el recurso a las sanciones es universal y el funcionamiento del derecho sin ese recurso, aunque "lógicamente posible", es "humanamente imposible".¹⁴ Pero las funciones del derecho relativas a la coordinación, la resolución de controversias y la reparación de daños, requerirían un orden social *plenamente jurídico* incluso en "una sociedad de ángeles" en la que no habría lugar para las sanciones.¹⁵

Raz elabora su explicación del derecho con plena conciencia (ausente en los teóricos del derecho precedentes) de que hay científicos sociales que no encuentran utilidad al concepto de derecho o de sistema jurídico para su descripción del orden humano social o incluso político.¹⁶ Él es consciente de que la decisión teórica de reemplazar el concepto de derecho (o de sistema jurídico) por otros conceptos puede ser atacada (como él desea hacerlo) solamente mostrando que ellos han pasado por alto (i) importantes funciones (u objetivos y técnicas) del orden social, y (ii) el modo en que esas funciones pueden estar interrelacionadas en una institución multifacética digna de ser mantenida como una unidad distinta, o un componente, del orden social.

Al subrayar (en su obra reciente) la distinción entre el derecho y los sistemas sociales de discrecionalidad absoluta, habida cuenta de que las normas jurídicas para orientar al ciudadano son también *vinculantes* para los tribunales (los "órganos primarios" jurídicos), Raz se aproxima mucho al análisis de Lon Fuller sobre la función social del derecho. Si Hart había conservado la noción kelseniana de que el derecho es un medio de control social, pero rechazando como insuficientemente diferenciada la explicación de Kelsen sobre el método, Fuller rechaza, como categoría general inapropiada e insuficientemente diferenciada, la noción de un "medio de control social". Para Fuller el derecho es ciertamente un orden social en el cual hay gobernantes y súbditos, pero ha de distinguirse de cualquier orden social en el que los gobernantes ejerzan una "dirección gerencial" sobre sus súbditos. El derecho se distingue de tal dirección gerencial en parte por la generalidad

de sus reglas más importantes, y sobre todo por el hecho de que sus funcionarios están obligados a aplicar las reglas que ellos han anunciado previamente a sus súbditos. Existe, por tanto, un componente esencial de colaboración y reciprocidad en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de normas que, en cuanto distintas de las meramente gerenciales, son jurídicas.¹⁷

Todas estas explicaciones sobre el derecho, incluso esa parte de la de Fuller que acabo de mencionar, pretenden ser descriptivas. Procuran "identificar el derecho sobre la base de características no valorativas solamente".¹⁸ Como dice Raz, tales "criterios identificadores no valorativos... deberían seleccionar aquellos fenómenos que constituyen un tipo especial de institución social, una institución que se encuentra como un componente importante de muchos sistemas sociales y que difiere significativamente de otras instituciones sociales".¹⁹ Es obvio, por tanto, que las diferencias en la descripción derivan de diferencias de opinión, entre los teóricos descriptivos, respecto de qué es *importante* y *significativo* en el campo de experiencia y de datos con el que todos ellos por igual están plenamente familiarizados.

I.3. SELECCIÓN DEL CASO CENTRAL Y DEL SIGNIFICADO FOCAL

La pregunta obvia que plantea la línea de argumentación esbozada en la sección precedente es: ¿Desde qué punto de vista, y en relación con qué intereses, han de ser estimadas la *importancia* y la *significación*? Antes de que consideremos esa pregunta, sin embargo, será bueno que identifiquemos el instrumento filosófico que permite a una descripción cada vez más *diferenciada* del derecho ser presentada, no obstante, como una teoría *general* del derecho.

Aristóteles introdujo, estudió y empleó regularmente tal instrumento, también en su filosofía de los asuntos humanos. Lo denominó identificación del *significado focal* (homónimia *pros hen* o *aph henos*). Este instrumento es o corresponde a un importante componente de un instrumento metodológico de Max Weber, explicado sin demasiada claridad, el *tipo-ideal*. Implica un abandono consciente del supuesto en que, como veíamos, Kelsen se basaba: que los términos descriptivos o explicativos deben ser empleados por el teórico de tal manera que se extiendan, directamente y en el mismo sentido, a *todos* los estados de cosas que, en el discurso no teórico, podrían razonablemente ser "llamados 'derecho'", no obstante lo poco desarrollados

¹² *Ibid.*, pág. 154.

¹³ *Ibid.*, pág. 159.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 158.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 159.

¹⁶ Véase su "On the Functions of the Law", en *Oxford Essays II*, págs. 278-304, en págs. 300-303, donde analiza G. A. Almond - G. B. Powell, *Comparative Politics* (Boston: 1966).

¹⁷ *Morality of Law*, págs. 210, 214, 216; 39-40, 61, 155; 20.

¹⁸ Raz, *Practical Reason*, pág. 165.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 165.

que esos estados de cosas puedan estar, y no obstante que esos estados de cosas difícilmente puedan revelar algún interés de sus autores (*e.g.* los “jefes despóticos”) por diferenciar entre derecho y fuerza, derecho y moral, derecho y costumbre, derecho y política, derecho y discrecionalidad absoluta, o derecho y cualquier otra cosa. Esta insistencia en un significado completamente unívoco de los términos teóricos, que conduce a buscar un mínimo común denominador o un máximo factor *común* o el “único elemento común”, fue atacada directamente por Aristóteles,²⁰ y es abandonada a sabiendas por Hart y por Raz. Así Hart rechaza la tesis de que “los diversos casos a los que se aplica un término general deben poseer las mismas características”. En cambio, procede asumiendo que “la extensión de los términos generales de cualquier disciplina sería nunca carece de su principio o fundamento racional”.²¹ Lo que Aristóteles dice en relación con “amigo” [“amistad”], “constitución” [“constitucionalidad”] y “ciudadano” [“ciudadanía”]²² está bien dicho por Raz en relación con “sistema jurídico”:

Los rasgos generales que distinguen un sistema como jurídico son numerosos y cada uno de ellos admite, en principio, diversos grados. En los casos típicos de sistemas jurídicos todos estos rasgos se manifiestan en un grado muy alto. Pero es posible encontrar sistemas en que todos o algunos estén presentes sólo en menor grado o en que uno o dos estén totalmente ausentes... Al enfrentarse con casos marginales es mejor reconocer sus credenciales problemáticas, enumerar sus semejanzas y desemejanzas respecto de los casos típicos, y dejar las cosas así.²³

En razón de que la palabra “típico” puede sugerir que el criterio relevante es la frecuencia estadística (ya sea en la historia humana o en el presente), prefiero llamar *caso(s) central(es)* a los estados de cosas a que se refiere un concepto teórico según su significado focal.

Aprovechando la sistemática multiplicidad de significados de los términos teóricos que uno usa (sin perder de vista el “principio o fundamento racional” de esta multiplicidad de significados), uno puede diferenciar lo maduro de lo inmaduro en los asuntos humanos, lo refinado de lo primitivo, lo plenamente realizado (*the flourishing*) de lo corrompido, el buen ejemplar del caso desviado, lo que se dice “con propiedad”, “sin restricciones” y “hablando de modo absoluto” (*simpliciter*) de lo que se dice “en cierto sentido”, “por decirlo así” y “de algún modo” (*secundum quid*) —pero todo esto sin ignorar ni desterrar a otra disciplina los casos de la materia en estudio que

²⁰ *Et. Eud.*, VII, 2: 1236a 16-30.

²¹ *Concept of Law*, págs. 15, 210; véase también pág. 234.

²² *Et. Nic.*, VIII, 4: 1157a 30-33; *Pol.* III, 1: 1275a 33 - 1276b 4.

²³ *Practical Reason*, pág. 150.

sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos sólo “en un sentido restringido” o bien “en un sentido ampliado”: véase XII.4. más adelante.

Hay, pues, casos centrales, como sostén Aristóteles, de amistad, y hay casos más o menos periféricos (amistad profesional, amistad de conveniencia, amor interesado, relaciones accidentales y de diversión, y así sucesivamente: véase VI.4, más adelante). Hay casos centrales de régimen constitucional, y hay casos periféricos (como la Alemania de Hitler, la Rusia de Stalin, o incluso la Uganda de Amin). Por una parte, no tiene sentido negar que los casos periféricos *son* ejemplos (de amistad, constitucionalidad...). En efecto, arroja luz sobre su estudio pensarlos como versiones adulteradas de los casos centrales, o a veces como modos de aprovecharse de actitudes humanas formadas por referencia al caso central. Y, por otra parte, no tiene sentido limitar la propia explicación de los casos centrales a aquellas características que están presentes no solamente en éstos sino también en cada uno de los casos periféricos. Antes bien, la explicación descriptiva de los casos centrales debería ser tan rica y compleja conceptualmente como fuese requerido para responder todas las preguntas pertinentes sobre esos casos centrales. Y después la explicación de los otros casos puede seguir la pista de las semejanzas y las diferencias, de las analogías y las distinciones, por ejemplo, de forma, función o contenido, entre ellos y los casos centrales. De este modo uno hace patente el “principio o fundamento racional” en virtud del cual se extiende el término general (“constitución”, “amigo”, “derecho”...) desde los casos centrales a aquellos más o menos marginales, desde su significado focal a sus significados secundarios.

I.4. SELECCIÓN DEL PUNTO DE VISTA

¿Mas según qué criterios se ha de considerar focal un significado y secundario otro, central un estado de cosas y marginal otro? Esta es simplemente una reformulación de la pregunta pendiente desde I.2: ¿Desde qué punto de vista, y en relación con qué intereses, han de ser estimadas la *importancia* y la *significación*?

Hart y Raz afirman claramente que un teórico descriptivo, al “decidir atribuir un rol central”²⁴ a una o más características particulares en su descripción de un ámbito de los asuntos humanos, debe “preocuparse de”,²⁵ “referirse a”²⁶ o “reproducir”²⁷ un determinado punto de vista *práctico* (o

²⁴ Véase Raz, *Legal System*, pág. 201.

²⁵ *Ibid.*, pág. 200, n. 2.

²⁶ Hart, *Concept of Law*, pág. 96.

²⁷ *Ibid.*, pág. 88.

un conjunto de puntos de vista similares). Por “práctico”, aquí como en todo este libro, no quiero decir “factible” como opuesto a no factible, ni eficiente como opuesto a ineficiente; quiero decir “con miras a la decisión y a la acción”. El pensamiento práctico es pensar acerca de qué (debe uno) hacer. La razonabilidad práctica es razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar. La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica. De manera que cuando decimos que el teórico descriptivo (cuyos fines no son prácticos) debe proceder, en su indispensable selección y formación de conceptos, adoptando un punto de vista práctico, queremos decir que él debe apreciar la importancia o significación de las semejanzas y las diferencias dentro de su materia de estudio preguntándose qué sería considerado importante o significativo en ese campo por aquellos cuyos intereses, decisiones y actividades crean o constituyen la materia estudiada.

Así Hart da prioridad descriptiva y explicativa a los intereses y valoraciones (y consiguientemente al lenguaje) de las personas con un “punto de vista interno”, *viz.* aquellos que no “se limitan a registrar y predecir la conducta que se conforma a las reglas”, o que no prestan atención a las reglas “solamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo”, sino que más bien “*usan* las reglas como criterios para valorar su conducta y la de los demás”.²⁸ Raz adopta, en su primera obra, “el punto de vista del hombre corriente”; ²⁹ pero en su obra más reciente se vuelve hacia “el punto de vista jurídico (*legal*)”, que es el punto de vista de las personas que “creen en la validez de las normas y las siguen” (paradigmáticamente, el punto de vista del juez *qua* juez).³⁰

Evidentemente, esta postura de Hart y de Raz es precaria e insatisfactoria. Al oponerse a Austin y Kelsen han distinguido agudamente el punto de vista “interno” o “jurídico” respecto del punto de vista del hombre que simplemente se somete al derecho y que lo hace sólo porque teme, cuando teme y en la medida en que teme los castigos que se seguirán de la no sumisión. Pero rehusan firmemente distinguir más allá. Reconocen que el punto de vista “interno” o “jurídico”, tal como ellos lo describen, es una amalgama de puntos de vista muy diferentes. “[L]a lealtad al sistema puede basarse en muchas consideraciones diferentes: cálculos de interés a largo plazo; interés desinteresado en los demás; una actitud irreflexiva heredada o tradicional; o el mero deseo de obrar como otros obran.”³¹ Raz está dispuesto a extender

su concepción del “punto de vista jurídico (*legal*)” hasta abarcar el punto de vista de “un anarquista” que se hace juez “pensando que si la mayoría de las veces sigue el derecho podrá desobedecerlo en las pocas pero importantes ocasiones en que obrar ~~así~~ lo socavará en mayor grado”.³² Mas todo esto es precario e insatisfactorio porque implica una negativa a atribuir significación a diferencias que consideraría prácticamente significativas cualquier actor en el campo (sea el anarquista subversivo o su contrario, el “ciudadano ideal observante de la ley”³³). Y, dada la técnica de análisis mediante caso central y significado focal, que Hart y Raz usan en otras ocasiones con tan provechosa resolución, parece que no hay ninguna buena razón para esta negativa a diferenciar entre el caso central y los casos periféricos *del mismo punto de vista interno o jurídico*.

En efecto, no es difícil percibir que el punto de vista del juez anarquista de Raz, que disimuladamente escoge con cuidado entre las leyes que aplicará, con la intención de echar abajo el sistema entero, no es un paradigma ni del punto de vista judicial ni del punto de vista jurídico. Ni el anarquista ni sus compañeros lo considerarían como tal. ¿Por qué, entonces, debería hacerlo el teórico descriptivo? De modo similar ocurre con la “actitud irreflexiva heredada o tradicional... o el mero deseo de obrar como otros obran” de Hart. Éstas son actitudes que tenderán, hasta cierto punto, a mantener en la existencia un sistema jurídico (como distinto, por ejemplo, de un sistema de discrecionalidad despótica) si acaso ya existe uno. Pero no harán pasar desde el orden social prejurídico (*;o posjurídico!*) de costumbres o de discrecionalidad a un orden jurídico, porque no participan de la preocupación, que el mismo Hart reconoce como fuente explicativa del orden jurídico, por remediar los defectos de los órdenes sociales prejurídicos. De modo similar, el hombre de Hart movido por “cálculos de interés a largo plazo” (*sc. interés propio*) mitiga cualquier preocupación que pueda tener por la función del derecho como respuesta a verdaderos problemas sociales; como el juez anarquista de Raz, diluye su lealtad al derecho y su seguimiento de métodos jurídicos de pensamiento con dosis de ese mismo interés propio respecto del cual el derecho tiene (según la opinión de todos) la función elemental de subordinarlo a las necesidades sociales. Todas estas consideraciones y actitudes, por ende, son casos manifiestamente desviados, diluidos o mitigados del punto de vista práctico que lleva al derecho a ser un tipo de orden social significativamente diferenciado y lo mantiene como tal. A decir verdad, son parasitarios de ese punto de vista.

²⁸ *Ibid.*, págs. 88 y 95-96; también 86-8, 59-60, 113, 197, 226.

²⁹ *Legal System*, pág. 200, n. 2.

³⁰ *Practical Reason*, págs. 177, 171.

³¹ Hart, *Concept of Law*, pág. 198; también págs. 111, 226.

³² *Practical Reason*, pág. 148.

³³ *Ibid.*, pág. 171.

De la lista de tipos de puntos de vista internos o jurídicos ofrecida por Hart y Raz, nos quedan ahora el “interés desinteresado en los demás”, y la opinión de quienes consideran las reglas, o al menos las reglas de reconocimiento, como “moralmente justificadas”.³⁴ Si se separa la preocupación desinteresada por los demás de la preocupación moral, como hace Hart,³⁵ entonces lo que eso implica es bastante poco claro, y, a falta de una clasificación, debe considerarse que tiene una relación con el derecho y los intereses jurídicos tan incierta y poco fija como su relación (según esta perspectiva) con la preocupación moral.

La conclusión que hemos de sacar está clara. Si hay un punto de vista en que la obligación jurídica sea tratada, al menos presuntivamente, como obligación moral (y por ende como algo de “gran importancia”, que ha de ser mantenido “contra la presión de fuertes pasiones” y “al costo de sacrificar considerable interés personal”),³⁶ un punto de vista en que el establecimiento y mantenimiento de un orden jurídico, en cuanto distinto de uno discrecional o estáticamente consuetudinario, se considera un ideal moral, si no una apremiante exigencia de justicia, entonces tal punto de vista constituirá el caso central del punto de vista jurídico. Porque solamente desde un punto de vista tal es de primordial importancia que sea puesto en la existencia el derecho en cuanto distinto de otras formas de orden social, y así llegue a ser objeto para la descripción del teórico. El término “moral”, no obstante, tiene una connotación algo incierta. De modo que es preferible formular nuestra conclusión en términos de razonabilidad práctica (véase V.1, V.10, VI.1, XI.1, XI.4). Si hay un punto de vista en el cual la institución del “imperio del derecho” (*Rule of Law*) (X.4), y la conformidad con reglas y principios de derecho según su tenor, son consideradas como exigencias al menos presuntivas de la misma razonabilidad práctica, tal punto de vista es el punto de vista que debería ser usado como modelo de referencia por el teórico al describir las características del orden jurídico.

Resta por hacer una diferenciación adicional. Entre quienes, desde un punto de vista práctico, tratan el derecho como un aspecto de la razonabilidad práctica, habrá algunos cuyas opiniones sobre qué exige realmente la razonabilidad práctica en este ámbito sean, en los casos particulares, más razonables que otras. Por tanto, el caso central del mismo punto de vista interno es el punto de vista de quienes no solamente apelan a la razonabilidad práctica sino que también *son* razonables prácticamente, es decir: consecuentes; atentos a todos los aspectos de la potencialidad humana y su ple-

na realización, y conscientes de la limitada *commensurabilidad* entre tales aspectos; preocupados por remediar las deficiencias y los fracasos, y conscientes de las raíces de tales deficiencias en los diversos aspectos de la personalidad humana y en las condiciones económicas y en otras condiciones materiales de la interacción social.³⁷ ¿Qué razón podría tener el teórico descriptivo para rechazar las elecciones y discriminaciones conceptuales de estas personas, cuando él está seleccionando los conceptos con los cuales construirá su descripción del caso central y luego de todos los otros casos de derecho en cuanto institución social específica?

El teórico descriptivo no está, por cierto, obligado a adoptar en su teoría todos los conceptos que las sociedades que él está estudiando han usado en su propia autointerpretación de sus mismas prácticas. Muchos de tales conceptos delatan escasa sensibilidad hacia ciertos aspectos del bienestar humano; otros delatan la influencia de mitos ideológicos, por ejemplo, que “el pueblo” se gobierna “a sí mismo” (cfr. IX.4), o que “la revolución” va a sustituir el gobierno mediante el derecho (*rule of law*) por “la administración de las cosas”. Pero es precisamente un pensamiento práctico disciplinado e informado (ya sea “teórico”, i.e. reflexivo, en su propósito, o más inmediatamente dirigido a la acción) el que puede proporcionar una crítica de estos conceptos, con el fin de superar los obstáculos que ellos ponen en el camino del pensamiento claro sobre qué se debe hacer. La teoría social descriptiva no comparte este interés sobre qué se debe hacer. Pero no puede prescindir en sus descripciones de los conceptos considerados apropiados por los hombres de razonabilidad práctica para describir para sí mismos aquello que estiman digno de hacer y de lograr, a pesar de todas las contingencias, incomprendiciones y mitos, que se les oponen en su práctica.

Así, mediante una larga marcha a través de la metodología operante o implícita en la teoría analítica del derecho contemporánea, llegamos a la conclusión alcanzada más rápidamente (si bien sobre la base de una ciencia social mucho más amplia) por Max Weber, a saber, que las valoraciones del teórico mismo son un elemento indispensable y decisivo en la selección o formación de cualesquier conceptos para su utilización en la descripción de tales aspectos de los asuntos humanos como el derecho o el orden jurídico. Porque el teórico no puede identificar el caso central de ese punto de vista

³⁴ Véase Raz, *Practical Reason*, págs. 147-8.

³⁵ *Concept of Law*, pág. 226.

³⁶ *Ibid.*, pág. 169.

³⁷ Tras el principio cardinal de Aristóteles sobre el método para el estudio de los asuntos humanos —viz. que los conceptos han de ser seleccionados y empleados principalmente como son usados en la práctica por el *spoudaios* (el hombre maduro dotado de razonabilidad práctica); véase XII.4 más adelante—está el argumento de Platón (*Rep.* IX: 582a-e): de que el amante de la sabiduría puede comprender los intereses de los hombres dotados de otro carácter, mientras que no sucede así a la inversa; con otras palabras, los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable proporcionan una mejor base empírica para la explicación reflexiva de los asuntos humanos: véase también *Rep.* III: 408d-409e.

práctico que él usa para identificar el caso central de su materia de estudio, a menos que decida cuáles son realmente las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con todo este ámbito de los asuntos e intereses humanos. En relación con el derecho, las cosas más importantes que el teórico ha de conocer y describir son las cosas que, a juicio del teórico, hacen importante desde un punto de vista práctico tener derecho —las cosas, por tanto, que en la práctica es importante “atender” al ordenar los asuntos humanos. Y cuando de hecho (en algunas o aun en muchas sociedades) estas “cosas importantes” están ausentes o se ven rebajadas o explotadas o son de alguna otra forma deficientes, entonces las cosas más importantes que el teórico ha de describir son esos aspectos de la situación que revelan esta ausencia, rebajamiento, explotación o deficiencia.

¿Significa esto que la teoría del derecho descriptiva (y la ciencia social como un todo) está sujeta inevitablemente a las concepciones y prejuicios que cada teórico posee acerca de qué es bueno y prácticamente razonable? Sí y no. “Sí”, en la medida en que no cabe eludir la exigencia teórica de que debe hacerse un juicio de *significación* e *importancia* si la teoría ha de ser algo más que un inmenso montón despreciable de hechos heterogéneos descritos con una multitud de terminologías incommensurables. “No”, en la medida en que la adquisición disciplinada de un conocimiento correcto sobre los asuntos humanos —y por ende sobre lo que otros hombres han considerado importante prácticamente, y sobre el resultado efectivo de su preocupación— es una ayuda importante para el teórico reflexivo y crítico en su esfuerzo por convertir sus propios “prejuicios” prácticos (y los de su cultura) en juicios verdaderamente razonables acerca de qué es bueno y prácticamente razonable. El conocimiento descriptivo puede, de este modo, provocar una modificación de los juicios de importancia y significación con que el teórico abordó sus datos por primera vez, y puede sugerir una reconceptualización. Pero este conocimiento no habrá sido obtenido sin una conceptualización preliminar ni, por tanto, sin un conjunto preliminar de principios de selección y relevancia derivados de algún punto de vista práctico.

Hay así un ir y venir entre, por una parte, las estimaciones sobre el bien humano y sus exigencias prácticas y, por otra, las descripciones explicativas (empleando todas las convenientes técnicas históricas, experimentales y estadísticas para descubrir todas las interrelaciones causales relevantes) del contexto humano en que de diversos modos se alcanza o de diversos modos se destruye el bienestar humano. Así como no cabe derivar los propios juicios básicos sobre los valores humanos y las exigencias de razonabilidad práctica mediante alguna inferencia a partir de hechos de la situación humana (como veremos: II.4), tampoco cabe reducir la ciencia social descriptiva a una apología de los propios juicios éticos o políticos, ni a un proyecto para repartir elogios o anatemas entre los actores de la escena humana: en este

sentido, la ciencia social descriptiva es “libre de valoraciones”. Pero tras haber puesto todo el énfasis debido en las diferencias de objetivo y de método entre la filosofía práctica y la ciencia social descriptiva, los problemas metodológicos de la formación de conceptos, tal como la hemos delineado en este capítulo, nos fuerzan a reconocer que el punto de equilibrio reflexivo en la ciencia social descriptiva es alcanzable sólo por alguien en quien un amplio conocimiento de los datos y una comprensión penetrante de los puntos de vista prácticos y de las preocupaciones de otros hombres están unidos a un juicio correcto sobre todos los aspectos de la genuina realización humana y de la auténtica razonabilidad práctica.

I.5. LA TEORÍA DE LA LEY NATURAL

Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart y Raz publicaron, todos ellos, severos repudios de lo que entendían que era la teoría de la ley natural; y Fuller se desligó cuidadosamente de esa teoría en sus formas clásicas. Pero la obra teórica de cada uno de estos escritores estaba controlada por la adopción, con fundamentos no explicitados e inadecuadamente justificados, de algún punto de vista práctico como criterio de relevancia y significación para la construcción de su análisis descriptivo. Una teoría sólida de la ley natural es aquella que explícitamente, con plena conciencia de la situación metodológica recién descrita, emprende una crítica de los puntos de vista prácticos para distinguir lo no razonable prácticamente de lo razonable prácticamente, y así diferenciar lo realmente importante de lo que no es importante o sólo es importante por su oposición a, o por su explotación no razonable de, lo realmente importante. Una teoría de la ley natural pretende ser capaz de identificar condiciones y principios de rectitud práctica, de un orden bueno y correcto entre los hombres y en la conducta individual. A menos que alguna pretensión así esté justificada, la teoría analítica del derecho en particular y (por lo menos la mayor parte de) todas las ciencias sociales en general no pueden tener criterios críticamente justificados para la formación de conceptos generales, y deben contentarse con no ser más que manifestaciones de los diversos conceptos propios de determinados pueblos y/o de determinados teóricos que se interesan por esos pueblos.

No es necesario emprender la tarea de elaborar una teoría de la ley natural principalmente con el propósito de proporcionar así un marco conceptual justificado para la ciencia social descriptiva. Puede emprenderse esta tarea, como lo hace este libro, principalmente para facilitar las reflexiones prácticas de aquellos preocupados por actuar, ya sea como jueces o como hombres de estado o como ciudadanos. Pero en cualquier caso, la empresa no puede proceder con seguridad sin un conocimiento del entero espectro de las posibilidades y oportunidades, inclinaciones y capacidades, de ser hu-

mano, un conocimiento que exige el apoyo de la ciencia social descriptiva y analítica. Hay así una mutua, si bien no del todo simétrica, interdependencia entre el proyecto de describir los asuntos humanos por vía teórica y el proyecto de valorar las opciones humanas con vistas, remotamente al menos, a actuar razonablemente y bien. Las valoraciones no se deducen de ninguna manera de las descripciones (véase II.4); pero es poco probable que alguien cuyo conocimiento de los hechos de la situación humana sea muy limitado juzgue bien al discernir las implicaciones prácticas de los valores básicos. Del mismo modo, las descripciones no se deducen de las valoraciones; pero sin las valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadoras y significativas.

NOTAS

I.1

La descripción de las prácticas e instituciones humanas exige la identificación de su fin... Véase Max Weber, *Theory of Social and Economic Organization*, T. Parsons (New York - London: 1947), págs. 88-126; *On Law*, págs. 1-10; Alfred Schütz, "Concept and Theory Formation in the Social Sciences" (1954) 5 *J. of Philosophy* reimpreso en sus *Collected Papers*, vol. I (ed. M. Natanson, The Hague: 1967), 48 en págs. 58-9; Eric Voegelin, *The New Science of Politics* (Chicago-London: 1952), págs. 27-9.

Bentham acerca de la definición del derecho... Véase también Bentham, *Collected Works* (J. Bowring, Edinburgh: 1863), vol. IV, pág. 483; y el excursus a XI.8 (notas), más adelante.

La técnica de Kelsen para definir... Véase también Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley-Los Ángeles: 1967), págs. 30-1.

I.2

La descripción de las instituciones sociales, como el derecho, exige la identificación de su fin o función(es)... Véase también J. Raz, "On the functions of the law", en *Oxford Essays* II, págs. 278-304, en 278; *Legal System*, pág. 145.

Raz acerca del criterio de identificación del derecho... Raz sostiene claramente que cualquier teórico que busque describir el derecho debe decidir entre diferentes conceptos teóricos, y que "la formulación explícita de criterios meta-teóricos es una condición para una comparación de teorías racional y razonada": Raz, *Legal System*, pág. 146. Para su propia apreciación de criterios meta-teóricos es central su decisión de que la teoría jurídica debería explicar "el sentido común y la opinión profesional": pág. 201. En *Legal System*, ofrece un "criterio de teoría jurídica" (*a jurisprudential criterion*) (pág. 200): viz. que "un sistema jurídico considerado en un instante determinado contiene todos, y solamente, los preceptos legales reconocidos por un órgano primario aplicador del derecho, que el sistema establece" (pág. 192). Él subraya que este criterio

"atiende al comportamiento efectivo de los órganos primarios, no a lo que ellos deben hacer..." (pág. 198). Pero en *Practical Reason* él critica a esos teóricos "que concluyeron que el derecho está formado por todas las pautas que los tribunales efectivamente aplican. Esto... confunde los sistemas institucionalizados con los sistemas de discrecionalidad absoluta" (pág. 142). De modo que su nuevo criterio es: un sistema jurídico contiene "solamente aquellas normas que sus órganos primarios están obligados a obedecer" (pág. 142; también pág. 148). Este cambio en el criterio teórico-jurídico (*jurisprudential*) de Raz acerca de la pertenencia a un sistema jurídico ha de reconducirse a su cambio desde un interés por reproducir el punto de vista bastante indiferenciado "del hombre corriente" hacia un interés por reproducir el "punto de vista jurídico (*legal*)", el punto de vista de quien (paradigmáticamente un juez, o un "ciudadano ideal observante de la ley") cree que la gente está de alguna manera *justificada* para seguir las reglas del sistema: págs. 139, 143, 171.

I.3

Aristóteles acerca del significado focal y el análisis de casos centrales... Véase W. F. R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory* (Oxford: 1968), págs. 59-60, 63-5; Gauthier-Jolif, II, 1, págs. 45-6; II, 2, págs. 686 sigs.; cfr. W. W. Fortenbaugh, "Aristotle's Analysis of Friendship: Function and Analogy, Resemblance and Focal Meaning" (1975) 20, *Phronesis*, 51-62; y XII.4, más adelante. El análisis de Hart, *Concept of Law*, págs. 15-16, 234, no distingue con claridad lo que Aristóteles llamó analogía (y los medievales llamaron "analogía de proporcionalidad") de lo que llamó homonimia *pros hen* o significado focal (llamada por los medievales "analogía de atribución o proporción"). La explicación de Hart en págs. 15-16 parece concentrarse en la primera, pero la última es el instrumento más importante en la teoría de los asuntos humanos. Sin embargo, tras advertir esta distinción encuentro adecuado usar el concepto amplio de "analogía" y "análogico", introducido por los medievales y más o menos mantenido en el uso filosófico desde entonces. En este sentido amplio, un término es analógico cuando su significado cambia sistemáticamente (*i.e.* de acuerdo con algún principio o fundamento racional) cuando uno cambia desde un contexto o uso a otro. Sobre la búsqueda del principio o fundamento racional en tales casos, véase también Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence" (1954) 70, *L.Q.R.*, 37 en págs. 38, 44n., 56-9.

Max Weber sobre la construcción de conceptos de tipo-ideal para la sociología general... Véase *Methodology*, págs. 89-93. Véase también Alfred Schütz, "The Problem of Rationality in the Social World", en sus *Collected Papers*, vol. II (The Hague: 1964), 64 en págs. 81-8.

Diferenciación de los ejemplares "maduros" de derecho y sistema jurídico respecto de los "arruinados"... Austin reconoció que la teoría del derecho debería estudiar primariamente los sistemas jurídicos "más extensos y más maduros": véase *Province*, pág. 367. Véase también Raz, *Legal System*, pág. 140; *Practical Reason*, pág. 150.

La frecuencia de los acontecimientos o de los casos no es un criterio decisivo de relevancia o centralidad... Véase Weber, *Methodology* en págs. 72-80; Eric Voegelin, "The Theory of Legal Science: a Review" (1942), 4, *Louisiana Law Rev.*, 554 en págs. 558-64.

CAPÍTULO VII

LA JUSTICIA

SUMARIO: VII.1. Elementos de la justicia.— VII.2. Justicia general.— VII.3. La justicia distributiva.— VII.4. Criterios de justicia distributiva.— VII.5. La justicia conmutativa.— VII.6. La justicia y el Estado.— VII.7. Un ejemplo de justicia: la quiebra.— Notas.

VII.1. ELEMENTOS DE LA JUSTICIA

El examen de la comunidad en el capítulo precedente me permite volver sobre la exigencia de la razonabilidad práctica que había quedado pendiente desde el Capítulo V (V.8): la exigencia de justicia —un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad. (Algo del sentido de este “deber”, de esta necesidad racional, fue indicado en VI.4, más arriba). Siendo éste mi propósito, utilizo el concepto de justicia con toda la amplitud que ese concepto ha tenido en la discusión académica desde que Aristóteles por primera vez lo trató como un tema académico. Es decir, dejo de lado toda la gama de significados especiales y limitantes que la palabra “justicia” puede haber adquirido en el lenguaje común, como en la expresión “tribunales de justicia”, o en el contraste que podría trazarse diciendo que una lotería perfectamente *equitativa (fair)* no necesariamente produce un resultado *justo (just)*.

En su alcance completamente general, el complejo concepto de justicia comprende tres elementos, y es aplicable a todas las situaciones donde estos elementos se encuentran juntos. El primer elemento podría llamarse la *orientación-hacia-otro*: la justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas; es “intersubjetiva” o interpersonal. Hay un problema de justicia e injusticia sólo donde hay una pluralidad de individuos y algún problema práctico acerca de la situación y/o las interacciones de cada uno *vis-à-vis* respecto de otro. Por supuesto, mediante una especie de extensión metafórica, podemos hablar de “ser justo respecto de uno mismo” (*e.g.*, desempeñándose bien en un juego o en un examen, no necesaria-

mente competitivos): aquí preservamos el elemento de la orientación-hacia-otro al relacionar implícitamente al sujeto y su desempeño real con el sujeto y su desempeño tal como debieran ser. Platón sacó provecho de otra extensión quasi-metáforica al considerar la justicia como referida esencialmente a la relación entre tres aspectos del alma (la razonabilidad, el deseo y la fogocidad, que normalmente se une a la razón para dominar el deseo):¹ la justicia como orden en el alma se convierte luego en modelo y causa de la justicia como recto orden en la sociedad.² No voy a seguir a Platón en esta extensión. Baste con observar, primero, que él preserva el elemento de la orientación-hacia-otro al considerar los aspectos del alma como si fueran (o pudieran ser comparados con) distintos individuos; y segundo, que los idiomas europeos modernos son aún más liberales que Platón en su juego terminológico. Ellos incorporan un tejido inmensamente complejo y extenso de nociones superpuestas que cambian y juegan en y entre el campo de la sociedad humana (del que ahora nos ocupamos) y muchos otros campos: considérese la secuencia "*le mot juste*", "*just so*", "*correct*", "*rectify*", "*Recht*", "*right*", "*derecho*", "*diritto*", "*droit*", "*direct*", "*regular*", "*regulate*", "*rule*"... De manera que debemos dejar que nuestro análisis se rija por las cuestiones sustantivas que tenemos en mente (sobre qué es razonable o irrazonable en la conducta humana), no por las convenciones y asociaciones de nuestro lenguaje (que proporcionan, de todas formas, un conjunto útil de recordatorios).

El segundo elemento en el concepto relevante de justicia es el de *el deber*, lo que le es adeudado o debido (*debitum*) a otro, y, como consecuencia, el de aquello a lo que esa otra persona tiene derecho (viz., más o menos, lo que es "propio" suyo o al menos "debido" a él en justicia). A las complejidades de este elemento dedico el capítulo siguiente, y a las raíces de toda obligación o deber dedico el Capítulo XI. Por el momento, basta con decir que la justicia no se refiere a toda relación o trato razonables entre una persona y otra, sino sólo a aquellas relaciones y tratos que son necesarios o adecuados para evitar un mal (*a wrong*). (Puede haber, desde luego, más de una forma de evitar la clase relevante de mal [*wrong*]; pero al llamar a algo "*justo*" no estamos afirmando que sea la *única* forma de evitar un mal [*a wrong*], ni estamos evaluándolo por comparación con otras formas posibles, sino que estamos afirmando que se trata de una manera de evitar algo que según la razón no *debe* ser o hacerse en el campo relevante, *i.e.* en el ámbito intersubjetivo).

El tercer elemento en el concepto relevante de justicia puede llamarse *igualdad*. Pero, aún más que en el caso de los otros dos elementos, éste debe

¹ *Rep.* IV, 439c-441b.

² *Rep.* IV, 441c-444a; y *passim*.

entenderse en un sentido analógico: es decir, puede estar presente de maneras bastante variadas. Existe, por ejemplo, la igualdad “aritmética” del $2 = 2$, y existe también la igualdad “geométrica” de $1:1 = 2:2$, o de $3:2 = 6:4$; alimentar a un hombre voluminoso con las mismas raciones que a un niño pequeño es y al mismo tiempo no es tratar a los dos “de manera igual”. Para evitar malentendidos y simplificaciones excesivas, por tanto, será mejor pensar en una *proporcionalidad*,³ o incluso en un *equilibrio* o contrapeso. Aun así, subsiste la cuestión de los términos de la comparación en cualquier valoración de las proporciones; podemos estar interesados en comparar las raciones del hombre voluminoso con las raciones del niño pequeño como porciones de una cierta provisión disponible, o podemos estar interesados en comparar las raciones del hombre voluminoso con lo que necesita o con lo que es *adecuado* que posea si ha de mantenerse vivo y bien, prescindiendo de las cuestiones sobre la provisión y su repartición. Dada la naturaleza analógica del concepto de justicia y de cada uno de sus tres componentes conceptuales más importantes, cualquier clase de comparación es suficiente para suministrar la igualdad/desigualdad o proporción/desproporción que debe estar presente, al menos implícitamente, en cualquier valoración en términos de justicia/injusticia.

Al considerar estos tres elementos, entendidos de este modo, como necesarios y suficientes para que una valoración sea una valoración en términos de justicia, estoy tratando de darle al concepto de justicia suficiente precisión como para que sea útil en un análisis de la razonabilidad práctica, y suficiente amplitud como para que sea digno de su clásica y popular prominencia en ese análisis. Mi teoría de la justicia, por ende, no se restringe (como la de Rawls) a las “instituciones básicas de la sociedad”.⁴ Tampoco está restringida (como Aristóteles estuvo tentado de restringir la suya⁵) a las relaciones entre iguales maduros y libres en la comunidad política. En mi teoría un padre puede tratar a su hijo con injusticia pura y simple. Las exigencias de la justicia en mi exposición tampoco están restringidas (como en la de Hart) a lo que pueda extraerse del principio “tratar de manera semejante los casos semejantes y de manera diferente los casos diferentes”.⁶ Mi teoría incluye principios para valorar cómo debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de una manera determinada), prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así; según mi concepción, un

³ “La proporción es una igualdad de relaciones”: Aristóteles, *Et. Nic.* V, 3: 1131a31.

⁴ Véase *Theory of Justice*, págs. 4, 7, 84; véase también el diagrama, *ibid.*, pág. 109: la justicia, tal como es tratada en el presente capítulo, aparecería no sólo donde Rawls la sitúa en ese diagrama, sino también a los pies de los brazos III, II (b) y en ambas ramas de II (a).

⁵ Véase *Et. Nic.* V, 6: 1134a25-b17.

⁶ Véase *Concept of Law*, págs. 155-6. Sobre el principio, véase VII.4, más adelante.

principio que prohíbe la tortura en *todos* los casos es un principio de justicia. Finalmente, no hace falta decir que mi teoría no se restringe (como la de Rawls) a las condiciones ideales de una sociedad en la que cada uno se conforma plenamente con las instituciones y los principios de justicia.⁷ De modo que mi teoría incorpora tesis sobre la guerra, sobre el castigo, sobre la obligación cívica (*civil obligation*) ante la legislación injusta, y sobre otras situaciones de quiebre social y de desobediencia individual. Muchas partes de la teoría son sólo mencionadas (si acaso) en este capítulo; algunas otras son tratadas en los capítulos sobre los derechos (VIII), la autoridad (IX), el derecho (*law*) (X), y la obligación (XI).

VII.2. JUSTICIA GENERAL

Las exigencias de la justicia, entonces, son las implicaciones concretas de la exigencia básica de la razonabilidad práctica según la cual uno ha de favorecer y promover el bien común de sus propias comunidades. Ese principio se relaciona estrechamente con el valor básico de la amistad y con el principio de la razonabilidad práctica que excluye la autopreferencia arbitraria en la búsqueda del bien; pero no puede reducirse por completo a ninguno de ellos ni a los dos juntos, de modo que me referí a él en el Capítulo V.8 como a un octavo principio de la razonabilidad práctica, distinto de los demás. El principio contiene, con otra terminología, los tres elementos analizados en la sección precedente: orientación-hacia-otro, en la referencia a la comunidad o comunidades de las que uno es miembro, y a cuyos otros miembros (así como a uno mismo) uno ayuda al servir al bien común; el deber, en virtud del hecho de que ésta es una *exigencia* de la razonabilidad práctica; y la igualdad o proporcionalidad, ya que (a) el principio mira al bien *común* de la comunidad en cuestión, no al bien de algún individuo o grupo desatendiendo el bienestar de los otros, y (b) el principio mira al *bien común*, que implica una referencia a criterios de conveniencia o adecuación en relación con los aspectos básicos de la plena realización humana, los cuales son pertinentes sea que se esté o no se esté haciendo una comparación interpersonal.

Ahora, vivir plenamente a la altura de este principio exigiría obviamente que uno viviera plenamente a la altura de los otros principios de la razonabilidad práctica; porque aunque no todas las faltas personales hacen que uno incurra en injusticia en todos los casos, de todos modos cualquier forma de falta personal es susceptible de hacer que uno incurra en una falta contra la justicia, por acto u omisión. Ésta es la razón por la que Aristóteles,

⁷ Véase *Theory of Justice*, págs. 4-5, 8, 454.

en parte bajo la influencia de la ambiciosa extensión de la analogía de la justicia de Platón, comenzó su tratado sobre la justicia identificando un sentido general de “justicia” en el que la palabra significa la virtud *comprehensiva* (en mi terminología, la plena razonabilidad práctica) en cuanto se muestra en relación con otras personas.⁸ Puesto que Aristóteles quería introducir en el discurso académico una distinción técnica entre dos connotaciones de *dikaion*, la palabra griega para lo que es justo —a saber, lo justo *qua* legal (conforme con la pauta) y lo justo *qua* igual (no tomar más que la propia porción)— el nombre aristotélico para la justicia en este sentido general es “justicia legal”.⁹ Puesto que nosotros, en cambio, estamos equipados con dos nociones técnicas de las que, en cuanto nociones técnicas, Aristóteles carecía —a saber, el bien común y las distintas y enumerables exigencias de la razonabilidad práctica—, podemos dejar de lado la confusa expresión “justicia legal” al mismo tiempo que retenemos la noción fundamental (que formulé como principio al comienzo de esta sección) como una orientación en el análisis subsiguiente. La justicia, en cuanto cualidad del carácter, es en su sentido general siempre una voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades, y la teoría de la justicia es, en todas sus partes, la teoría de lo que en líneas generales se requiere para ese bien común.

VII.3. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La exigencia de la razonabilidad práctica no se satisface mediante una disposición general, en uno o en todos, a favorecer el bienestar de otros miembros de la comunidad o comunidades en cuestión. Pocos se realizarán plenamente, y ninguno se realizará plenamente de manera segura, a menos que haya una colaboración efectiva entre las personas, y una coordinación de recursos y de empresas (incluyendo siempre, en la noción de colaboración y coordinación, modelos de restricción y de no-interferencia recíprocas). Tal conjunto de condiciones de colaboración, que aumenta el bienestar (o al menos las oportunidades de realizarse plenamente) de todos los miembros de una comunidad se llama a menudo, en realidad, bien común (VI.8). Y cuando deseamos considerar las exigencias concretas de la justicia (“particular”, en cuanto distinta de la justicia “general” estudiada en la sección precedente), necesitamos considerar que la expresión “bien común”, usada para formular el principio general de justicia, asume ahora este significado más concreto.

⁸ *Et. Nic.* V, 1: 1129b26-1130a13.

⁹ *Ibid.*, 1130b10, 21-5.

Un análisis completo de lo que exige el bien común está, por supuesto, más allá del alcance de este capítulo y aun de este libro. Pero por lo menos podemos orientarnos en un campo desconcertantemente complejo, si observamos que los problemas para hacer realidad el bien común mediante un conjunto coordinado de condiciones para el bienestar individual en una comunidad pueden dividirse en dos clases muy amplias. *Primero*, hay problemas de *distribución* de recursos, oportunidades, beneficios y ventajas, roles y cargos, responsabilidades, impuestos y cargas —en general, el *acervo común* y los *inconvenientes de la empresa común*, que no sirven al bien común si no son y mientras no son asignados a individuos particulares. La teoría de la justicia distributiva delinea la gama de respuestas razonables a estos problemas. *Segundo*, existen todos los otros problemas, relacionados también con lo que se requiere para el bienestar individual en la comunidad, que surgen en las relaciones y los tratos entre individuos y/o entre grupos, donde el acervo común y lo que se requiere para la empresa común no están directamente en juego. La gama de respuestas razonables a estos problemas se delinea en lo que llamaré (por razones que ya se verán) teoría de la justicia *comutativa*.

Lo que se pretende con esta clasificación no debiera malentenderse. Por un lado, la clasificación pretende ser exhaustiva, en el sentido de que se pretende que todos los problemas de justicia, y todas las exigencias específicas generadas por la exigencia de "justicia general", encuentren un lugar en una o en otra de estas dos clases de "justicia particular" o en las dos (bajo distintos aspectos). Por otro lado, no se niega que podrían encontrarse otras clasificaciones, y ciertamente subclasificaciones. Pero, como se verá en la sección VII.4, la clasificación adoptada aquí, aunque de inspiración académica y de origen filosófico, puede ayudar a comprender ciertas tensiones perennes en los sistemas jurídicos complejos.

Una disposición es *distributivamente justa*, entonces, si es una solución razonable de un problema que consiste en asignar algún objeto que es esencialmente común pero que necesita (en favor del bien común) que se asigne a individuos particulares. Ahora bien, los objetos pueden ser comunes de diversas maneras.

(A) Un objeto es común, en el sentido relevante para la justicia distributiva, si no es parte de ninguna persona individual y no ha sido creado por nadie, pero es apto para ser usado en beneficio de cualquiera o de todos: por ejemplo, la energía solar y la luz, el mar, su fondo y su contenido, la tierra y lo que hay en ella, los ríos, el aire y el espacio, la luna...

(B) Otra clase de objeto común surge de la voluntad de los individuos de colaborar para mejorar su situación. Por ejemplo, un conjunto de individuos puede verse atacado por otros o por el mar o la peste o la hambruna.

Ninguno de ellos puede garantizar su seguridad mediante sus propios esfuerzos descoordinados, pero todos pueden salvarse mediante la colaboración. Tal colaboración implica (B1) la tarea de decidir qué ha de hacerse y cómo; la tarea de participar en aspectos particulares de proyectos determinados; la responsabilidad de aportar recursos o fondos necesarios; etc. Tal colaboración produce además (B2) unas murallas para la ciudad y una provisión de armas; un tajamar o dique; un sistema de drenaje y hospitales; la acumulación de cosechas en graneros comunes; etc. Tanto los roles, responsabilidades, cargos y cargas mencionados en (B1) como los productos mencionados en (B2) son intrínsecamente comunes. En la caracterización general de los problemas de la justicia distributiva, más arriba en esta sección, llamé sintéticamente a los recursos naturales en (A) y a los productos en (B2) *acervo común*, mientras que a los objetos en (B1) los llamé *inconvenientes de la empresa común*. Todos estos objetos son esencialmente comunes, y ninguno de ellos hace realidad sus potencialidades beneficiosas para alguno o para todos sin alguna asignación, condicional o incondicional, a personas determinadas (en el caso límite, a cualquiera en la comunidad, incluyendo a los extranjeros de paso). El problema de la justicia distributiva es: a quién y bajo qué condiciones hacer esta asignación necesaria.

Algunos de los problemas para distribuir las responsabilidades precedentemente mencionadas en (B1) serán tratados más tarde, en nuestro análisis de la autoridad: IX.4. Pero podemos observar aquí que, como muestra la experiencia humana, muchísimas empresas comunes son dirigidas mejor si se carga a individuos determinados con la responsabilidad de resolver los problemas de coordinación que *tienen que* ser resueltos si la empresa ha de proseguir y que, en caso contrario, sólo podrían ser resueltos mediante una unanimidad que en la práctica es imposible de lograr o de lograr a tiempo. Pocos son los ejércitos, y realmente pocos los ejércitos victoriosos, sin oficiales.

Algunos de los que ocupan un cargo en empresas comunes ("públicas"), civiles o militares, tienen responsabilidades claramente definibles y reguladas por reglas que exigen poco más que su aplicación o administración. Otras responsabilidades no pueden cumplirse adecuadamente a menos que al funcionario sobre el que racaen se le permita ejercer una discrecionalidad amplia e incluso no susceptible de revisión. Tal autoridad discrecional sigue siendo, no obstante, pública; el bien de la empresa común es lo que el funcionario ha de perseguir a conciencia, no su propio beneficio ("privado"). Un gobierno que designa en cargos públicos a partidarios políticos que no los merecen viola la justicia distributiva, del mismo modo que un magistrado que concede autorizaciones con favoritismo.

Debemos recordar en este punto que el bien común es fundamentalmente el bien de los individuos (un aspecto de cuyo bien es la amistad en la

comunidad). El bien común, que es el objeto de toda justicia y que toda vida razonable en comunidad debe respetar y favorecer, no debe ser confundido con el acervo común, o con las empresas comunes, que son algunos de los medios para realizar el bien común. Las empresas comunes y la creación y aprovechamiento de un acervo común de haberes son asimismo para el bien común porque existen para el beneficio de los miembros individuales de la comunidad: hablar de beneficiar "a la comunidad" no es más que una abreviatura (no exenta de riesgos) para referirse a beneficiar a los miembros de esa comunidad. Y aquí debemos recordar además que la tarea fundamental de la razonabilidad práctica es la conformación de sí mismo y la autoposición; la integridad interior del carácter y la autenticidad exterior en la acción son aspectos del bien básico de la razonabilidad práctica, como lo son la libertad respecto del automatismo del hábito y la libertad respecto de la sujeción a los impulsos y compulsiones desordenados; incluso la amistad, en su sentido ordinario, y la intensa comunidad de la familia exigen e implican una cierta especialización y limitación de lo que uno ha de atender; en pocas palabras, ninguna empresa común puede producir por sí misma la plena realización de ningún individuo. El intento, en aras del bien común, de absorber por completo al individuo en empresas comunes sería por ende desastroso para el bien común, no importa cuánto prosperen las empresas comunes (véase también VI. 5, más arriba).

Es por tanto un aspecto fundamental de la justicia general que las empresas comunes sean consideradas, y conducidas en la práctica, no como fines en sí mismos, sino como medios de asistencia, como formas de ayudar a los individuos a "ayudarse a sí mismos" o, más precisamente, a conformarse a sí mismos. Y en todos esos campos de actividad, incluyendo la actividad económica, donde los individuos, o las familias, u otros grupos relativamente pequeños, puedan ayudarse a sí mismos mediante sus propias iniciativas y esfuerzos privados sin dañar con ello (por acto u omisión) el bien común, tienen en justicia derecho a que se les permita hacerlo, y es injusto exigirles que sacrifiquen su iniciativa privada requiriéndoles que, en lugar de ella, participen en una empresa pública; sigue siendo injusto aun cuando el dividendo material que reciban de la empresa pública sea tan grande como o incluso en cierto modo mayor que lo que habría sido el resultado material de sus propios esfuerzos privados. El principio de subsidiariedad (VI. 5) es un principio de justicia.

Todo esto tiene implicaciones en muchos campos de actividad, sin excluir ese campo de trabajo y de iniciativa que llamamos actividad económica. Las implicaciones tienen que ver, por ejemplo, con las condiciones adecuadas del trabajo a sueldo o asalariado, *i.e.* del servicio que es un *proprium* —algo suyo propio— de la persona que lo presta, pero que no entra en el sig-

nificado focal de "propiedad". Pero para ilustrar la interrelación de "lo privado" y "lo común" en la noción de justicia, diré algo sobre la propiedad privada.

El bien de la autonomía personal en la comunidad, como lo acabamos de delinear, sugiere que la oportunidad de ejercer alguna forma de propiedad privada, incluso de los medios de producción, es en la mayoría de los tiempos y lugares una exigencia de justicia.¹⁰ Es una exigencia que condiciona fuertemente la aplicación concreta de los principios y criterios generales de justicia distributiva, pero a su vez está condicionada por ella. Claramente, la expresión "propiedad privada" requiere de alguna explicación. Pero esa explicación será más fácil si miramos primero a un segundo fundamento (alternativo) en justicia para establecer un régimen de propiedad privada. (Como siempre, la explicación de las instituciones sociales, y de los términos apropiados para hablar de ellas, es primariamente cuestión de captar su razón de ser). Este segundo fundamento descansa en una "regla" de experiencia humana: los recursos naturales, los recursos de capital y los bienes de consumo durable que de ellos derivan, se explotan más productivamente y se mantienen más cuidadosamente, por la empresa, la administración, el buen gobierno y la gestión doméstica privadas, que por los "funcionarios" (incluyendo a todos los empleados) de las empresas públicas. Al menos para los tiempos y lugares y las clases de recursos para los que esta regla de experiencia es válida, un régimen de propiedad privada será una exigencia de justicia, a condición de que la acrecentada provisión de bienes producidos por tal régimen no sea acaparada por una clase de propietarios privados exitosos sino que esté disponible a través de mecanismos apropiados (*e.g.*, la participación en las ganancias; el comercio en condiciones de mercado competitivas; la tributación redistributiva; el pleno empleo a través de inversiones productivas, etc.) para todos los miembros de la comunidad, en la debida medida. Por supuesto, *si* los miembros activos de la comunidad estuviesen más desprendidos de consideraciones de ventaja privada, del amor de "sí mismos", etc., entonces la empresa y la propiedad comunes *serían* más productivas de beneficios para todos. Pero una teoría de la justicia ha de determinar lo que le es debido a una persona en las circunstancias en que se encuentra, no en las circunstancias de algún otro mundo "ideal". Y los nu-

¹⁰ Todas las exigencias de la justicia general son específicamente exigencias o de la justicia distributiva o de la justicia comutativa o de las dos. La presente exigencia (i) es una exigencia de la justicia distributiva en la medida en que es injusto que la oportunidad de controlar el uso de los recursos naturales, o de sus productos, o de las pretensiones sobre ellos o de los medios para hacer valer esas pretensiones, no se distribuya a algunos pero sí a otros, por una razón inadecuada, y (ii) es una exigencia de la justicia comutativa en la medida en que, si todos al interior de una comunidad se ven impedidos de tener propiedad privada, por razones inadecuadas, entonces *cada uno* está siendo tratado injustamente, con independencia de que se dé un tratamiento similar a los otros. Véase el final de VII. 6, más adelante.

meros miembros de la comunidad que razonablemente¹¹ dependen para su sustento de los esfuerzos productivos y de la buena administración de otros miembros pueden con razón quejarse de injusticia¹² si se adopta un régimen de propiedad (explotación, producción y gestión de recursos) sobre la base de que *acrecientaría* su bienestar si los miembros no dependientes de la comunidad tuvieran caracteres diferentes de los que de hecho tienen, pero que *en realidad* produce para ellos (y para todo el resto) un nivel de vida más bajo que el que disfrutarían en un régimen de propiedad distinto operado por los miembros no dependientes tal como son *en realidad*.

Habiendo mencionado dos razones independientes de por qué un sistema de propiedad privada (que puede coexistir en la misma comunidad con una más o menos extensa propiedad pública, *i.e.* la administración de los recursos por funcionarios) es normalmente exigido por el bien común y en consecuencia por la justicia, queda por clarificar qué se quiere decir con “propiedad privada”. Lo que yo quiero decir se resume en la aparente paradoja que Aristóteles utiliza para resumir su análisis bastante similar: “la propiedad debe ser común en algún sentido, pero privada hablando en general... sobre los bienes debería haber un dominio privado, pero un uso común; y preparar a los ciudadanos para esto es la tarea especial del legislador”.¹³ Cito a Aristóteles en parte para enfatizar que los análisis propuestos en esta sección, aun cuando sean aplicables a controversias del debate político actual en la comunidad del lector, no deben ser tomados como si pretendieran ser una contribución a ninguno de tales debates en particular.

Porque los regímenes de propiedad son muy variados y, de ordinario, complejos; y no es irracional que sea así, porque las combinaciones de propiedad privada y pública que responden razonablemente a las exigencias de la justicia general varían con el tiempo, el lugar y muchas circunstancias diferentes: de hecho, la misma distinción entre “público” y “privado” puede

¹¹ Al someter a prueba la justicia de un arreglo social considerándola desde el punto de vista del “miembro más pobre de la comunidad” (el cual ciertamente es un punto de vista relevante), debemos por lo común excluir de la clase de los “más pobres” a aquellos que irrazonablemente *rehúisen* contribuir con trabajo o de otra forma al bien común. En la lacónica frase de San Pablo (2 Tes. 3:10), reproducida (sin reconocer el origen) en el art. 10 de la Constitución de la República Popular de China (1978): “El que no quiera trabajar, que no coma”; del mismo modo el art. 13 de la Constitución de Albania (1946).

¹² Ciertamente comutativa y de ordinario también distributiva; cfr. más arriba, nota 10.

¹³ *Pol.* II, 2: 1263a26, 38-9; véase del mismo modo Tomás de Aquino, *S.T.* II-II, q. 66, a. 2c; q. 32, a. 5 ad 2. Cfr. la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949), art. 14: “(1) La propiedad y el derecho a heredar están garantizados. Su contenido y límites deberán ser determinados por la ley. (2) La propiedad impone deberes. Su uso debería servir también al bienestar común. (3)...”. Del mismo modo, el art. 24 de la Constitución de la República Democrática Alemana (1949).

ser tratada razonablemente en algunos sistemas como no exhaustiva. (Véase también X.7, más adelante). De ahí que no se trata aquí de presentar un modelo determinado o “caso puro” de propiedad privada como la adecuada exigencia de justicia en todas o ni aun en la mayoría de las comunidades políticas. Es suficiente decir que los dos argumentos expuestos más arriba sugieren que los individuos, individualmente o agrupados, deberían tener acceso directa o indirectamente (como, por ejemplo, en el caso de un accionista de una sociedad de acciones) a los recursos naturales, a los bienes de capital, y/o a los bienes de consumo durables, siendo tal acceso más o menos exclusivo (en cuanto que él o ellos tengan derecho a excluir a otros individuos del acceso), más o menos inmune al despojo por o a instancias de otros individuos, y más o menos transmisible a voluntad. El propósito de estos derechos de exclusión y transmisión e inmunidad al despojo es darle al propietario privado la libertad de mostrar su creatividad, su inventiva y su firme cuidado y atención respecto de los bienes de que se trata; darle seguridad para disfrutarlos, invertirlos o desarrollarlos, y proporcionarle la oportunidad de intercambiarlos por otra u otras propiedades alternativas que le parezcan más adecuadas para su plan de vida. Estas son las características principales requeridas para cumplir con las exigencias del bien común a que se han referido los dos argumentos expuestos precedentemente en favor de la justicia de la propiedad privada.

Esos argumentos no sugieren de ninguna manera que la propiedad privada, entendida de este modo, sea incondicionalmente justa. Por el contrario, partiendo de la noción general de bien común y enfatizando que los recursos naturales son esencialmente un acervo común (aunque apto para la distribución, incluyendo la distribución como propiedad privada), los argumentos por sí mismos sugieren las condiciones con que deben conformarse los propietarios privados si su propiedad ha de ser distributivamente justa.

El propietario privado de un recurso natural o de un bien de capital tiene el deber de justicia de destinarlo a un uso productivo o, si carece de los recursos adicionales necesarios para hacerlo, de ponerlo a disposición de alguien que quiera y pueda hacerlo. Los *latifundia* inexplotados de los ricos (como en el Imperio Romano y en varias regiones hoy en día) son un signo de injusticia, sean o no tolerados por la ley. De manera similar, la adquisición y disposición especulativa de la propiedad, con fines de ganancia meramente financiera no correlativa a ninguna explotación o uso productivo, es contraria a la justicia distributiva. Eso, normalmente, es el acaparamiento de oro y, en general, la sustracción de activos líquidos de los mercados de capitales en los que podrían destinarse a un uso productivo. Eso son también la dilapidación y la falta de conservación razonable de los bienes de consumo durables, como las casas. También lo es el desarrollo de posiciones o

arreglos monopólicos y oligopólicos, los cuales, para el aprovechamiento y poder de una clase restringida de individuos, restringen la disponibilidad de la propiedad para otros individuos, e impiden el funcionamiento de un sistema competitivo de mercado, que impulsaría la producción y distribución eficientes de bienes, de manera más amplia, en mayores cantidades y menos costosamente de lo que de otro modo sería posible. Eso son, asimismo, diversas restricciones de origen privado (¡no todas!) a la enajenación y/o al uso futuro de la propiedad.

El sentido, en justicia, de la propiedad privada es darle al dueño la primacía en el uso y el disfrute de la propiedad y de sus frutos (incluyendo rentas y utilidades), pues es esta disponibilidad la que acrecienta su razonable autonomía y estimula su productividad y cuidado. Pero más allá de una medida y grado razonables de tal uso para satisfacer sus necesidades y las de sus dependientes o copropietarios, él conserva el resto de su propiedad y sus frutos como parte del acervo común (en justicia si no según la ley). En otras palabras, más allá de un cierto punto, lo que estaba disponible en común pero fue con justicia hecho privado, por el bien común, llega a ser de nuevo, en justicia, parte del acervo común; aunque asignado como propio para su gestión y control, ya no está para su beneficio privado sino que es mantenido por él de modo inmediato para el beneficio común (como, según vimos, Aristóteles dijo más concisamente). A partir de este punto, el dueño tiene, en justicia, deberes no del todo diferentes de los de un propietario fiduciario en el derecho civil continental (un *trustee* en el derecho inglés). Puede cumplirlos de varias formas —invirtiendo su excedente en la producción de más bienes para su posterior distribución y consumo; proporcionando empleos remunerados a la gente que busca trabajo; mediante donaciones o préstamos a hospitales, escuelas, centros culturales, orfanatos, etc., o directamente para ayudar a los pobres. Cuando los propietarios no cumplan estos deberes, o no puedan coordinar efectivamente sus respectivos esfuerzos para cumplirlos, entonces la autoridad pública puede con razón ayudarles a cumplirlos diseñando y aplicando sistemas de distribución, *e.g.* mediante tributación “redistributiva” con propósitos de “bienestar social”, o mediante alguna medida de expropiación.

VII.4. CRITERIOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La igualdad es un elemento fundamental en la noción de justicia y por ende de justicia distributiva. En particular, *todos* los miembros de una comunidad tienen *igualmente* el derecho a una consideración respetuosa cuando surge el problema de la distribución: véase más adelante VIII. 6. Ésta es la relevancia moral del así llamado principio “formal” de justicia: “Tratar de manera semejante los casos semejantes”. Pero, para resolver problemas de

justicia distributiva, la igualdad es un principio residual, superado por otros criterios y aplicable sólo cuando esos otros criterios son inaplicables o no logran arribar a ninguna conclusión. Porque el objetivo de la justicia no es la igualdad, sino el bien común, la realización de todos los miembros de la comunidad, y no hay razón para suponer que esta realización de todos aumenta por tratar a todos de idéntica manera al distribuir roles, oportunidades y recursos. De este modo, para retornar a la cuestión de la propiedad privada: lo que es injusto en las grandes diferencias de riqueza en una comunidad no es la desigualdad como tal sino el hecho de que (como sugiere la desigualdad) los ricos no han logrado redistribuir aquella porción de su riqueza que podría ser utilizada mejor por otros para la realización de los valores básicos en sus propias vidas. Si la redistribución significa simplemente que los relativamente muchos consumen taciturnamente más cerveza frente a los televisorés, y los relativamente pocos consumen menos vino fino en los conciertos de músicos selectos, entonces difícilmente puede decirse que sea una exigencia de justicia. Pero si la redistribución significa que, a costa del vino, etc., más personas pueden ser protegidas de la enfermedad (no autoprovocada), educadas hasta el punto en que el genuino autogobierno llega a ser posible para ellas, defendidas de los enemigos de la justicia, etc., entonces tal redistribución es una exigencia de justicia.

No hay, por supuesto, patrones muy precisos para valorar estas cuestiones. La plena realización de los seres humanos en comunidad es indefinidamente multifacética. No hay un único criterio universalmente aplicable para resolver cuestiones de distribución. Con respecto a la realización de los bienes humanos básicos, hasta un cierto nivel mínimo para cada miembro de la comunidad, el criterio principal es la *necesidad*. Porque estamos tratando aquí con el componente fundamental del bien común. Incluso este criterio, sin embargo, está sujeto a considerable disminución en el caso de aquellos cuya indigencia proviene de su propia irrazonable falta de voluntad para esforzarse por su propio bien, o se les impone como legítimo castigo por su culpable autopreferencia y su dañina indiferencia respecto del bien de los demás (véase X.1, más adelante). Y, aparte de eso, la prioridad de la necesidad como criterio para la distribución no es una prioridad simplemente "lexicográfica"; en situaciones de emergencia, que no son demasiado infrecuentes, unos pocos o incluso muchos pueden rectamente ser privados de mucho para que quienes pueden defender a toda la comunidad de sus peligros sean habilitados y animados a hacerlo.

Porque un segundo criterio de distribución justa es la *función*, es decir, la necesidad respecto no directamente del bien humano básico sino de los roles y responsabilidades en la comunidad. Y puesto que este libro no es un tratado sobre la justicia, puedo ser muy conciso al mencionar los otros cri-

terios razonables. En tercer lugar, entonces, está *la capacidad*, respecto no sólo de los roles en las empresas comunes sino también de las oportunidades para el progreso individual. "Flautas para los flautistas": si se ha de hacer accesible la educación superior (por iniciativa pública o privada) debería estar dirigida sólo a aquellos capaces de beneficiarse de ella. En cuarto lugar, *los méritos y los aportes*, sea que deriven del sacrificio propio o del uso meritorio del esfuerzo y la habilidad, son un criterio adecuado para la distribución, pues la afabilidad que se expresa en las manifestaciones de gratitud es un gran bien humano, tanto para el que da como para el que recibe. En quinto lugar, en la distribución de los costos y las pérdidas de la empresa común lo equitativo dependerá a menudo de si algunas partes han *creado* o al menos *previsto y aceptado riesgos evitables* mientras que otras ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos o de evitarlos o de asegurarse contra ellos: éste es un problema familiar para los juristas pero bastante pasado por alto por los filósofos, y (¿por eso?) carece de una denominación breve adecuada.

Finalmente, al considerar y emplear los criterios de justicia distributiva no debemos perder de vista el hecho de que al hablar de justicia no estamos tratando de evaluar estados de cosas y sus consecuencias. Más bien, estamos tratando de evaluar qué *exige* la razonabilidad práctica de personas determinadas (en su trato con otras personas). Y lo que así se exige de una persona determinada depende esencialmente de qué responsabilidades tiene, ya sea en virtud de sus propios compromisos voluntarios (e.g. por asumir un cargo de gobierno) ya en virtud de haber recibido, en el pasado o en el presente, beneficios de otro (e.g. en cuanto hijo, en relación con sus padres), ya en virtud de la dependencia de otros respecto de ella (e.g. en cuanto padre, en relación con sus hijos), ya en virtud de una red de relaciones de interdependencias efectivas y potenciales (tal como existe con fuerza, por un conjunto de razones, entre los miembros de una unidad familiar viva, y también con fuerza, por otro conjunto de razones, entre los miembros de una comunidad política sana, y, en una medida menor aunque creciente, entre las comunidades que juntas constituyen la comunidad toda de la humanidad).

Aquí tiene una aplicación importante el famoso dicho de Aristóteles, a menudo usado más de la cuenta, en cuanto a no exigir demasiada precisión al determinar las exigencias de la razonabilidad práctica.¹⁴ La pretensión de Weber, Sartre, y muchos otros, de que los juicios objetivos o racionales son imposibles en el campo de los valores (en la ética y en la política), se ha basado en parte en la dificultad ("imposibilidad") de resolver determinados problemas de exigencias de responsabilidad contradictorias. Sartre, por

¹⁴ *Et. Nic.* I, 3: 1094b12-14.

ejemplo, propone el caso de un joven que trata de decidir si debe quedarse en casa para cuidar de su madre anciana y dependiente o abandonar la casa para luchar contra lo ocupación nazi de Francia.¹⁵ Pero tales argumentos carecen de la fuerza que les atribuyeron Sartre y Weber. Ninguno de los cursos de acción considerados por el joven necesita ser considerado como incompatible con la justicia. Su dilema no puede ser resuelto declarando que una de sus dos responsabilidades *prima facie* es la exigencia exclusiva de la razonabilidad práctica. Pero la razonabilidad práctica ciertamente condena como irracional e irresponsable a alguien que en una situación de ese tipo decide hacer cualquier cosa que le sugiere la primera persona con que se encuentra, ya sea dispararle a su madre, unirse a las fuerzas de ocupación, emborracharse hasta la inconsciencia, suicidarse, o lo que sea —todas éstas son posibilidades que Sartre simplemente pasa por alto.

Pero la exigencia inoportuna de directrices precisas y absolutas de la razón al valorar las responsabilidades también parece estar detrás de un desarrollo bastante distinto del pensamiento contemporáneo. Pues se está haciendo común, al menos en la discusión académica, proponer que en realidad “cada uno de nosotros es responsable por todos los demás en todas las formas”¹⁶. Aquí la sensación de que es difícil o imposible hallar normas para distribuir de manera definida el propio esfuerzo, según grados diferentes, entre los distintos beneficiarios potenciales, parece unirse con la asunción de que la justicia es primariamente una propiedad de los estados de cosas y sólo derivadamente una propiedad de las decisiones particulares de personas determinadas; y esta combinación de asunciones no formulados genera el concepto de justicia específicamente utilitarista. Aquí el principio “tratar de manera semejante los casos semejantes” se convierte, específicamente, en “cada persona cuenta como una y sólo como una”: en realidad, esta nueva opinión simplemente está sacando las conclusiones de la lógica del utilitarismo clásico.¹⁷ Y una conclusión fundamental es la siguiente: cada uno de nosotros está moralmente obligado a dedicar su riqueza y energía (que podría, de no ser así, haber dedicado a sus propios intereses, a los de quienes “tiene a su cargo”, a los de sus propias comunidades local y política, etc.) a los intereses de las personas más desfavorecidas que uno pueda encontrar en cualquier parte del mundo, y esto hasta el punto de que el pro-

¹⁵ J. P. Sartre, *L'Existentialisme est un humanisme* (París: 1946), pp. 40-1.

¹⁶ Cfr. el hermano del Padre Zossima, en *Los hermanos Karamazov* de Dostoievsky, citado por Jonathan Glover, *Causing Death and Saving Lives* (Harmondsworth: 1977), pág. 104, como ejemplo de “una obvia semejanza con lo que se ha argumentado”, según el mismo Glover. Quizás la semejanza sólo es aparente; cfr. Herbert Morris, *On Guilt and Innocence* (Berkeley-London: 1976), Capítulo 4.

¹⁷ Cfr. J. S. Mill, *Utilitarianism* (1863), Cap. 5 (*ad fin.*).

pio sacrificio (marginal) de riqueza y de energía lo haría a uno mismo y a quienes “tiene a su cargo” más pobres que a esas personas más desfavorecidas.¹⁸ Cualquier otro uso de la propia riqueza y energía es, según esta opinión, simplemente injusto.

En la medida en que esta opinión es una versión del utilitarismo, está sujeta a la crítica general que muestra que su fundamento teórico es incoherente (V. 6). Pero, al pensar sobre la justicia, deberíamos ir más allá y rechazar el principio, tan verosímil a primera vista, de que “cada persona cuenta como una y sólo como una”; pues este principio no es razonable como principio para las deliberaciones prácticas de nadie. Respecto de todos y de cada uno la verdad es que, por sus promesas, y/o su paternidad, y/o sus deudas de gratitud, y/o sus relaciones de interdependencia con o de autoridad respecto de personas o comunidades determinadas, uno no puede razonablemente dar igual “peso”, o igual consideración, a los intereses de toda persona en todos los casos en que uno podría descubrir y afectar esos intereses.

Afirmar esto no es negar que el problema de apreciar el alcance de las responsabilidades que cada uno tiene, de acuerdo con la razón, respecto del bienestar de las personas de otras comunidades políticas (el problema de la “justicia internacional”) es, de todos los problemas prácticos, uno de los más difíciles; y que cada uno de nosotros lo resuelva (pues nuestras situaciones y por ende nuestras responsabilidades difieren) es algo que está constantemente amenazado por la influencia de la autopreferencia irrazonable, del prejuicio de grupo y de la tibieza respecto del bien humano.

VII.5. LA JUSTICIA CONMUTATIVA

Hay un amplio campo de relaciones y tratos entre las personas (incluyendo los tratos entre los funcionarios y los individuos) en los que no están directamente en juego ni las exigencias o sucesos de la empresa común ni la distribución (ya sea por propietarios públicos o privados) de un acervo común, pero en los que puede plantearse la cuestión de qué es adecuado, equitativo o justo entre las partes de la relación. Una teoría de la justicia debe responder a este género de cuestiones, y así como he denominado “distributiva” a la justicia por la cual uno da y pone en práctica soluciones razonables a los problemas analizados en la sección precedente, será asimismo conveniente tener un nombre único para la justicia que responde al presente género de problemas. Por carecer de un término satisfactorio en nuestro lenguaje corriente actual, adopto un término académico tradicional, “justicia conmutativa”.

¹⁸ Véase Glover, *op. cit.*, págs. 109-10.

Esta expresión tiene un origen bien definido. Aristóteles, también, deseaba dividir el entero campo de los problemas de justicia en dos amplias clases. A la primera clase la denominó problemas de justicia *distributiva* (*dianemetikon dikaion*),¹⁹ y caracterizó estos problemas en gran medida como lo he hecho yo: tratan acerca de todo lo que pertenece a la comunidad en cuanto común pero divisible mediante asignación entre sus miembros. A la segunda clase de problemas la denominó problemas de justicia *correctiva* (*diorthotikon dikaion*),²⁰ la justicia que rectifica o remedia las desigualdades que surgen en los tratos (*synallagmata*) entre los individuos. Estos “tratos” pueden ser o voluntarios, como en la compraventa, el arrendamiento y otras transacciones de negocios, o involuntarios, como cuando un hombre “trata con” otro robándole, asesinándole o difamándole.²¹ *Synallagmata*, en la explicación de Aristóteles, debe entenderse por lo tanto de una manera muy amplia, y no restringida a los “intercambios” recíprocos (como en los modernos sistemas procedentes del derecho romano); las expresiones “tratos” y “tratar con” tienen muchas connotaciones irrelevantemente estrechas, pero yo hago referencia a su significado más general. El verdadero problema de la explicación de Aristóteles es su énfasis en la corrección, en el *remediar* la desigualdad que surge cuando una persona daña o toma algo de otra, o cuando una de las partes cumple su parte en un pacto mientras que la otra no. Éste es ciertamente un campo de problemas de justicia, pero incluso cuando se añade al campo de la justicia distributiva deja intacto un amplio rango de problemas. “Corrección” y “restitución” son nociones dependientes (*parasitic*) de alguna determinación previa de qué ha de considerarse como crimen, agravio, acuerdo vinculante, etc.

Así sucedió que Tomás de Aquino, pretendiendo interpretar fielmente a Aristóteles, silenciosamente cambió el significado de la segunda clase de justicia particular de Aristóteles, e inventó una nueva denominación para ella: “justicia *comutativa*”. Muchos seguidores de Tomás de Aquino han entendido *comutativa* como “relativa a los intercambios”. Pero la ventaja de la nueva expresión de Tomás de Aquino es precisamente que, tal como él la usa, no está limitada ni a la corrección ni a las transacciones voluntarias o de negocios, sino que es casi tan extensa como el término *commutatio* del latín clásico (= “cambio”), limitada sólo por su restricción contextual aquí al campo de la interacción humana. Con esta expresión, pues, podemos cubrir todo el campo en el que, dejando de lado los problemas de asignación de un patrimonio común y otros similares, el problema consiste en determinar qué tratos son adecuados entre las personas (incluyendo los grupos).

¹⁹ *Et. Nic.*, V, 3: 1131b28; 1132b24, 32.

²⁰ *Et. Nic.*, V, 2: 1131a1; 3: 1131b25; 4: 1132b25.

²¹ *Et. Nic.*, V, 2: 1131a1-9.

La distinción entre justicia distributiva y conmutativa no es más que una forma de facilitar el análisis, una ayuda para la consideración ordenada de los problemas. Muchas acciones son a la vez distributiva y conmutativamente justas (o injustas). Considérese el acto del juez al emitir su juicio. La materia de su juicio puede ser una cuestión de justicia distributiva (ya sea que esa cuestión de justicia haya sido apreciada por el legislador, como en las reglas de la sucesión intestada, o que se deje para ser apreciada por el juez, como en el reparto de la obligación de indemnizar los perjuicios cuando hay responsabilidad compartida, o de pagar las costas de un juicio), o también la materia sometida a juicio puede ser una cuestión de justicia conmutativa (como en una acción judicial por el precio de los bienes vendidos y entregados, o de indemnización de perjuicios por daño en los bienes). Pero, con independencia de que la materia de su acto de juzgar sea un problema de justicia distributiva o conmutativa, el acto de juzgar mismo es siempre una cuestión de justicia distributiva. Porque el sometimiento de una controversia al juez crea por sí misma una especie de materia *común*, la *lis inter partes*, que debe ser repartida entre las partes, de modo que la ganancia de una de las partes es la pérdida de la otra. El juez parcial o negligente viola la justicia distributiva por usar un criterio irrelevante (o por usar un criterio relevante de manera impropia) para distribuir los méritos y para otorgar sentencia favorable y/o asignar las costas. Pero, finalmente, también podemos considerar el deber del juez sólo en cuanto que es un deber de aplicar las reglas jurídicas relevantes; bajo este aspecto, el suyo es un deber de justicia conmutativa: la aplicación fiel de la ley es simplemente lo que es adecuado y le es exigido en sus relaciones oficiales con otros.

Además, para volver a la cuestión sobre la materia del litigio, mencionada en el párrafo precedente, puede haber campos del derecho respecto de los cuales es difícil decir (o al menos es una cuestión de interpretación controvertida) si las reglas están pensadas para asegurar la justicia distributiva o, más bien, la conmutativa. El derecho moderno sobre responsabilidad civil por lesiones personales no intencionadas es un campo de este tipo, y lo es asimismo, quizás, el derecho moderno sobre la imposibilidad de cumplir los contratos (*frustration of contract*).

Considérese el derecho común de daños en el sistema anglosajón (*common law of torts*). En su período “clásico” (digamos, entre 1850 y 1950) este conjunto de reglas y principios fue considerado como un instrumento de la justicia conmutativa; en realidad, de la justicia correctiva en el sentido de Aristóteles. Una parte estaba obligada a realizar un pago o una restitución a otra si y sólo si (con excepciones “marginales”) se había comportado injustamente en relación con esa otra (*e.g.* al atropellarla en la calle por negligencia). Pero en tiempos recientes, en algunos lugares más que en otros, esta vi-

sión sobre la función del derecho ha sido puesta en discusión por otra visión que implícitamente concibe como esencialmente distributiva la función del derecho sobre compensación por lesiones personales. En esta visión, la cuestión no es “¿cuáles son las pautas de conducta a las que debe acomodarse una persona en relación con sus ‘vecinos’?”, o “¿cuál debe ser el alcance de la responsabilidad de quien deja de acomodarse a esas pautas de conducta?”, o ni siquiera “¿cómo debería ser devuelto a su condición anterior alguien lesionado por el comportamiento injusto de otro?”. Esas son cuestiones centrales de la teoría de la justicia comutativa. Pero en la visión más nueva, se sostiene que la cuestión es “¿cómo debieran repartirse los riesgos de la vida común, especialmente los riesgos de esas empresas tan esencialmente *colaborativas* como los viajes y el tráfico por las calles?”. El daño a uno de los participantes se considera entonces como una pérdida incidental que ha de ser contrastada con los beneficios que resultan para todos los que participan en esta esfera de vida común. Los costos de esta pérdida, por tanto, en cuanto materia de justicia distributiva, deberían ser repartidos entre aquellos que más se benefician de su parte en toda la “empresa” y/o que pueden pagar con menos daño para sus propios intereses o posición en ella; o deberían incluso ser repartidos entre *todos* los participantes. La cuestión de si el daño fue causado por alguna culpa llega a ser sustancialmente irrelevante. La participación mutua, al traer beneficios comunes, requiere por lo mismo una mutua aseguración. Por la misma razón, las pretensiones de la parte lesionada de recibir compensación, que ahora se consideran como inconvenientes en una especie de empresa común, son tratadas como pretensiones sobre los recursos comunes; y todas estas pretensiones deben por tanto ser medidas por referencia no a la culpa o a la capacidad de pago de ningún transgresor individual, sino en relación con todas las otras pretensiones, de todo tipo, sobre fondos públicos o (si el sistema de compensación está financiado totalmente por los participantes de esa esfera de vida) por referencia a todas las otras pretensiones, públicas y privadas, sobre los fondos de los participantes.

Un modelo legal de ese tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a *todos* los que sufren un daño en el área relevante de vida común, mientras que el modelo para asegurar la justicia comutativa busca compensar *solamente* a quienes fueron lesionados por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia comutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que *ninguno* de los que sean compensados recibirá tanto como lo que *algunos* de ellos podrían haber recibido en el modelo comutativo. Sin duda

que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo; pero estos deberes ya no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que, si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea inadecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia.

Una tensión similar entre las perspectivas de la justicia distributiva y conmutativa se ha venido desarrollando desde hace tiempo dentro del derecho común de los contratos en el sistema anglosajón (*common law of contract*). Desde una perspectiva, que inspira una gran parte de esta área del derecho, las partes de un contrato son consideradas como individuos que se tratan con distancia, buscando cada uno sus propios intereses, los cuales continúan siendo enteramente individuales y, por decirlo así, están yuxtapuestos a los intereses de la otra parte por el contrato y en la medida definida por el contrato. De este modo, si una parte no cumple con lo prometido, debe (salvo estipulaciones contrarias del contrato mismo) devolver a la otra parte (hasta donde el dinero pueda hacerlo) a una situación *equivalente* a la que ella, la beneficiaria, habría disfrutado de no ser por el incumplimiento del promitente; en pocas palabras, una promesa es una garantía de cumplimiento o de una indemnización. Ésta es una perspectiva característica de la teoría de la justicia conmutativa. Pero ya en "Hadley v. Baxendale" (1854),²² que fijó el derecho inglés sobre la estimación de los perjuicios por incumplimiento de contrato, podemos discernir una perspectiva alternativa que ve el incumplimiento como uno de los riesgos que *ambas* partes aceptan cuando suscriben su acuerdo mutuo, y que por tanto puede ser razonablemente *compartido* entre ellas, de modo que ninguna asume el riesgo de tener que compensar por *todas* las pérdidas que la otra puede sufrir a causa del incumplimiento. En la medida en que esta perspectiva ha ganado en aceptación, las reglas sobre la imposibilidad de cumplir los contratos (*frustration of contract*) han sido desarrolladas para liberar a las partes contratantes de sus obligaciones de cumplir o compensar en circunstancias en que el arreglo contractual, visto (normalmente de modo implícito) más por referencia a su "fin", *un poco como si fuera una especie de asociación o de empresa común*, se ha hecho imposible de cumplir por contingencias externas imprevistas. El derecho inglés contemporáneo dispone que, en el caso de incumplimiento de un contrato por imposibilidad de ejecución (*frustration of a contract*), una parte que ha pagado dinero puede recuperarlo, y una parte que debía dinero, según el contrato antes de su imposibilidad de cumplirlo, es liberada de pagar, mientras que a una parte que ha incurrido en gastos se le puede per-

²² 9 Ex. 341.

mitir, "en cuanto el tribunal lo considere justo", que los recupere, y a una parte que ha obtenido beneficios por el contrato antes de la imposibilidad de cumplirlo se le puede exigir, "en cuanto el tribunal lo considere justo", que comparta su valor monetario con la otra parte o que se lo entregue a ella.²³ La perspectiva distributiva es llevada aún más allá por recientes propuestas según las cuales toda parte de un contrato cuya ejecución se ha hecho imposible tendría derecho a la restitución por cualquier cumplimiento de cualquier parte de sus obligaciones contractuales, mientras que las pérdidas serían repartidas por igual entre las partes que hacen la restitución y las que la reciben.

Aquí no hay necesidad de tomar partido a favor o en contra de alguno de estos cambios de perspectiva. Bastante a menudo, el debate legislativo al respecto se centra en materias relacionadas sólo mediáticamente con los criterios de justicia, por ejemplo en la cuestión de la eficiencia con que pueden implementarse las perspectivas o modelos alternativos y su costo. Pero el problema fundamental realmente es: ¿cuán razonable es considerar a las personas cuyas actividades estamos discutiendo como comprometidas en una empresa común? Los desarrollos modernos relativos a la compensación por lesiones personales emanan de los modelos para compensar accidentes laborales, en los que los empleados lesionados y los empleadores que están obligados a contribuir al sistema están manifiestamente comprometidos en una clase de empresa común (a pesar de que la forma de su relación no es la de una sociedad legal, sino que contempla sólo la participación limitada que compete al trabajo asalariado). ¿Puede este concepto de participación en una empresa común, en la que el riesgo de pérdida debería repartirse entre todos los participantes, ampliarse razonablemente hasta abarcar la totalidad de la comunidad nacional? Parece que no, al menos con respecto a ciertas causas y ciertas formas de pérdida.

Habiendo enfatizado en alguna medida las complejas relaciones que se dan entre la teoría de la justicia distributiva y la teoría de la justicia comunitativa, falta indicar algunas de las materias con seguridad situadas dentro del ámbito de esta última teoría. Hay, por supuesto, innumerables aspectos de la justicia comunitativa: así que los siguientes ejemplos sólo pretenden ilustrar algunas líneas generales.

En primer lugar, entonces, la justicia comunitativa puede versar sobre las relaciones entre individuos determinados. Si A incumple, sin una buena razón, su contrato con B, es comunitativamente injusto; y en el derecho inglés (no así en el francés) se le exige por justicia comunitativa pagar los perjuicios a B aun cuando su incumplimiento no haya sido culpable (salvo las

²³ Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 (Eng.), s. 1.

limitaciones a la obligación de reparar introducidas por las doctrinas de la causalidad remota [*remoteness*] y de la imposibilidad de ejecución [*frustration*], ya mencionada). Si A difama a B, sin preocuparse por la veracidad de los hechos, o comunicando su difamación a personas que no tienen una razón buena y determinada para oír hablar mal de B, él agravia a B según la justicia conmutativa, incluso si un determinado sistema jurídico (como el de EE.UU.) deniega la tutela judicial a B en ciertos contextos para que el debate político no se enfrié. (Nótese, a partir de las dos observaciones precedentes sobre unos preceptos legales particulares, que la relación entre el derecho y la justicia no es simétrica; la existencia de un determinado régimen jurídico, sobre los contratos por ejemplo, puede crear deberes jurídicos que son también deberes "morales" de justicia a causa de la confianza de la otra parte en el cumplimiento de acuerdo con *ese* régimen jurídico, pero que no serían deberes de justicia en otro régimen jurídico razonable; en cambio, no se sigue de ahí que, cuando la ley razonablemente se abstiene de forzar a cumplir un deber de justicia, ese deber deje de existir según la justicia). Asimismo, si A comete perjurio contra B en un juicio, agravia a B según la justicia conmutativa; así sucede, también, si apela contra la sentencia no por creer que tiene una buena posición según el derecho o la justicia, sino para retrasar el cumplimiento de la sentencia condenatoria. El lector puede pensar en muchísimos otros ejemplos. Habiéndolo hecho, será útil reparar en que la adhesión a estos deberes de justicia conmutativa entre un *individuo* y otro es un aspecto integral e indispensable del respeto y favorecimiento del bien *común*. ¿Cómo puede decirse que goza de una buena situación una sociedad en la cual los individuos no respetan los derechos de los demás?

En segundo lugar, un individuo puede tener un deber de justicia conmutativa respecto de muchos individuos más o menos determinados. El deber de cuidado que uno tiene según el moderno derecho de daños constituye un deber de este tipo.

En tercer lugar, un individuo puede tener deberes de justicia conmutativa respecto de muchos individuos más o menos indeterminados. Un individuo que explota, abusa de o "utiliza como polizón" ("free-rides") un sistema que es ventajoso para él mismo y para otros, sabiendo que su abuso puede provocar la limitación o el abandono del modelo (*après moi le déluge*), es conmutativamente injusto con todos aquellos que podrían haber disfrutado los beneficios del modelo original en el futuro.

En cuarto lugar, un individuo tiene deberes de justicia conmutativa respecto de las autoridades que gobiernan su comunidad. (Los "deberes para con el Estado" que son violados, por ejemplo, por la traición, constituyen una compleja amalgama de deberes del primer, segundo y tercer tipos que aquí hemos enumerado). Así el perjurio y el desacato al tribunal atentan contra la justicia conmutativa en este aspecto como también en otros. El deber

general tanto de los funcionarios públicos como de los ciudadanos privados de obedecer las leyes justas (y aun, a veces, las injustas) es un deber de justicia conmutativa (me ocuparé más extensamente de esta cuestión: XI. 7 y XII. 1-3).

Finalmente, las personas que desempeñan la autoridad pública (en la terminología laxa de los últimos siglos, “el Estado”) tienen deberes de justicia conmutativa respecto de quienes están bajo su autoridad. Un modelo de tributación y de bienestar social puede ser distributivamente justo; su administración legítima y regular es una cuestión de justicia conmutativa debida a todos aquellos que de acuerdo con él tienen derechos, poderes, inmunidades, o deberes determinados.

VII.6. LA JUSTICIA Y EL ESTADO

La enumeración precedente, como muchas otras cosas en las secciones anteriores, estaba dirigida tácitamente contra un análisis de la justicia que llegó a extenderse tanto después del siglo XVI que mucha gente lo considera el análisis “clásico”. Gran parte de la discusión, incluso fuera de los confines de este análisis “tradicional”, está significativamente modelada por supuestos tomados de él.

Los orígenes del análisis en cuestión pueden rastrearse hasta el famoso comentario del Cardenal Cayetano a la *Summa Theologiae* de Tomás de Aquino. Tomás de Aquino había dedicado un artículo a la cuestión de si es adecuado dividir la justicia en dos especies, distributiva y conmutativa, y había concluido que sí lo es.²⁴ En su comentario a este artículo, Cayetano introdujo una interpretación novedosa de todo el modelo aristotélico-tomista, el cual había clasificado la justicia en “general” (o “legal”) y “particular” y había subdividido la justicia particular en distributiva y conmutativa. El encanto del nuevo análisis de la justicia propuesto por Cayetano era que usaba toda la terminología del antiguo, y realmente parecía a primera vista estar basado en algún razonamiento de Tomás de Aquino —pero, por sobre todo, su atracción permanente era su apariencia de simetría:

Hay tres especies de justicia, tal como hay tres tipos de relaciones en cualquier “todo”: las relaciones de las partes entre sí mismas, las relaciones del todo respecto de las partes, y las relaciones de las partes respecto del todo. Y de manera semejante hay tres justicias: legal, distributiva y conmutativa. Porque la justicia legal orienta a las partes hacia el todo; la distributiva, el todo hacia las partes, y la conmutativa orienta a las partes entre sí.²⁵

²⁴ S.T. II-II, q. 61, a. 1.

²⁵ *Commentaria in Secundam Secundae Divi Thome de Aquino* (1518), in II-II, q. 61, a. 1.

En muy poco tiempo, con seguridad ya en la época del tratado *De Iustitia et Iure* (1556) de Domingo de Soto, se fue elaborando la lógica interna de la síntesis de Cayetano. Un representante moderno de la tradición postcayetana lo expone de este modo:

Hay tres clases de relaciones: la de las partes con el todo, la del todo con las partes, la de una parte con otra. La justicia legal pertenece a la primera clase, pues relaciona a los ciudadanos con el Estado. La justicia distributiva pertenece a la segunda clase, pues relaciona al Estado con los ciudadanos. La justicia comutativa pertenece a la tercera clase, al relacionar a un ciudadano privado con otro.²⁶

Según la opinión de Tomás de Aquino, cualquiera que esté a cargo de una parte del “acervo común” tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes, pues los bienes de esta tierra han de ser explotados y utilizados para el bien de todos. Según la opinión más nueva (considerada ahora como tradicional), los deberes de justicia distributiva pertenecen sólo al Estado o al “todo” personificado (la comunidad). Según la opinión de Tomás de Aquino, el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia comutativa para con los súbditos del Estado; el castigo, por ejemplo, es, fundamental aunque no exclusivamente, una cuestión de justicia comutativa,²⁷ y colgar a una persona inocente es una negación de la justicia comutativa.²⁸ Según la opinión más nueva, la justicia tiene que ver sólo con las transacciones privadas. Según la opinión de Tomás de Aquino (aunque él no es lo suficientemente explícito sobre esto), la “justicia legal” es la forma fundamental de *toda* justicia, la base de todas las obligaciones, distributivas o comutativas; pues es el deber subyacente de respetar y promover el bien común. Según la opinión más nueva, la justicia legal es poco más que el deber de lealtad del ciudadano para con el Estado y sus leyes.

El éxito histórico del nuevo modelo, con su simetría triádica, posee una significación que va más allá de lo meramente histórico. Particularmente influyente ha sido, y es, la idea de que el Estado o “la comunidad como un todo” es el responsable de la justicia distributiva. Esta drástica limitación de perspectiva favorece el argumento (para tomar sólo un ejemplo contemporáneo) que Robert Nozick dirige contra la tributación redistributiva. Una de

²⁶ “Triplex exigitur ordo: ordo partium ad totum, ordo totius ad partes, ordo partis ad partem. Primum respicit justitia legalis quae ordinat subditos ad rempublicam; secundum, justitia distributiva, quae ordinat rempublicam ad subditos; tertium, justitia commutativa quae ordinat privatum ad privatum”, B.-H. Merkelbach, *Summa theologiae moralis* (París: 1938), vol. II, nº 252, pág. 253.

²⁷ S.T. II-II, q. 62, a. 3c; q. 80, a. un. ad 1; q. 108, a. 2 ad 1.

²⁸ S.T. II-II, q. 64, introducción; q. 68, a. 3.

las principales preocupaciones de la obra de Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, está en argumentar que, una vez que alguien ha adquirido de manera justa determinadas capacidades, dotes o pertenencias (propiedad, etc.), es injusto que cualquiera, incluido el Estado, le prive de alguna de esas pertenencias, o eche mano a la fuerza de cualquiera de sus capacidades, con el propósito de ayudar a otras personas. Los sistemas de tributación con propósitos de redistribución y de bienestar social son por ende injustos; equivalen a la imposición de trabajos forzados, a una injustificable violación de los derechos de un hombre sobre su propio cuerpo, esfuerzo y propiedad, de su derecho a no ser forzado a hacer ciertas cosas.²⁹

Nozick está ciertamente lejos de la tradición de los manuales escolásticos, anteriores o posteriores a Cayetano. Pero la verosimilitud de su argumento procede completamente de que centra la atención en la naturaleza coactiva de la intervención del Estado como agente de justicia (re)distributiva. Supóngase que abandonamos esta perspectiva. Es decir: dejemos de considerar al Estado por un momento, y preguntémonos en cambio si el titular de propiedad privada tiene deberes de justicia (re)distributiva. (La cuestión es rigurosamente inconcebible en la tradición posterior a Cayetano). Veremos entonces que Nozick tiene en realidad poco que decir en favor de su suposición de que uno puede retener de manera justa lo que ha adquirido de manera justa sin preocuparse por las necesidades, los méritos, u otras pretensiones de los demás (excepto por esas pretensiones que en realidad uno mismo ha creado, *e.g.* mediante un contrato, y que uno tiene el deber de satisfacer según lo que yo, no Nozick, llamaría justicia comutativa). Si no vemos ninguna razón para adoptar su suposición de que los bienes de la tierra pueden apropiárselos razonablemente unos pocos con la sustancial exclusión de todos los otros, y si preferimos en su lugar el principio³⁰ de que

²⁹ Véase *Anarchy, State and Utopia* (Oxford: 1974), págs. ix, 167-74 (en el capítulo titulado "Justicia Distributiva").

³⁰ ¿En qué se basa este principio? Pues bien, en un pasaje sutilmente irónico en la pág. 160 de *Anarchy, State and Utopia*, Nozick destaca: "Las cosas llegan a este mundo ya ligadas a la gente que tiene títulos sobre ellas. Desde el punto de vista de la concepción de la titularidad histórica sobre la justicia en relación con las propiedades [que Nozick apoya], quienes comienzan de cero para completar el aforismo "a cada uno de acuerdo con su—" consideran los objetos como si aparecieran de ninguna parte, de la nada. Una teoría completa de la justicia podría abarcar este caso límite [que él dice, en la nota final respectiva, que no es "nuestro propio" caso]; quizás aquí pueden usarse las concepciones habituales de la justicia distributiva." Pero, sea o no mi teoría de la justicia distributiva una de las "concepciones habituales" que Nozick tenía en mente, resulta claro que su ironía está mal dirigida. El hecho decisivo es que en "nuestro propio" mundo los recursos naturales a partir de los cuales se hacen todas las "cosas" u "objetos" sí aparecieron "de ninguna parte, de la nada", y no "llegaron a este mundo ya ligadas a la gente que tenía títulos sobre ellas". Este hecho básico condiciona todos los títulos subsiguientemente derivados del tra-

esos bienes han de ser considerados por todos como destinados al beneficio de todos según los criterios de justicia distributiva, aunque en parte a través de la mediación de las propiedades privadas, entonces la cuestión de la coacción del Estado, que dominaba el argumento de Nozick, llega a ser en principio algo de importancia muy secundaria. Porque al establecer un modelo de tributación redistributiva, etc., el Estado no necesita hacer más que concretar y hacer cumplir coactivamente unos deberes que el propietario ya tenía. La coacción, entonces, se pone en juego sólo en el caso de una desobediencia que es ilícita no sólo en virtud del derecho sino también en virtud de la justicia. La justicia distributiva es aquí, como en la mayoría de los contextos, una relación entre ciudadanos, o grupos y asociaciones dentro de la comunidad, y es responsabilidad de esos ciudadanos y de esos grupos. El rol de las autoridades de gobierno y del derecho al determinar, para comunidades políticas particulares, las exigencias particulares de la justicia distributiva, es un rol decisivo pero subsidiario (véase VI.5).

VII.7. UN EJEMPLO DE JUSTICIA: LA QUIEBRA

En esta sección final intento consolidar, ilustrar y extender el análisis precedente mediante la referencia a algunos elementos del derecho inglés de quiebras, una típica regulación jurídica moderna de la insolvencia.

La quiebra es un proceso legal por el cual alguien que es insolvente (*i.e.* que no puede hacerse cargo de sus responsabilidades financieras) es judicialmente declarado en quiebra, después de lo cual se asigna su propiedad a un síndico que se hace cargo de ella solamente con el propósito de dividirla entre los acreedores del fallido. Durante el procedimiento de quiebra las oportunidades y los derechos del fallido para comprometerse en negocios están severamente limitados. Después de la división satisfactoria de la propiedad, puede ser judicialmente rehabilitado de la quiebra, después de lo cual queda liberado de toda responsabilidad ulterior respecto de sus antiguas deudas.

Lo primero que cabe observar sobre las disposiciones legales descritas de esta manera aproximada es que reemplazan a las disposiciones según las cuales un acreedor insatisfecho podía encarcelar al deudor. Las disposiciones antiguas eran insatisfactorias, porque imponían una condición de servidumbre sobre quien podría ser inocente de todo desacato del derecho o la justicia. Y, al permitir que el deudor fuera llevado, por uno de sus acreedores, a la cárcel, donde (a diferencia de un hombre libre o aun de un esclavo) no podía hacer nada para mejorar su situación financiera o para pagar sus

bajo, las donaciones, la compraventa, u otras fuentes justas de titularidad privada. Además véase VII.3, más arriba.

deudas trabajando, las disposiciones antiguas tendían a frustrar las pretensiones conmutativamente justas de sus otros acreedores.

En seguida, obsérvese que el derecho de quiebras hace efectivas las pretensiones conmutativamente justas de los acreedores del insolvente y, al mismo tiempo, sujeta todas esas pretensiones a un principio de justicia distributiva. Sin un derecho de quiebras, o simplemente antes de que las disposiciones de tal derecho sean aplicadas a un deudor determinado, cada uno de sus acreedores tiene el derecho de satisfacer la totalidad de su pretensión en la totalidad de los bienes del deudor, con prescindencia de las pretensiones de cualquier otro acreedor. El derecho de quiebras reúne todas las pretensiones, y trata la propiedad del deudor como si fuera ahora la propiedad común de los acreedores (para decirlo técnicamente, la titularidad legal se asigna al síndico de la quiebra, pero el beneficio se asigna a los acreedores en común, sujeto a una división conforme a derecho realizada por el síndico). El derecho de quiebras se aparta radicalmente de este modo del principio fundamental de la “teoría de la titularidad histórica” sobre la justicia sustentada por Nozick: “todo lo que surge de una situación justa siguiendo pasos justos es en sí mismo justo”.³¹ Porque si un acreedor hace efectiva su pretensión conmutativamente justa, mediante los procedimientos legales normales (que son en sí mismos bastante justos), y como resultado agota los medios disponibles para satisfacer cualquiera de las pretensiones igualmente justas de otros acreedores, la situación que de ese modo ha “surgido” no puede (así lo estima el derecho de quiebras, bastante razonablemente) ser considerada adecuadamente como “justa en sí misma”.³²

En tercer lugar, al dividir la propiedad del deudor entre sus acreedores, el derecho de quiebras utiliza más de un criterio de justicia distributiva. (i) Reconoce sobre todo la *necesidad* del fallido de ser preservado del bandolerismo, de la esclavitud,³³ o de la indigencia extrema; están, por lo tanto, excluidos del fondo común de bienes para ser dividido entre los acreedores, las herramientas de trabajo del fallido, “lo necesario para el vestido y habitación de él mismo, de su mujer y sus hijos”, y las ganancias (posteriores a la declaración de quiebra y anteriores a la rehabilitación) necesarias para mantener a esa familia. (ii) El derecho reconoce la *necesidad* similar de aquellos que presumiblemente eran completamente dependientes del deu-

³¹ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, pág. 151.

³² En realidad, cualquier intento de una persona de hecho insolvente (incluso antes de haber sido declarada legalmente en quiebra) por dar preferencia a alguno de sus acreedores sobre los otros, es considerado por el derecho inglés como una “preferencia fraudulenta” (a pesar de que el deudor podría decir con verdad: “simplemente estoy pagando una de mis deudas justas”); véase Bankruptcy Act 1914, s. 44 (1).

³³ Véase *Re Wilson, ex parte Vine* (1878) 8 Ch. D. 364 en pág. 366 (C.A.).

dor para su subsistencia; bien arriba en la lista de pretensiones preferentes, que deben ser satisfechas por completo antes de una ulterior división del fondo común, se encuentran los sueldos o salarios de los "empleados y sirvientes, trabajadores y obreros" del deudor, ganados dentro de los cuatro meses anteriores a la quiebra.³⁴ (iii) El derecho da preferencia, por encima de todas las otras pretensiones sobre el fondo común, a todos aquellos cuyos créditos *no* se fundan en haber participado en un acuerdo de negocios con el deudor: (a) los gastos y remuneraciones de quienes tienen que administrar el derecho de quiebras y aplicarlo a los asuntos del deudor; (b) las pretensiones sobre el dinero o la propiedad pertenecientes a una Sociedad de Socorro Mutuo o a una Caja de Ahorros cuando el fallido era funcionario de la Sociedad o Caja y tenía estos bienes en su posesión (pues éstos son esencialmente fondos de personas que trataron con la Sociedad o Caja, no con el fallido); (c) las pretensiones del gobierno central y los gobiernos locales sobre un año de tasas o impuestos impagos. (iv) A la inversa, cuando alguien ha estipulado con el deudor un acuerdo que participa de la naturaleza de sociedad en cuanto tal, las pretensiones de esa persona derivadas de ese acuerdo son diferidas o pospuestas a las pretensiones de todos los acreedores por negocios ordinarios: tales acuerdos incluyen los préstamos entre cónyuges, y los préstamos basados en que el que presta participará de las ganancias. (v) Finalmente, entre todos los acreedores ordinarios, que no son ni preferidos ni postergados según el derecho y que no tienen una garantía que hacer efectiva (hipoteca, prenda o privilegio sobre la propiedad del deudor), "lo equitativo es la igualdad" ('*equality is equity*'). Las deudas que ellos acreditan les son pagadas *pari passu*. Es decir, cada uno recibe, del fondo sobrante después de haber pagado a los acreedores preferentes, el mismo porcentaje de la deuda debida a él (no el mismo porcentaje de ese fondo); si el fondo es insuficiente, la pretensión de cada uno se reduce proporcionalmente. Éste es, por lo tanto, otro ejemplo de la igualdad "geométrica" que, como opuesta a la "aritmética", es (como dijera Aristóteles) característica de la justicia distributiva. En otras palabras, dentro de esta clase de acreedores, el criterio de justicia distributiva es: "a cada uno de acuerdo con su pretensión (jurídicamente reconocida) contra el deudor según la justicia conmutativa".

En cuarto lugar, como debe de haber sugerido al lector el precedente e incompleto listado de principios para tratar la propiedad en posesión del deudor, el derecho inglés de quiebras aplica los principios de justicia de formas que son razonables pero no necesariamente o siempre las únicas razonables, ni siquiera las más razonables, entre las posibles. Se han planteado

³⁴ Más arriba todavía en el listado, sea o no sea correcto, se sitúa la pretensión de un aprendiz o practicante de ser liberado de sus obligaciones respecto de su maestro o de su jefe en quiebra, y de recibir el pago adecuado proporcional de sus honorarios por la práctica o pasantía.

dudas, razonablemente si no convincentemente, por ejemplo, acerca de la prioridad asignada a las pretensiones sobre los impuestos impagos, y acerca de la doctrina (expandida por los tribunales tanto en Inglaterra como en EE.UU.) según la cual la propiedad “determinable” que el deudor insolvente posee en fideicomiso (real o incluso construido por el derecho) puede ser reclamada directamente por el “beneficiario” y está excluida del fondo común.

En quinto lugar, muchas características del derecho de quiebras son mecanismos para disuadir y/o evitar los efectos del fraude, *i.e.* de los intentos del deudor por evadir sus deudas o el proceso por quiebra, o de vivir mejor de lo que le permiten sus propios medios, a expensas de sus acreedores, o de contraer nuevas deudas con personas desprevenidas, o de preferir a uno de sus acreedores antes que a los otros, sin una razón legítima. El derecho tiene que determinar las exigencias de la justicia en una sociedad donde las personas son sólo parcialmente sumisas e imperfectamente justas.

En sexto lugar, el mismo derecho de quiebras puede convertirse en instrumento de injusticia, sobre todo por obra del mismo fallido. Porque es ciertamente posible, y en algunas partes no infrecuente, que alguien que podría pagar sus deudas justas si quisiera elija en cambio verlas canceladas por la quiebra, sometiéndose a una incomodidad transitoria en aras de una futura libertad respecto de las dificultades financieras, una libertad que su propia acción puede denegar a sus frustrados acreedores (por ejemplo, pequeños comerciantes) o a otros (por ejemplo, estudiantes como él, para quienes ahora podrían cerrarse valiosas fuentes de crédito). Ningún sistema de derecho puede asegurar la justicia si sus mismos súbditos, para no hablar de sus funcionarios, son indiferentes a la justicia.

En séptimo lugar, cualquier precepto legal sobre la insolvencia debe lograr un ajuste entre aspectos de la justicia que, en circunstancias particulares, compiten entre sí. La idea general de la quiebra es hacer un ajuste de este tipo entre la justicia comutativa y la distributiva, en las circunstancias peculiares de la insolvencia. Pero en particular, además, hay numerosos compromisos entre, por ejemplo, la velocidad (pues es un aspecto de la justicia que las deudas justas sean pagadas en el momento prometido y que la distribución a los necesitados se realice cuando lo necesitan) y la certeza (pues es un aspecto de la justicia que las personas que tienen pretensiones justas no deberían perderlas por un descuido momentáneo o por una ausencia temporal, y que las personas que no tienen una pretensión justa no deberían recibir un pago basado en una alegación inadecuadamente comprobada). Deben adoptarse reglas *generales* y claras sobre el procedimiento, la prueba, las notificaciones, los plazos, la apelación, etc., a pesar de que su misma generalidad y claridad —fuente de su valor en la lucha por hacer justicia— acarrearía a veces que determinadas partes no logren asegurar la sa-

tisfacción de sus pretensiones justas. No es que tales contingencias fueran imprevistas, sino que proveer exhaustivamente contra ellas frustraría "para los efectos prácticos" las pretensiones justas de muchos más.

Finalmente, vale la pena prestar atención al derecho de quiebras, como uno de los pocos casos en que se lleva a cabo una distribución formal de un acervo o fondo común. Más en general, en las sociedades que, para el bienestar omnicomprensivo de sus miembros, se han hecho complejas, y que reconocen el valor de la autonomía individual a la vez como un aspecto de la realización humana y como un factor de progreso económico, se hace frente a las pretensiones de la justicia distributiva estableciendo modelos de propiedad, herencia, contratos, tributación, etc., que *tienden* a contrapesar el crecimiento de las desigualdades *de facto* (surgidas ya de pérdidas catastróficas ya de acumulación ilimitada) dentro de una estructura que, por ocuparse formalmente de un *proceso* de satisfacción fragmentaria de pretensiones particulares de justicia comutativa, permitiría de otra manera desigualdades ilimitadas. Esto es razonable, tanto (a) porque los criterios razonables para valorar la justicia distributiva no generan un único modelo de distribución (ni siquiera un conjunto determinable de modelos) en el que todos los hombres razonables estarían obligados a concordar, como, más fundamentalmente, (b) porque asegurar y mantener un modelo de distribución sin referencia a ninguna de las liberalidades, responsabilidades y pretensiones comutativamente justas que los individuos, las familias u otros grupos crean para sí mismos, sólo sería posible si se sofocara toda iniciativa individual y se pasaran por alto los actos de injusticia de todo individuo. No puede sostenerse razonablemente, si no es en relación con proyectos muy limitados, una distinción recíprocamente excluyente entre "situaciones finales" que pueden ser valoradas como distributivamente justas y "procesos" que crean y satisfacen pretensiones y responsabilidades de justicia comutativa. A escala de la comunidad completa, que busca el bien común de la plena realización de todos sus miembros, la distinción falla (i) porque la realización de las personas incluye entre sus aspectos intrínsecos (en cuanto distintos de los medios puramente extrínsecos) la oportunidad de comprometerse en determinados procesos (tales como dar y recibir, elegir los propios compromisos y en qué invertir la habilidad o el esfuerzo, etc.), y (ii) porque la existencia de tal comunidad es de realización radicalmente ilimitada, con miembros que están continuamente naciendo en ella, marchándose y muriendo, de tal manera que ni un solo espacio de tiempo (por referencia al cual podría valorarse un modelo como justo en sentido puramente distributivo) tiene la condición privilegiada de una "situación final".

Recordando una discusión anterior (Capítulo V.6), podemos ahora añadir: el sueño de una justicia puramente distributiva comparte con el con-

secuencialismo utilitarista la ilusión de que el bien humano es adecuadamente cuantificable, la ilusión de que la búsqueda del bien común es la búsqueda de un objetivo alcanzable de una vez por todas, como hacer una *omelette*, y la ilusión de que es razonable postular un punto o espacio de tiempo privilegiado por referencia al cual las consecuencias de las acciones podrían teóricamente ser resumidas y evaluadas, asignadas y distribuidas.

NOTAS

VII.1

"Justicia respecto de uno mismo" y *"justicia en el alma"*... Sigo a Aristóteles al desechar estas extensiones metafóricas y al centrar la atención en las relaciones entre personas distintas: véase *Et. Nic.* V, 11: 1138a4-b13.

Juego terminológico sobre "derecho", "right", "rights", etc... Esto no se limita sólo a los idiomas europeos modernos. Véase el análisis de la palabra barotse *tukelo* y de las voces afines, cuyo significado equivale al inglés (español) *"right"* ("correcto"), *"a right"* ("un derecho"), *"straight"* ("recto"), *"upright (just)"* ("honrado [justo]"), *"duty"* ("deber"), y *"justice"* ("justicia"): Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse* (Manchester: 1955), pág. 66.

Orientación-hacia-otro, deber e igualdad... La extracción de estos elementos desde la cantera del tratado sobre la justicia de Aristóteles (que a su vez era una extracción de Platón y del lenguaje común) es obra de Tomás de Aquino: sobre la orientación-hacia-otro, véase *S.T.* II-II, q. 57, a. 1c; q. 58, aa. 1c, 2; q. 80, a. un. c; sobre la igualdad, véase I-II, q. 114, a. 1c; II-II, q. 57, a. 1 ad 3, a. 2c; q. 61, a. 2 ad 2; q. 157, a. 3c; sobre el *debitum*, que Tomás de Aquino debe tanto a la lengua latina como al Derecho Romano, véase I, q. 21, a. 1 ad 3; I-II, q. 60, a. 3c; II-II, q. 58, aa. 10c, 11c; también q. 58, a. 1 ad 6 y a. 3 ad 2; q. 122, a. 1c. Al inicio de su análisis sobre la justicia, Tomás de Aquino pone la máxima de los juristas romanos *"justitia est constans et perpetua voluntas jus suum [uni]cuique tribue[ndi]"*, *Digesto* I, 1, de *Justitia et Jure*, 10; también *Instituta* I, 1, 1. Cercana al análisis de Tomás de Aquino está la síntesis ecléctica de Cicerón, *De Finibus*, V, xxiii, 65-7.

Igualdad "aritmética" y "geométrica"... Ésta es la *differentia* que más enfatiza Aristóteles al distinguir la justicia distributiva de la correctiva: *Et. Nic.* V, 3-4: 1131a10-1132b20, esp. 1131b12, 1132a2.

VII.2

De la justicia "legal" a la "general"... Sobre la importancia del esfuerzo de Aristóteles por clarificar las connotaciones de *dikaion*, véase *Gauthier-Jolif*, II, 1, págs. 335-6. Aristóteles está cerca de llamar a su "justicia legal" también "justicia general": *Et. Nic.* V, 1: 1130b15-16. El énfasis terminológico es de alguna manera trasladado por Tomás de Aquino desde "justicia legal" a "justicia general", pero se retiene "justicia legal": *S.T.* II-II, q. 58, aa. 5c, 6c; a. 7, tit. y obj. 3; I-II, q. 60, a. 3 ad 2. Sobre las infor-

tunadas consecuencias posteriores derivadas de la retención de la expresión "justicia legal" por parte de Tomás de Aquino, véase la sección VII. 6. Más allá de cuestiones terminológicas, sin embargo, es importante reconocer que Aristóteles usa la expresión "justicia legal" (*dikaion... nomikon*) sobre todo porque todo su análisis centra la atención en la *polis*, en la que la vida humana toda está regulada por la ley positiva: véase *Pol.* I, 1: 1253a38-40; *Et. Nic.* V, 1: 1129b12, 18-19; 6: 1134a30-36, b13-15; esto lleva a la notoria falta de claridad de su discusión de la justicia natural como distinta de la convencional (*nomikon*): 7: 1134b18-1135a6; para todo esto véase Eric Voegelin, "Das Rechte von Natur", en su *Anamnesis* (Munich: 1966), págs. 116 y sigs. En la explicación de Tomás de Aquino sobre la justicia legal o general, la restricción a la comunidad política y a la ley positiva viene claramente superada: la "ley" que es la *ratio del jus*, que es el objeto de la justicia, es primariamente la *lex naturalis* y sólo secundariamente la *lex positiva*, que se "deriva" de la *lex naturalis*: véase, e.g., *S.T.* II-II, q. 57, a. 1 ad 2; I-II, q. 95, a. 2; X.7, más adelante. Nótese, finalmente, la conexión entre la adopción de la expresión aristotélica "justicia legal" por Tomás de Aquino y su propia definición fundamental de la ley como "una ordenación de la razón para el bien común...": I-II, q. 90, aa. 1c, 2c, 4c, expresamente recordada en II-II, q. 58, a. 5; también I-II, q. 100, a. 8c. Sobre la "justicia general" entre Platón y el siglo XVII, véase G. Del Vecchio, *Justice* (ed. A. H. Campbell, Edinburgh: 1952), Cap. II, especialmente las notas.

VII.3

La justicia distributiva se refiere a la asignación a los individuos de lo que es "común"... Véase *Et. Nic.* V, 2: 1130b31-33; 4: 1131b27-32; *S.T.* II-II, q. 61, a. 1c y ad 5. Sobre la importancia de no confundir este "id quod est commune" divisible (acervo común, inconvenientes de la empresa común, etc.) con "el bien común", véase P.D. Dognin, "La notion thomiste de justice face aux exigences modernes" (1961) 45 *Rev. des Sc. Phil. et Théol.* 601, 615, 620, 627; "La justice particulière comporte-t-elle deux espèces?" (1965) 65 *Rev. Thom.* 398, 403, 408. El bien común que es el objeto (y el objetivo) de toda justicia, lógicamente, no puede ser distribuido.

El bien común exige que la individualidad no sea absorbida en las empresas comunes... Esto no es más paradójico que los principios análogos de que la privacidad es un bien que los órganos de la comunidad deberían defender, o de que hay un interés público en mantener la confidencialidad de ciertos tipos de comunicación personal.

Las empresas comunes deberían existir para ayudar a los individuos a ayudarse a sí mismos... Sobre este principio de justicia, véase la nota sobre "subsidiariedad", al final del Capítulo VI.5, más arriba. Para su aplicación a la cuestión de la propiedad, en la enseñanza de la Iglesia Católica sobre la "ley natural", véase e.g. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes: Constitución Pastoral de la Iglesia en el Mundo Moderno* (1965), págs. 65, 69, y referencias.

Propiedad privada... Para un análisis de los elementos del significado focal de "propiedad privada", véase A. M. Honoré, "Ownership", en A. G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford: 1961), págs. 107-47. Para un tratamiento amplio del lugar de la empresa y de la propiedad privadas en una economía social justa, véase J.

Messner, *Social Ethics: Natural Law in the Modern World* (St. Louis: 1949), págs. 697-947, esp. 785-800.

VII.4

Igual derecho de todos a una consideración respetuosa en la distribución... Véase R. M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: 1977), págs. 180, 227, y (con un comentario ambiguo, y discutibles conclusiones extraídas de una “teoría parcial” del bien humano) 273. Nótese, además, que, si ha de ser considerado como “el principio formal de la justicia”, el mandato de “tratar de manera semejante los casos semejantes” debe tomarse en un sentido más que puramente formal; debe, por ejemplo, tratar implícitamente a todos los seres humanos como semejantes en su humanidad y en su derecho básico a ser tratados de forma distinta de los animales y a ser tratados por el agente, a quien se dirige el mandato, como “semejantes” a sí mismo en su capacidad fundamental de ser sujetos de plena realización humana: véase, con reservas, Del Vecchio, *Justice*, Cap. 8; véase también Finnis, “The Value of the Human Person” (1972) 27 *Twentieth Century* (Australia), 126-37. Quienes proponen que los animales tienen derechos tienen una deficiente apreciación de las formas básicas de bien humano. En la raíz de su pretensión se encuentra la concepción de que el bien consiste esencialmente en sensibilidad (cfr. IV.5); porque sólo la sensibilidad es común a los seres humanos y a los animales de los cuales se dice que poseen derechos. (Porque ellos no se preocupan de la vida en cuanto tal, o ni siquiera de la vida animal en cuanto tal: no proponen que se impida a los fagocitos de su sangre destruir la vida extraña). Incluso si consideramos los bienes humanos corporales, y éstos simplemente tal como los experimentamos, vemos que la calidad de esta experiencia es muy diferente de la conciencia meramente animal, puesto que se la experimenta como expresión de una decisión, de una elección, de la capacidad de reflexión, del compromiso, como el gozo de un logro, o de la autodisciplina o de la abnegación, y como la acción de una personalidad responsable. Los bienes humanos básicos no son formas abstractas, como “la vida” o “la vida consciente”: son buenos en cuanto aspectos de la plena realización de una persona. Y si los defensores de los derechos de los animales apuntan hacia bebés muy pequeños, o hacia personas muy ancianas y deterioradas o mentalmente incapaces (¿o hacia alguien dormido?), y preguntan cómo difiere empíricamente su estado del de un perro amistoso, despierto y plenamente realizado, y exigen saber por qué se reconoce a los primeros el respeto debido a los titulares de derechos mientras que al segundo no, debemos responder que el respeto por el bien humano razonablemente se extiende tanto cuanto el ser humano, y no se ha de extinguir por la circunstancia de que los acontecimientos o “accidentes” de la vida hayan privado a un ser humano particular de la oportunidad de realizarse plenamente.

*¿Exige la justicia que entreguemos virtualmente todo para alimentar a los que mueren de hambre en cualquier lugar del mundo?... Para la sugerencia de que sí lo exige (“quizás hasta el punto de la utilidad marginal”), véase P. Singer, “Famine, Affluence and Morality” (1972) 1 *Phil. Pub. Aff.* 229, pág. 234. Muchos elementos de la metodología ética y de la Weltanschauung están implicados en cualquier análisis de este punto. En la medida en que la sugerencia se basa en una negación de la importancia mo-*

ral de la distinción entre acciones y omisiones, nótese que no todas las implicancias de esa negación tienen la “edificante” calidad de la sugerencia misma. De este modo Glover, *Causing Death and Saving Lives*, págs. 104-6, restringe la pretensión del Padre Zossima de que “cada uno de nosotros es responsable por todos los demás en todas las formas” (VII,4, nota 16), observando que nuestro tiempo es limitado, de tal manera que la selección de prioridades es inevitable. A partir de aquí argumenta que su rechazo de la distinción entre acción y omisión “no implica la opinión de que... los padres que juegan con sus hijos deberían, en vez de eso, estar tratando de conseguir dinero para el Comité Oxoniano de Ayuda Contra la Hambruna (Oxfam). (Pero sí nos hace formularnos la inquietante pregunta: ¿mataríamos personas si fuera necesario para la realización de [tales] actividades?... Siempre existe, para aquellos de nosotros que rechazamos la doctrina que distingue las acciones de las omisiones, la inquietante pregunta de hasta qué punto pensaríamos que es legítimo matar gente, para obtener cosas que hagan la vida interesante para el resto de nosotros... Esta pregunta dostoievskiana, si se toma en serio, es probable que nos force a reconsiderar tanto cuán justificable es para nosotros pasar el tiempo jugando con nuestros hijos en vez de ayudar a luchar contra la hambruna como la cuestión de si los actos positivos de matar son realmente tan difíciles de justificar como comúnmente suponemos...)”. Dejando de lado el extraño procedimiento de Glover de formular las cuestiones de razonabilidad práctica en términos de lo que “nosotros haríamos” o “pensaríamos”, y de lo que es “probable” que hagamos o pensemos, no puede decirse que su muy sincero libro esboce siquiera una respuesta para estas cuestiones. Esto no equivale a decir que la distinción entre acción y omisión es siempre moralmente decisiva o importante; tampoco equivale a decir que la siguiente máxima, adoptada por el Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes* (1965), parág. 69, tomada del *Decretum* de Gratiano (c. 1140), Cap. 21, dist. 86, carece de aplicación: “Alimenta al que muere de hambre, porque si tú no lo alimentas lo estás matando”.

Utilitarismo clásico y contemporáneo... Al valorar la nueva concepción utilitarista de la justicia desarrollada en el libro de Glover, y en otros escritos recientes, téngase en mente el comentario de G. E. M. Anscombe sobre una fase más temprana en el desarrollo del utilitarismo: “podemos enunciar la tesis de este modo: no hace ninguna diferencia en la responsabilidad de un hombre por un efecto de su acción, que puede prever, el hecho de que él no lo quiera. Ahora bien, esto suena bastante edificante; pienso que es bastante característico de degeneraciones muy malas del pensamiento sobre tales cuestiones el que suenen edificantes” (“Modern Moral Philosophy” [1958] 33 *Philosophy* 1, pág. 11). La diferencia entre la tesis ahí mencionada y la tesis nueva es simplemente que los nuevos utilitaristas condenan como moralmente irrelevante la distinción entre acciones y omisiones, que los antiguos utilitaristas conservaron de la cultura moral no-utilitarista en que fueron educados. Véase Glover, *op. cit.*, pág. 94.

VII.5

“*Synallagmata*” debe entenderse de una manera no restringida a “intercambios”... Véase Gauthier-Jolif, II, 1, pág. 350.

“*Justicia correctiva*”... Para la traducción de *diorthotikon*, y para la crítica de la restricción aristotélica de esta segunda categoría de justicia particular, véase Gauthier-

Jolif, II, 1, págs. 358-9; también págs. 369-72 ; cfr. *Del Vecchio, Justice*, pág. 61. La fascinación de la restricción de Aristóteles puede verse en Hart, *Concept of Law*, págs. 154-5, donde la “aplicación primaria de la justicia” se dice que corresponde “a cuestiones de distribución y compensación”. Para la ingeniosa conexión que hace Hart entre la “reparación” y su “principio general... de justicia” (“tratar de manera semejante los casos semejantes y de manera diferente los casos diferentes”), véase *Concept of Law*, págs. 160-1.

La invención de Tomás de Aquino: “*justicia commutativa*”... Gauthier y Jolif, *op. cit.*, pág. 370, argumentan que la invención descansa en un malentendido ocasionado por la ambigua traducción latina de Aristóteles que usó Tomás de Aquino. Esto parece improbable, en vista del tratamiento de la justicia commutativa extremadamente detallado que Tomás de Aquino emprendió en *S.T. II-II*, qq. 64-78, y en vista de las lagunas conceptuales dejadas por el énfasis de Aristóteles en la corrección. Para un ejemplo del uso amplio que hace Tomás de Aquino de *commutatio*, véase *e.g.* *II-II*, q. 80, a. un. ad 4; pero la verdadera prueba es el rango de tópicos que trata bajo el encabezado de la justicia commutativa, esbozado en *II-II*, q. 61, a. 3c.

Justicia distributiva, justicia commutativa, y el acto de emitir el juicio por el juez... Véase Tomás de Aquino, *S.T. II-II*, q. 63, a. 4 ad 1.

Compensación de daños personales... Véase P. S. Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law* (London: 1970). Para el cambio conceptual del moderno derecho de daños hacia un intento de “distribuir riesgos y pérdidas”, véase *e.g.* J. G. Fleming, *Law of torts* (5^a ed., Sydney: 1977), págs. 9-10.

Limitación de la responsabilidad en el derecho de los contratos... Para un sugestivo análisis de acuerdo con la línea que hemos adoptado aquí, véase F. H. Lawson, *Remedies of English Law* (Harmondsworth: 1972), págs. 336-8, 104-9, 177-9. Para una crítica de los desarrollos recientes, desde la perspectiva de la justicia commutativa, y que vincula esos desarrollos con una teoría de la obligación contractual basada en el “riesgo” (vinculada ella misma al análisis de Holmes de la obligación contractual, criticado más adelante, XI.5), véase Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (ed. rev. 1954), págs. 164-8.

VII.6

El modelo triádico: distributiva-commutativa-legal... Para una de las innumerables exposiciones que adoptan este modelo, véase H. Rommen, *The Natural Law* (St. Louis-London: 1947), pág. 67. Para referencias a algunas fuentes, y el reconocimiento de que el modelo deforma tanto a Aristóteles como a Tomás de Aquino, véase Del Vecchio, *Justice*, págs. 35-6; también págs. 37-9, que sugiere acertadamente que la expresión “justicia social” usada en la reciente enseñanza social católica es equivalente a la “justicia legal” de Tomás de Aquino, y se utiliza para llenar la laguna dejada por la ubicación errada de la justicia legal en el modelo triádico. Para un resultado similar, y de manera más fundamental, véase P.-D. Dognin, “La notion thomiste de justice face aux exigences modernes” (1961) 45 *Rev. des Sc. Phil. et Théol.* 601-40; “La justice particulière comporte-t-elle deux espèces?” (1965) *Rev. Thom.* 398-425. Para la prioridad de Cayetano, véase *ibid.* (1965), págs. 415-16; (1961), págs. 624-38. Para los intentos

de interpretar "triádicamente" a Aristóteles, con el propósito (no compartido por Cayetano) de asimilarlo al triple principio de justicia propuesto por el *Digesto I, 1, 10* (Ulpiano) ("honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere"), véanse las referencias en Del Vecchio, *Justice*, págs. 25-6, 63-4; y G. Grua, *La justice humaine selon Leibniz* (París: 1956), págs. 80-3.

Nozick sobre la redistribución de la propiedad... Para una crítica de la posición de Nozick con otros fundamentos, compatibles con los propuestos aquí (aunque muy dudosos de la justicia de la propiedad privada), véase A. M. Honoré, "Property, Title and Redistribution" (1977) 10 *Arch. R. S. P.* 107-15.

VII.7

Dudas sobre el orden de prioridad en la distribución en caso de quiebra... Véase e.g. Lawson, *Remedies of English Law*, págs. 181-94, 338-41.

"Situaciones finales" y "procesos" ... La discusión de Nozick en *Anarchy, State and Utopia*, págs. 153-64, es valiosa, pero no logra alcanzar el punto fundamental que hemos establecido aquí en el texto. Este punto fundamental es expresado por Aristóteles en su importante distinción entre razonabilidad práctica (*phronesis*) y habilidad técnica (*techne*) (con otras palabras, entre "obrar" y "hacer", entre "acción" y "producción"): "la producción se dirige hacia un fin distinto de la producción misma, mientras que al obrar (en la acción) el fin no puede ser otro que el acto mismo: obrar bien [*eupraxis*] es en sí mismo el fin [*telos*]": *Et. Nic.* VI, 4: 1140b3-6; véase también II, 4: 1105a32; y John M. Cooper, *Reason and Human Good in Aristotle* (Cambridge, Mass.: 1975), págs. 2, 78, 111. Más gráfico, quizás, es Cicerón, *De Finibus III*, vii, 24: "La sabiduría no es como la náutica o la medicina, sino como las artes de actuar o de bailar —porque su fin, al ser el ejercicio efectivo del arte, se encuentra contenido dentro del arte, y no es algo extraño a él". Ésta es la raíz del principio de la función *subsidiaria* de la empresa común (un principio de justicia: VII.3, más arriba).

de interpretar "triádicamente" a Aristóteles, con el propósito (no compartido por Cayetano) de asimilarlo al triple principio de justicia propuesto por el *Digesto* I, 1, 10 (Ulpiano) ("honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere"), véanse las referencias en Del Vecchio, *Justice*, págs. 25-6, 63-4; y G. Grua, *La justice humaine selon Leibniz* (París: 1956), págs. 80-3.

Nozick sobre la redistribución de la propiedad... Para una crítica de la posición de Nozick con otros fundamentos, compatibles con los propuestos aquí (aunque muy dudosos de la justicia de la propiedad privada), véase A. M. Honoré, "Property, Title and Redistribution" (1977) 10 *Arch. R. S. P.* 107-15.

VII.7

Dudas sobre el orden de prioridad en la distribución en caso de quiebra... Véase e.g. Lawson, *Remedies of English Law*, págs. 181-94, 338-41.

"Situaciones finales" y "procesos"... La discusión de Nozick en *Anarchy, State and Utopia*, págs. 153-64, es valiosa, pero no logra alcanzar el punto fundamental que hemos establecido aquí en el texto. Este punto fundamental es expresado por Aristóteles en su importante distinción entre razonabilidad práctica (*phronesis*) y habilidad técnica (*techne*) (con otras palabras, entre "obrar" y "hacer", entre "acción" y "producción"): "la producción se dirige hacia un fin distinto de la producción misma, mientras que al obrar (en la acción) el fin no puede ser otro que el acto mismo: obrar bien [*eupraxis*] es en sí mismo el fin [*telos*]": *Et. Nic.* VI, 4: 1140b3-6; véase también II, 4: 1105a32; y John M. Cooper, *Reason and Human Good in Aristotle* (Cambridge, Mass.: 1975), págs. 2, 78, 111. Más gráfico, quizás, es Cicerón, *De Finibus* III, vii, 24: "La sabiduría no es como la náutica o la medicina, sino como las artes de actuar o de bailar —porque su fin, al ser el ejercicio efectivo del arte, se encuentra contenido dentro del arte, y no es algo extraño a él". Ésta es la raíz del principio de la función *subsidiaria* de la empresa común (un principio de justicia: VII.3; más arriba).

CAPÍTULO VIII DERECHOS

SUMARIO: VIII.1. Derechos "naturales", "humanos" o "morales".— VIII.2. Un análisis del lenguaje de los derechos.— VIII.3. ¿Son los deberes "anteriores a" los derechos?— VIII.4. Los derechos y el bien común.— VIII.5. La especificación de los derechos.— VIII.6. Los derechos y la igualdad de consideración y respeto.— VIII.7. Derechos humanos absolutos.— Notas.

VIII.1. DERECHOS "NATURALES", "HUMANOS" O "MORALES"

Casi todo en este libro versa sobre los derechos humanos ("derechos humanos" es un modismo contemporáneo para "derechos naturales": yo uso las expresiones como sinónimos). Porque, como veremos, la gramática moderna de los derechos proporciona una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica. En realidad, esta gramática tiene un alcance tan extenso y flexible que su estructura es generalmente entendida de un modo bastante pobre; los malentendidos en las discusiones sobre los derechos, y sobre determinados (pretendidos) derechos y su extensión, son por consiguiente bastante frecuentes. Por esta razón, y también porque tanto la *justificación* explicativa de las pretensiones jurídicas como la armonización de muchas pretensiones jurídicas en conflicto nos exigen que identifiquemos valores y principios que no necesitan expresarse en términos de derechos, el análisis explícito de los derechos ocupa sólo este único capítulo. Pero el lector que siga el argumento de este capítulo fácilmente podrá traducir la mayor parte de los análisis precedentes sobre la comunidad y la justicia, y los análisis posteriores sobre la autoridad, el derecho y la obligación, al vocabulario y gramática de los derechos (ya sean "naturales" o "legales").

Este vocabulario y gramática de los derechos deriva del lenguaje de los abogados y juristas, y se encuentra fuertemente influido por sus orígenes. Así, aunque nuestro interés se refiere principalmente a los derechos humanos o naturales a los que se puede apelar estén o no incorporados al derecho de alguna comunidad, será útil dedicar la próxima sección a resumir los resultados del análisis jurídico contemporáneo del lenguaje de los derechos.

Porque veremos que la lógica que podemos descubrir en los usos jurídicos del término “un derecho” y de sus afines es en gran medida aplicable en la comprensión del lenguaje “moral” de los derechos. (Los derechos humanos o naturales son los derechos morales fundamentales y generales; se pueden llamar “humanos” o “naturales” los derechos morales particulares o concretos —por ejemplo, el derecho de Jaime a que su correspondencia privada no sea leída por Juan durante su ausencia de la oficina hoy—, pero es más corriente llamarlos derechos “morales”, derivados, por supuesto, de las formas generales de derechos morales, *i.e.* de los derechos humanos: la distinción así trazada por el uso no es, sin embargo, muy firme o clara).

VIII.2. UN ANÁLISIS DEL LENGUAJE DE LOS DERECHOS

El jurista norteamericano Hohfeld, basándose en obras jurídicas precedentes, publicó un análisis de los derechos que, aunque entendido pobremente por muchos de sus exponentes, abarca satisfactoriamente un rango amplio de usos del término “un derecho” y de sus afines por los abogados —aunque no abarca, como veremos, todos esos usos. Alejándonos del estilo de exposición de Hohfeld, podemos decir que los postulados fundamentales de su sistema son: (i) que todas las afirmaciones o asignaciones de derechos pueden reducirse sin residuos a asignaciones de uno o una combinación de los siguientes cuatro “derechos hohfeldianos”: (a) “derecho-exigencia” (llamado por Hohfeld “derecho *stricto sensu*”), (b) “libertad” (llamada por Hohfeld “privilegio”), (c) “poder”, y (d) “inmunidad”; y (ii) que afirmar un derecho hohfeldiano es afirmar una relación de tres términos entre una persona determinada, una descripción de un tipo de acto y otra persona determinada. Estos dos postulados, complementados con un vocabulario en parte de uso corriente y en parte inventado *ad hoc*, generan las siguientes relaciones lógicas (donde A y B significan personas, naturales o jurídicas, y Φ es una descripción que significa algún acto):

- (1) A tiene un *derecho-exigencia* a que B haga Φ , si y sólo si B tiene un *deber* para con A de hacer Φ .
- (2) B tiene una *libertad* (en relación con A) para Φ , si y sólo si A *no tiene* *ningún-derecho-exigencia* (tiene “una ausencia-de-derecho”) a que B no haga Φ .
- (2') B tiene una *libertad* (en relación con A) para no Φ , si y sólo si A *no tiene* *ningún-derecho-exigencia* (tiene “una ausencia-de-derecho”) a que B haga Φ .
- (3) A tiene un *poder* (en relación con B) para Φ , si y sólo si B tiene la *carga* de que su posición jurídica sea modificada porque A haga Φ .

- (4) B tiene una *inmunidad* (en relación con que A haga Φ), si y sólo si A no tiene poder (*i.e.* tiene una *incapacidad*) para cambiar la posición jurídica de B haciendo Φ .

Se observará que la referencia de “ Φ ” en (3) y (4) indica un acto (un “acto jurídico”) ¹ que se define al menos en parte por referencia a su efecto sobre las relaciones jurídicas, mientras que en (1), (2) y (2’), “ Φ ” puede denotar tanto actos jurídicos como, más comúnmente, actos (“naturales”) ² plenamente definibles sin referencia a su efecto sobre las relaciones jurídicas (aunque el acto puede implicar tal efecto bajo un determinado régimen jurídico y en consecuencia puede ser objeto de una definición jurídica en ese régimen). Podría pensarse que en el análisis de los derechos humanos, fuera del contexto de los regímenes jurídicos particulares, las relaciones del tipo (3) y (4) desempeñarán un papel muy reducido o nulo. Pero, aunque los poderes y las inmunidades respecto del ejercicio de los poderes ciertamente desempeñan en tales análisis un papel menos prominente que los derechos-exigencias y las libertades, sería un error pasarlo por alto. Porque allí donde A puede conceder a B el permiso para hacer algo que de otra manera él (B) tendría el deber (moral) de no hacer, se puede decir que A tiene un derecho de un carácter muy similar a un poder jurídico hohfeldiano; y allí donde los derechos-exigencias, las libertades y los poderes morales de A no pueden ser afectados simplemente por las pretendidas concesiones de permisos por B a C, se puede decir que los derechos de A implican o están reforzados por un derecho del mismo tipo que una inmunidad hohfeldiana.

Con todo, el más importante de los servicios prestados a la claridad de pensamiento por el modelo de Hohfeld es la distinción entre el *derecho-exigencia* de A (que tiene como su correlato el deber de B) y la *libertad* de A (qué es la libertad de A respecto del deber y por ende tiene como su correlato la ausencia o negación del derecho-exigencia que B tendría en caso contrario). Un derecho-exigencia siempre es o bien, positivamente, un derecho a recibir algo de otro (o a ser asistido por él de alguna manera), o bien, negativamente, un derecho a *no ser* obstaculizado o considerado o tratado de una determinada manera por otro. Cuando la materia de la propia pretensión jurídica es el o los propios actos, restricciones u omisiones, esa pretensión no puede ser la de un derecho-exigencia, sino que sólo puede ser la de una libertad (o, en el caso de los actos jurídicos, de un poder). Desde luego, la propia libertad de actuar del modo especificado puede ser realizada y protegida por un derecho o conjunto de derechos *adicionales*, *viz.* el o los derechos-

¹ Por ejemplo, comprar, vender, dar en arrendamiento con opción de compra, ceder un crédito, casarse, pagar, dictar sentencia en juicio, promulgar una ley...

² Por ejemplo, caminar, golpear, viajar en avión, difamar...

exigencias a no ser obstaculizado por B, C, D... al ejercitar uno su libertad. Pero una libertad protegida de este modo por un derecho-exigencia no es un tipo distinto de derecho hohfeldiano; es una conjunción, nunca lógicamente necesaria pero siempre beneficiosa para el titular de la libertad, de dos distintas relaciones hohfeldianas (cada una de las cuales, por supuesto, puede ser, y normalmente es, "multilateral", i.e. se da de idéntica forma no sólo entre A y B, sino también entre A y C, A y D, A y...). En el derecho, tales conjunciones de una libertad con un derecho-exigencia son a menudo complementadas por ulteriores conjunciones de derechos, por ejemplo, por el derecho-exigencia a la compensación en caso de interferencia ilegitima (i.e. contraria al deber) con la libertad, y/o por la libertad subsidiaria de recurrir a la defensa propia o de recurrir a los tribunales en defensa de la propia libertad sustantiva, y/o por el poder de entablar procedimientos legales o de renunciar a exigir el cumplimiento del deber, etc. La mayor parte de los "derechos legales", incluso cuando no son multilaterales, son de hecho combinaciones, a menudo muy complejas, de derechos hohfeldianos; la ambición de Hohfeld era hacer que cualquier derecho legal, como el indiferenciado "derecho legal de A a recibir diez libras esterlinas según este contrato", pudiera, sin residuos, resolverse en o traducirse a los derechos hohfeldianos que lo componen.

Ha sido demostrado recientemente, sin embargo, que tal traducción, aunque siempre puede ser posible (al menos en principio), de todos modos puede ser incapaz de proporcionar una elucidación completa de las atribuciones de derechos que hacen los juristas. Los juristas hablan frecuentemente de los derechos no como relaciones de tres términos entre dos personas y un acto de cierto tipo, sino como relaciones de dos términos entre las personas y una materia o una cosa (en sentido amplio); por ejemplo, el derecho de alguien a diez libras esterlinas según un contrato, o a (una participación en) un determinado bien inmueble, o a los derechos de representación de una ópera. La razón por la que tal atribución de dos términos de los derechos es preferida por los juristas, en muchos contextos, es ésta: confiere unidad inteligible a una serie temporal de los muchos y variados conjuntos de derechos hohfeldianos que un mismo y único conjunto de reglas proporciona en momentos distintos para asegurar y dar contenido a un objetivo subsistente único. Para usar el ejemplo más simple: si A tiene el derecho a diez libras esterlinas según un contrato, él puede en un momento tener un derecho-exigencia hohfeldiano a que B le pague diez libras esterlinas, y en un momento posterior (habiendo sido asumida la deuda de B por C) otro derecho-exigencia hohfeldiano a que C le pague diez libras esterlinas; y los derechos procesales (derechos-exigencias hohfeldianos, poderes hohfeldianos, etc.) de que A goza para tutelar su derecho pueden ir cambiando, a la par o no con

el cambio entre el primer derecho-exigencia a recibir el pago de diez libras esterlinas y el posterior. No obstante, esta serie de diferentes conjuntos de derechos hohfeldianos está unificada de manera inteligible, porque las aplicaciones cambiantes de las diversas reglas jurídicas relevantes se refieren, todas ellas, a un único asunto, el "derecho a diez libras esterlinas según ese contrato", un derecho no-hohfeldiano cuyos beneficios, cargas, y apoyos y accesorios procesales, pueden modificarse, todos ellos, de un modo más o menos independiente entre sí, sin afectar "el derecho (right) en sí mismo", que es el centro constante de la preocupación del derecho (*law*).

Esta explicación de la persistencia del lenguaje de los derechos "orientado a la cosa" y "de dos términos", entre juristas familiarizados con el modelo de los derechos de Hohfeld, "orientado al acto" y "de tres términos", será digna de tenerse en cuenta cuando consideremos derechos naturales tales como "el derecho a la vida" (VIII.5). Por el momento, sin embargo, será provechoso concluir esta sucinta explicación de la lógica del lenguaje jurídico contemporáneo de los derechos refiriéndonos brevemente al debate en la teoría jurídica sobre la adecuada *explicación* de los derechos y de la lógica del lenguaje de los derechos. Este debate ha sido provocado por dos problemas diferentes, pero las principales respuestas a cada uno de estos problemas, opuestas entre sí, se superponen (como si sólo hubiera un único problema que provocara las tesis opuestas).

El primer problema es técnico. Antes de que el modelo hohfeldiano pueda aplicarse a alguna regla o a la traducción de cualquier lenguaje de los derechos no-hohfeldiano, es necesario estipular al menos un postulado definicional ulterior, que Hohfeld omitió proporcionar (al menos, expresamente). Porque, supuesto que B tiene un *deber* cuando, en virtud de una regla determinada, se le exige que actúe de una determinada manera, ¿cuándo diremos que existe un derecho-exigencia correlativo a este deber? ¿Y en quién reside este derecho-exigencia? A estas preguntas hay dos respuestas opuestas. La primera respuesta es que hay un derecho-exigencia correlativo al deber de B si y sólo si hay una persona determinable A en cuyo beneficio ha sido impuesto el deber, en el sentido de que él ha de ser el destinatario de la ventaja (presumible) derivada del cumplimiento de o la conformidad con su deber por parte de B; y que esa persona A tiene el derecho-exigencia correlativo al deber de B. La respuesta alternativa es que hay una persona A con un derecho-exigencia correlativo al deber de B, si y sólo si hay alguna persona A que tiene el poder de entablar una apropiada acción legal de reparación en el caso de que B deje de cumplir su deber. Parece que el mismo Hohfeld habría preferido esta última respuesta si hubiera enfrentado directamente la pregunta. Pero ninguna de las dos respuestas se refleja de manera consistente en el discurso jurídico. Considérese, por ejemplo, un ordena-

miento jurídico que (como el derecho inglés) dispone que, cuando B y C suscriben un contrato por el que C pagará una suma de dinero a A, A no tiene ningún poder para obtener el cumplimiento forzado del deber de C o para establecer alguna acción legal de reparación en el caso de que C no cumpla. Según la primera aproximación, podríamos expresar el sentido de este precepto legal diciendo que, bajo un contrato de ese tipo, A tiene un derecho-exigencia correlativo al deber de C, pero él mismo no puede obtener la satisfacción forzada de su derecho-exigencia ni hacerlo valer legalmente.³ Según la segunda aproximación, estaríamos obligados a decir que, bajo esta regulación jurídica, A simplemente no tiene derechos derivados del contrato celebrado en su beneficio. Los juristas ingleses, aunque concuerdan acerca del contenido de las reglas relevantes, de hecho oscilan entre estas dos aproximaciones. La mayoría afirma tajantemente que en el derecho inglés un tercero (A) no tiene derechos derivados del contrato. Otros, de gran autoridad, dicen que tal tercero realmente sí tiene derechos (en el sentido de derechos legales), los cuales, sin embargo, él mismo está incapacitado para hacer respetar forzadamente mediante el derecho.⁴

Quien desee, por lo tanto, aplicar el análisis hohfeldiano debe *estipular* primero cuál de estos dos significados de "derecho-exigencia" va a adoptar, y debe tener en cuenta que, cualquiera sea el que adopte, sus consiguientes atribuciones de derechos-exigencias no siempre corresponderán al lenguaje jurídico en uso. Pero más allá de este primer problema de carácter técnico, que por ende ha de resolverse simplemente estipulando cómo usará uno la expresión "derecho-exigencia", hay un problema filosófico que no se resuelve mediante una estipulación. Ésta es la pregunta: ¿cuál es, si lo hay, el principio subyacente que unifica los diversos tipos de relaciones respecto de las cuales razonablemente se dice que tienen que ver con los "derechos"? O, más toscamente: ¿hay alguna explicación general sobre qué es tener un derecho?

Las principales respuestas concurrentes a esta amplia pregunta corren paralelas y se superponen a las dos precedentes propuestas para proporcionar un significado específico a "derecho-exigencia". Por una parte, se dice que los derechos en todas sus formas son *beneficios* garantizados a las personas por reglas que regulan las relaciones entre esas personas y otras personas sometidas a esas reglas. Estos beneficios son diversos: está la ventaja

³ Podríamos agregar, según esta aproximación, que (i) B, también, tiene un derecho-exigencia correlativo al deber de C (de modo que, formalmente, C tiene un deber legal que comprende dos deberes hohfeldianos de idéntica forma) puesto que siempre (presumiblemente) va en beneficio del destinatario de la promesa el que el promitente haga honor a su promesa (aun cuando los beneficios materiales de la promesa vayan a alguien distinto del destinatario de la promesa); y (ii) B, a diferencia de A, puede obtener la satisfacción forzada de su derecho-exigencia.

⁴ Véase "Beswick v. Beswick" [1968] A. C. 58 en 71 (Lord Reid), 89 (Lord Pearce).

de ser el destinatario de las abstenciones o de los actos de servicio de otras personas; la ventaja de ser jurídica o moralmente libre para actuar; la ventaja de poder modificar la posición jurídica de uno mismo o de otros, y de ser inmune a una modificación de ese tipo (cuando reviste una forma normalmente desventajosa para cualquier afectado por esa modificación) a manos de otros; la ventaja de ser capaz de asegurar, mediante alguna acción legal, cualquiera de las ventajas precedentes o todas ellas, o al menos una compensación por la negación ilegítima de cualquiera de ellas; y finalmente, si cambiamos a los derechos de dos términos, centrados en la cosa, del lenguaje de los juristas, están las diversas ventajas constituidas por las cosas o estados de cosas que son la materia de tales derechos.

Por otra parte, se ha argumentado que la precedente teoría de los derechos "del beneficio" o "del interés" trata los derechos demasiado indiscriminadamente, como si no fueran más que el "reflejo" de reglas que imponen deberes, o liberan de deberes, o habilitan para crear, modificar o anular deberes. Esto, se dice, es perder todo el sentido de los derechos. Porque, se dice, todo el sentido y la característica unificadora de las reglas que implican o crean derechos estriba en que tales reglas reconocen específicamente y respetan la *elección* propia de una persona, ya negativamente no impidiéndola u obstruyéndola (libertad e inmunidad) ya afirmativamente otorgando efecto jurídico o moral a esa elección (derecho-exigencia y poder). De hecho, en esta perspectiva, se dice que los derechos morales pertenecen a "una rama de la moral que específicamente se preocupa de determinar cuándo la libertad de una persona puede ser limitada *por la [libertad] de otra*". Así como la teoría "del beneficio" da razón para adoptar la primera aproximación al fijar el significado del derecho-exigencia de Hohfeld, así la teoría "de la elección" da razón para adoptar la segunda aproximación. Para decirlo con Hart: "El caso de un derecho correlativo a una obligación surge entonces sólo como un caso especial de poder jurídico, en el cual el titular del derecho es libre para condonar o extinguir o hacer cumplir por la fuerza o dejar que se incumpla la obligación de otro".⁵

Pero Hart, el principal representante contemporáneo de la teoría de los derechos "de la elección" o "de la voluntad", ha concedido recientemente (al hilo de una firme defensa de ella como explicación del lenguaje de los juris-

⁵ H. L. A. Hart. "Bentham on Legal Rights", en *Oxford Essays II*, 171 en págs. 196-7; también pág. 192: "La idea es la de un individuo a quien el derecho le ha dado el control exclusivo, más o menos extenso, sobre el deber de otra persona, de tal manera que, en el área de conducta cubierta por ese deber, el individuo que tiene el derecho es un soberano a escala pequeña respecto del cual se tiene el deber". Esta imagen de "autoridad o soberanía temporal" ya está presente en Hart. "Are there any Natural Rights?" (1955), 64 *Philosophical Rev.*, reimpresso en A. M. Quinton. *Political Philosophy* (Oxford: 1967), pág. 70.

tas sobre el derecho "ordinario") que esa teoría es inadecuada para explicar cómo despliegan el lenguaje de los derechos quienes, al valorar la justicia o la constitucionalidad de las leyes, consideran "determinadas libertades y beneficios... como esenciales para el sostenimiento de la vida, la seguridad, el desarrollo y la dignidad del individuo", y por ende hablan de estas libertades y beneficios como de derechos. En tal discurso, "el núcleo de la noción de derechos no es ni la elección individual ni el beneficio individual, sino unas necesidades individuales básicas o fundamentales"⁶: en mi terminología, los aspectos básicos de la plena realización humana. A la luz de esta concepción no es necesario resolver aquí la disputa entre las teorías "del beneficio" y "de la elección", por lo que respecta a los derechos estrictamente legales. Es suficiente que, para los propósitos menos restringidos de este capítulo, con seguridad podemos hablar de derechos siempre que una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla de ahí derivada, da a A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo, *inter alia*, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna otra forma de bien) o de (ii) la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo, o de (iii) la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo.

VIII.3. ¿SON LOS DEBERES "ANTERIORES A" LOS DERECHOS?

En síntesis, la gramática y el vocabulario moderno de los derechos son un instrumento multifacético para expresar y afirmar las exigencias u otras implicaciones de una relación de justicia *desde el punto de vista de la(s) persona(s) que se beneficia(n)* de esa relación. Proporciona una manera de hablar sobre "lo que es justo" desde un ángulo especial: el punto de vista del "otro" o de los "otros" a quienes algo (incluyendo, *inter alia*, la libertad de elección) les es debido o adeudado, y a quienes se perjudicaría ilegítimamente si se les negara ese algo. Y el debate contemporáneo muestra que hay una tendencia fuerte, aunque no irresistible, a hacer todavía más especializado ese punto de vista, de tal modo que se entiende que la ventaja peculiar que (según todas las opiniones) cualquier atribución de derechos implica es la ventaja de la *libertad de acción* y/o del *poder* para afectar la libertad de acción de otros.

Todo esto puede comprenderse mejor si revisamos la historia de la palabra "derecho(s)" y su antecedente en el idioma clásico de la cultura euro-

⁶ Hart, en *Oxford Essays II*, págs. 200-1.

pea, viz. "jus". En efecto, esta historia tiene una línea divisoria, que es esencialmente la misma que vimos en la clasificación de los tipos de justicia (VII.6) y que veremos de nuevo en la explicación de la autoridad (IX.4) y de la fuente o justificación de la obligación (XI.6, XI.8).

La palabra "jus" ("ius") comienza su carrera académica en el Derecho Romano. Pero su significado en los textos romanos se ha convertido en un objeto de controversia, particularmente desde que los estudiosos se dieron cuenta de la línea divisoria. (Los juristas romanos no intentaron un análisis lingüístico de sus conceptos jurídicos estructurales). Así que es más conveniente comenzar este boceto histórico preguntando qué significaba "jus" para Tomás de Aquino, un teólogo y filósofo que, no obstante, estaba bastante bien familiarizado con los sistemas de Derecho Romano de su tiempo (especialmente el Derecho Canónico de su Iglesia). Aquí hay poca ambigüedad. Tomás de Aquino introduce su elaborado estudio de la justicia con un análisis del *jus*, comenzando por dar una lista de significados de "jus". El significado primario, dice, es "la misma cosa justa" (y con "cosa", como deja claro el contexto, él quiere decir actos, objetos y estados de cosas, considerados como materias de relaciones de justicia). Se podría decir que para Tomás de Aquino "jus" significa primariamente "lo justo" (*fair*) o "aquel que es justo"; en realidad, si se pudiera usar el adverbio "justamente" (*aright*) como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de "los justamientos" (*arights*) (más que sobre los derechos [*rights*]). Luego procede a enumerar significados secundarios y derivados de "jus" (relaciones de justicia): "el arte por el cual uno conoce o determina lo que es justo" (y los principios y reglas de este arte, añade, son la ley [*the law*]), "el lugar donde se dictamina lo justo" (*i.e.*, en los sistemas jurídicos modernos, el tribunal), y, finalmente, "el dictamen o sentencia del juez (aunque sea injusta), cuyo rol es hacer justicia".⁷

Si saltamos ahora unos 340 años al tratado sobre la ley del jesuita español Francisco Suárez, escrito c. 1610, encontramos otro análisis de los significados de "jus". Aquí se dice que el "significado verdadero, estricto y propio" de "jus" es: "una clase de poder moral [*facultas*] que todo hombre tiene, ya sobre sus propios bienes ya respecto de aquello que le es debido".⁸ El significado que para Tomás de Aquino era primario es mencionado bastante vagamente por Suárez y luego se pierde de vista; a la inversa, el significado que para Suárez es primario no aparece en lo absoluto en el análisis de Tomás de Aquino. En algún lugar entre los dos hombres hemos cruzado la línea divisoria.

⁷ S.T., II-II, q. 57, a. 1c, ad 1 y ad 2.

⁸ *De Legibus*, I, ii, 5.

Unos pocos años después de Suárez (y de forma no del todo independiente de él), Hugo Grocio comienza su *De Jure Belli ac Pacis* (1625) explicando que el significado del término *jus (jure)* en el título es “aquel que es justo”;⁹ pero ofrece luego una elaborada exposición de “otro significado de *jus...* que hace referencia a la persona; este significado de *jus* es: una cualidad moral de la persona que la habilita [*competens*] para tener o hacer algo en justicia”. Éste, dice, es el significado que de ahí en adelante va a considerar como significado “propio o estricto” de la palabra. Luego clasifica la referencia de la frase “cualidad moral”. Una cualidad de este tipo puede ser “perfecta”, en cuyo caso la llamamos una *facultas*, o “imperfecta”, en cuyo caso la llamamos una *aptitud*.¹⁰ Cuando los juristas romanos se refieren al *suum* de alguien (como en su principio definitorio de la justicia, *suum cuique tribuere*, que es sinónimo de *jus suum cuique tribu [endi]*) se están refiriendo, dice Grocio, a esta *facultas*. Y “*facultas*”, a su vez, tiene tres significados importantes: (i) poder (*potestas*), que puede ser poder sobre uno mismo (llamado libertad: *libertas*) o poder sobre otros (e.g., *patria potestas*, el poder de un padre sobre su familia); (ii) dominio (*dominium*)...; y (iii) crédito, al cual corresponde lo adeudado (*debitum*).¹¹ El significado de *facultas* mencionado en último lugar complica en cierta medida el cuadro; la tradición del derecho romano ejerce una influencia más fuerte en Grocio que en Suárez. Pero de todos modos Grocio está en el mismo lado de la línea divisoria que Suárez: *jus* es esencialmente algo que alguien *tiene*, y sobre todo (o al menos paradigmáticamente), un *poder* o una *libertad*. Si se prefiere, es el significado primario de “*jus*” de Tomás de Aquino, pero transformado *refiriéndolo exclusivamente al beneficiario* de la relación justa, sobre todo a sus acciones y posesiones.

Este cambio de perspectiva podría ser tan drástico como para sacar al titular del derecho, y su derecho, completamente fuera de la relación jurídica que está fijada por la ley (moral o positiva) y que funda el *jus* en el sentido de Tomás de Aquino: “lo que es justo”. En efecto, dentro de pocos años Hobbes ya escribe:

...*jus* y *lex*, *derecho* y *ley*... deben distinguirse; porque el *derecho* consiste en la libertad de hacer o de abstenerse de hacer; mientras que la *ley* determina y obliga a una de las dos cosas; de manera que la *ley* y el *derecho* difieren entre sí tanto como la obligación y la libertad, que respecto de una sola y misma materia son incompatibles.¹²

⁹ Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, I, I, iii.

¹⁰ *Ibid.* iv.

¹¹ *Ibid.* v.

¹² *Leviathan* (1651), Cap. XIV; en Raphael (ed.), *British Moralists*, vol. I, parág. 56. De este

El contraste entre ley (*law*) y derechos (*rights*), llevado hasta el extremo que Hobbes pretende, priva a la noción de derechos prácticamente de toda su significación normativa. Hobbes desea sostener que un hombre posee el máximo de derechos cuando se encuentra en el “estado de naturaleza”, i.e. en un vacío de ley y de obligación, puesto que “en tal condición, todo hombre tiene derecho a todas las cosas; incluso al cuerpo de otro hombre”.¹³ Pero por la misma razón bien podríamos decir que, en una situación de ese tipo, en la que nadie tiene ningún deber de no tomar cualquier cosa que quiera, *nadie tiene ningún derecho*. El hecho de que bien podríamos decir lo anterior muestra que el lenguaje ordinario moderno de “los derechos” no sigue a Hobbes hasta el final en su contraste entre ley y derechos. Tampoco lo hicieron Locke y Pufendorf; no obstante, si adoptaron su estipulación de que “un derecho” (*jus*) es paradigmáticamente una libertad.¹⁴ Sus sucesores son quienes hoy defienden la teoría de los derechos “de la elección”, que, como vimos en la sección precedente, es una de las formas que cabe elegir para explicar la mayor parte de la moderna gramática de los derechos, aunque no toda. E. incluso quienes defienden la teoría de los derechos “del beneficio” están lejos de usar el lenguaje de Tomás de Aquino, puesto que ellos (al igual que los juristas y los hablantes comunes en todos los idiomas modernos) piensan en “un derecho” como algo beneficioso que una persona *tiene* (en la terminología de Grocio, una “cualidad moral” [en un sentido que incluye también la cualidad jurídica]), más que “aquel que es justo en una situación dada”, el conjunto de relaciones jurídicas establecidas, por reglas, entre dos o más personas en relación con una materia (acto, cosa o estado de cosas).

No se trata de querer hacer retroceder el reloj en el tiempo. El lenguaje moderno de los derechos es más flexible y, al ser más específico en su punto de vista o perspectiva, es *susceptible* de ser usado de un modo más diferenciado y con mayor precisión que el uso premoderno de “el derecho” (*jus*). Pero es saludable tener en mente que el énfasis moderno en los poderes del titular del derecho, con la consiguiente bifurcación sistemática entre “derecho” (incluyendo “libertad”) y “deber”, es algo que unos juristas refinados no echaron de menos durante toda la existencia del derecho romano clásico.

modo, para Hobbes como para Hohfeld, la libertad es simplemente la negación del deber; y este “derecho-libertad” es el único derecho que Hobbes tiene en mente.

¹³ *Ibid. loc. cit.*, Raphael, parág. 57.

¹⁴ Locke, *Essays on the Law of Nature* (1663; ed. W. von Leyden, Oxford: 1954), pág. 10, f. 11: “*jus enim in eo positum est quod alicujus rei liberum habemus usum*” (el derecho consiste en esto, en que tengamos el libre uso de una cosa). Pufendorf, *Elementa Jurisprudentiae Universalis* (1660), I, def. xiii, parág. 3; cfr. def. viii, parág. 1 y *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (1672), I, Cap. I, parágs. 19-20.

Éste no es el lugar para discutir la traducción de los textos del derecho romano. Para dejar sentado cuán diferente de la expresión moderna "un derecho" sonaba el término "jus" a los oídos de un jurista romano, es suficiente citar un breve pasaje de un manual para estudiantes del siglo II d.C., las *Instituciones* de Gayo:

Los *jura* de los predios urbanos son tales como el *jus* de levantar una construcción alta y de obstaculizar la luz que da en la construcción del vecino, o de no levantar [una construcción] para que la luz del vecino no sea obstaculizada...¹⁵

Obviamente, no podemos reemplazar en este pasaje la palabra "jus" por la palabra "derecho" (con el significado de *un* derecho), puesto que carece de sentido (o, si cabe encontrarle un significado especial, estaría muy lejos del significado de este pasaje) hablar de un "derecho a *no* levantar la construcción propia para que la luz del vecino no sea obstaculizada". En el pensamiento jurídico romano, "jus" indica frecuentemente la asignación entre las partes de lo que les corresponde en justicia según la ley; y la "porción" de una parte en tal asignación puede ser una carga, no un beneficio —ni menos un poder o una libertad de elección.

Y en esto el vocabulario del derecho romano se parece a más de un vocabulario jurídico premoderno. Algunos antropólogos que han estudiado ciertos regímenes jurídicos de tribus africanas han hallado que en el lenguaje indígena los términos ingleses "*a right*" ("un derecho") y "*duty*" ("deber") se expresan mediante una sola palabra, derivada de la forma verbal traducida normalmente como "*ought*" ("deber"). Esta sola palabra (e.g. *swanelo* en Barotse, *tshwanelo* en Tswana) es, por lo tanto, mejor traducida como "*due*" ("lo debido"), porque "lo debido" apunta en las dos direcciones de una relación jurídica, tanto a lo que es debido por alguien como a lo que es debido a alguien. Esto se une, a su vez, a un "matiz en las sociedades tribales, que es que enfatizan el deber y la obligación, a diferencia del matiz de la sociedad occidental moderna, con un énfasis en el derecho [los derechos]".¹⁶

Permitásemel concluir esta revisión del cambio de significado del término "derecho" y de sus antecedentes lingüísticos repitiendo que no hay motivo para tomar partido entre los usos más nuevos y los más antiguos, en

¹⁵ *Inst.* II, 14 (como se reconstruye convencionalmente; pero el mismo uso de "jus" para comprender tanto "*altius tollendi*" como "*non altius tollendi*" se encuentra en el *Digesto*, viii, 2, 2, junto a otros usos similares, por ejemplo, "*stillicidium avertendi... aut non avertendi*").

¹⁶ Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence* (2^a ed. Manchester: 1972), pág. xxv; también pág. xiv, n. 18, y pág. 21; I. Schapera, "Contract in Tswana Law", en Gluckman (ed.) *Ideas and Procedures in African Customary Law* (Oxford: 1969), págs. 319, 326; Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse* (Manchester: 1955), pág. 166.

cuanto formas de expresar las implicaciones de la justicia en un contexto dado. Todavía menos apropiado es sostener que "como una cuestión de lógica jurídica" el deber es lógicamente anterior al derecho (o viceversa). Pero cuando se trata de explicar las exigencias de la justicia, lo cual hacemos refiriéndonos a las necesidades del bien común en sus distintos niveles, hallamos entonces que hay razón para considerar que el concepto de deber, obligación o exigencia, desempeña un rol más explicativo y estratégico que el concepto de derechos. No por eso tiene menor importancia o dignidad el concepto de derechos, pues el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo *beneficio*, derivado del cumplimiento del deber por parte de otros, constituye su *derecho* porque les es *exigido* a esos otros en justicia.

VIII.4. LOS DERECHOS Y EL BIEN COMÚN

El moderno lenguaje de los derechos proporciona, como he dicho, un instrumento flexible y potencialmente preciso para clasificar y expresar las exigencias de la justicia. Es a menudo, sin embargo, aunque no inevitable o irremediablemente, un obstáculo para la claridad de pensamiento cuando la pregunta es: ¿cuáles *son* las exigencias de la justicia? Los aspectos del bienestar humano son muchos; los compromisos, proyectos y acciones que son aptos para realizar ese bienestar son innumerables incluso para un individuo que solamente tiene en cuenta su propio plan de vida; cuando tenemos en cuenta las complejidades de la colaboración, la coordinación y las restricciones recíprocas, implicadas en la búsqueda del bien común, nos vemos enfrentados a elecciones ineludibles entre posibles instituciones, políticas, programas, leyes y decisiones, racionalmente elegibles pero en competencia. La fortaleza del lenguaje de los derechos reside en que, empleado cuidadosamente, puede expresar con precisión los distintos aspectos de una decisión que implica a más de una persona, indicando exactamente qué es y qué no es exigido a cada persona interesada, y exactamente cuándo y cómo una de esas personas puede modificar esas exigencias. Pero la fuerza concluyente de las atribuciones de derechos, que es la fuente de la idoneidad del lenguaje de los derechos para expresar conclusiones, es también la fuente de su potencial para confundir el proceso racional de investigar y determinar lo que la justicia exige en un contexto dado.

La "Declaración Universal de Derechos Humanos", proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, ha sido tomada como un modelo, no sólo para los Pactos de las Naciones Unidas "de Derechos Civiles y Políticos" y "de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (1966), sino también por la "Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" (1952), modelo a su vez de muchísimas declaraciones de derechos (*Bills of Rights*)

incorporadas en las constituciones de países que se hicieron independientes desde 1957, especialmente dentro de la *Commonwealth* (británica). Documentos de este tipo, acabadamente ponderados, merecen la atención cuidadosa de quienquiera que desee reflexionar sobre los problemas de la vida humana en comunidad en términos de derechos, ya humanos o naturales ya positivos.

Dos características de todos estos documentos son inmediatamente perceptibles. Primero: cada documento emplea *no* una sino dos formas canónicas principales: (A) "Toda persona tiene el derecho a..." y (B) "Nadie será...".¹⁷ Ahora bien, está claro que la lógica formal del lenguaje de los derechos permite, mediante la simple conversión de términos y las negaciones adecuadas, la transformación de una forma a otra. De aquí que una única forma canónica hubiera sido posible. La decisión de usar dos fórmulas diferentes no puede ser atribuida a la ineptitud lógica ni al simple amor por la variación estilística. El fundamento de esta decisión puede detectarse atendiendo a la segunda característica común a todos estos documentos: a saber, que "el ejercicio de los derechos y las libertades" proclamados se dice que está "sujeto a limitación". En algunos documentos (*e.g.*, la Convención Europea) estas limitaciones están especificadas artículo por artículo, junto a la especificación de los respectivos derechos. En otros la limitación se enuncia sólo una vez, en términos genéricos. Así, el art. 29 de la Declaración Universal dice:

- (1) Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
- (2) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará sólamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el debido reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
- (3) Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

A los fundamentos de la limitación especificados en el art. 29 (2) se refieren una y otra vez las cláusulas particulares limitantes en la Convención

¹⁷ Así en la Declaración Universal: Art. 3º: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona". Art. 4º: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre...". Art. 5º: "Nadie será sometido a tortura...". Art. 13 (1): "Toda persona tiene derecho a la libertad de movimientos y de residencia dentro de las fronteras de cada Estado". Art. 17 (1): "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente". (2): "Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad", etc., etc. O nuevamente, en la Convención Europea, Art. 5º (1): "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos... (a)... (f)...".

Europea y en otros documentos. El punto que ha de notarse es que las limitaciones, en el art. 29 (2), se dicen referidas al ejercicio de los "derechos y libertades" especificados en el documento. Esto sugiere que las limitaciones podrían *no* ser aplicables a aquellos artículos que no pretenden definir un derecho sino más bien imponer una exigencia negativa (que *podría*, como hemos observado, haber sido expresada como un derecho, pero no lo fue). Esto sugiere a su vez una diferenciación en la fuerza directiva de los diversos artículos, como criterios para las leyes y las decisiones justas. Los artículos expresados en la forma (B) —"Nadie será sometido a..."— pretenden tener fuerza concluyente. Pero los artículos de la forma (A) tienen fuerza directiva sólo como elementos de un proceso racional de toma de decisiones que no puede ser concluido de manera razonable apelando simplemente a cualquiera de estos derechos (aunque todos son "fundamentales" e "inalienables" y parte del *patrimonio* "de cada uno")¹⁸.

Algunos de los artículos expresados en la forma perentoria (B) contienen, ellos mismos, restricciones internas: por ejemplo, el art. 9: "Nadie podrá ser *arbitrariamente* detenido...". Pero algunos son bastante irrestrictos: por ejemplo, el art. 5: "Nadie será sometido a torturas...". Y ninguno está sujeto (si esta interpretación del texto es correcta) a la limitación en el ejercicio de los derechos dispuesta en el art. 29. El derecho de uno a no ser torturado (así, en efecto, podemos expresarlo) no es un "derecho" que uno "ejercite" en el sentido del art. 29; los actos de tortura no pueden, por lo tanto, justificarse apelando a "las justas exigencias del orden público". El derecho a no ser torturado, entonces, podría ser llamado un derecho absoluto, para distinguirlo de los derechos que son "inalienables" pero que están sujetos a diversas limitaciones "en su ejercicio". Más adelante en este capítulo consideraré si es razonable afirmar que algunos derechos son absolutos, *i.e.* si esta característica de la Declaración Universal puede ser justificada (VIII.7).

Por el momento, examinemos más de cerca los fundamentos específicos de la limitación. Son cuatro: (i) asegurar el debido reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás; (ii) satisfacer las justas exigencias de la moral en una sociedad democrática; (iii) satisfacer las justas exigencias del orden público en una sociedad democrática; (iv) satisfacer las justas exigencias del bienestar general en una sociedad democrática.

Este último fundamento de limitación, (iv), llama la atención, y no simplemente por su amplitud y vaguedad. Algunos teóricos han considerado los derechos como "objetivos políticos individualizados", que no se encuentran subordinados a las concepciones del "bien colectivo agregativo"¹⁹ o el "in-

¹⁸ Véase el Preámbulo y el art. 2º de la Declaración Universal.

¹⁹ R. M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: 1977), pág. 91.

terés general"²⁰ o la "utilidad general".²¹ Una explicación de los derechos como ésta daría motivo para concluir que la referencia al "bienestar general" en el art. 29 de la Declaración Universal no tiene sentido. Ahora bien, esa conclusión es en realidad correcta, pero no por la razón recién sugerida. Al definir o explicar los derechos no debemos hacer referencia a conceptos que son incoherentes o carentes de sentido; y, como expliqué en el Capítulo V.6, las concepciones del "bien colectivo aggregativo" son incoherentes, salvo en contextos técnicos limitados. La vida real de una comunidad humana no es un contexto técnico limitado, y el bien común de tal comunidad no puede ser medido como un "agregado de bienes", según suponen los utilitaristas.

El sin sentido de la referencia que hace el art. 29 al "bienestar general", como fundamento distinto y separado para limitar los derechos, se puede poner de manifiesto si reflexionamos sobre el primero de los fundamentos propuestos en ese artículo: "asegurar el debido reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás". En efecto, entre los derechos proclamados por la Declaración Universal se encuentran la vida, la libertad, la seguridad de la persona (art. 3), la igualdad ante la ley (art. 7), la privacidad (art. 12), el matrimonio y la protección de la vida familiar (art. 16), la propiedad (art. 17), la seguridad social y la satisfacción "mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional... de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para su dignidad [de cada uno] y para el libre desarrollo de su personalidad" (art. 22), la participación en el gobierno (art. 21), el trabajo, la protección contra el desempleo, la adecuada remuneración del trabajo (art. 23), el descanso y el disfrute del tiempo libre (art. 24), "un nivel de vida adecuado que le asegure... la salud y el bienestar..." (art. 25), la educación (art. 26), el goce de las artes y la participación en los beneficios del progreso científico (art. 27), y "un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos" (art. 28). Cuando examinamos esta lista nos damos cuenta de a qué equivale la moderna concepción, de tipo "manifesto",²² sobre los derechos humanos. Es simplemente una forma de esbozar los *contornos del bien común*, los distintos aspectos del bienestar individual

²⁰ *Ibid.*, pág. 269.

²¹ *Ibid.*, pág. 191. Pero, continúa Dworkin, "no debo exagerar el punto. El que afirma que los ciudadanos tienen un derecho contra el gobierno no necesita ir tan lejos como para decir que el Estado no tiene *nunca* justificación para atropellar ese derecho. Podría decir, por ejemplo, que aunque los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión, el gobierno puede atropellar ese derecho cuando sea necesario para proteger los derechos de los otros, o para prevenir una catástrofe, o incluso para obtener un beneficio público claro e importante (aunque si él reconoce que éste es una posible justificación, estaría considerando el derecho en cuestión como uno que no se encuentra entre los más importantes y fundamentales)".

²² Véase Joel Feinberg, *Social Philosophy* (Englewood Cliffs, Nueva Jersey: 1973), pág. 67.

en la comunidad. Lo que la referencia a los derechos aporta en este esbozo es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término "bien común", a saber, que el bienestar de todos y *de cada uno*, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en *todo* momento por los responsables de coordinar la vida común. De este modo, cuando los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal son explícitados, y ampliados como en los subsiguientes Pactos de las Naciones Unidas,²³ no tiene ninguna cabida una apelación al "bienestar general" *contra* el "ejercicio" de estos derechos. O la expresión "bienestar general" es una referencia a una agregación utilitarista, en cuyo caso es meramente ilusoria, o bien es una referencia inconexa y confusa a un concepto general, puesta al final de una lista de (la mayoría de)²⁴ los componentes particulares de ese mismo concepto.

¿Qué hemos de decir, entonces, sobre los otros fundamentos de limitación enumerados, (ii) las justas exigencias de la moral en una sociedad democrática y (iii) las justas exigencias del orden público en una sociedad democrática? El argumento del párrafo anterior sugiere que, dada la amplitud de los derechos contemplados por el resto de la Declaración Universal, la mayor parte de lo que estas limitaciones significan está ya implícito en el fundamento (i) de la lista de fundamentos de limitación: *viz.* (i) el debido respeto por los derechos y libertades de los demás. Debe también observarse que ni "moral" ni "orden público" son términos claros en su significado (con independencia de cualesquier controversias sustantivas sobre las exigencias de la moral y del orden público). Porque en buena parte del lenguaje moderno, incluyendo el lenguaje jurídico, "moral" significa casi exclusivamente moral sexual y las exigencias del pudor, mientras que en el lenguaje filosófico la moral sexual (incluyendo el pudor) es simplemente una pequeña parte de las exigencias de la razonabilidad práctica. Esta ambigüedad afecta al uso del término "moral" incluso cuando se le añade "pública", como en las frecuentes referencias de la Convención Europea y de los posteriores Pactos de la ONU (1966) al "orden público o la moral pública". Y en lo que se refiere al "orden público", esta expresión, tal como se usa en los documentos internacionales, adolece de la ambigüedad irremediable de que, en los sistemas jurídicos del *common law*, "*public order*" significa au-

²³ Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966): Art. 11: "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado... y a una mejora continua de las condiciones de existencia"; Art. 12: "...el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...", etc., etc.

²⁴ Quizás la lista necesita ser complementada, al menos respecto de algunos de los derechos que ha de limitar, con una referencia a la "salud pública" y a la "seguridad nacional", que se hallan entre los fundamentos de limitación especificados en los documentos posteriores.

sencia de desorden (*i.e.* paz pública, tranquilidad y seguridad), mientras que las expresiones “*ordre public*” y “*orden público*”, usadas en las versiones francesa y española de esos documentos, significan un concepto propio de los sistemas jurídicos de derecho civil (*civil law*) casi tan amplio como el concepto de *public policy* en el *common law*. Por ejemplo, usando una versión del concepto de orden público propio de los sistemas jurídicos de derecho civil, el Concilio Vaticano II, al proclamar el derecho a la libertad de creer, profesar y practicar la propia religión, encontró que todas las limitaciones necesarias a este derecho podían ser expresadas en términos de orden público:

La protección de la sociedad civil, por la autoridad civil, contra los abusos de este derecho, no debe hacerse arbitrariamente o favoreciendo inequitativamente a una persona o grupo, sino que debe ser según normas jurídicas que sean conformes con el orden moral objetivo y que sean exigidas por [i] la protección efectiva de los derechos de todos los ciudadanos y por la pacífica armonización de tales derechos; y [ii] el cuidado suficiente de la auténtica paz pública que es la ordenada convivencia en la verdadera justicia, y [iii] la debida custodia de la moral pública. Todos estos factores constituyen la parte fundamental del bien común, y están comprendidos en la noción de *orden público*.²⁵

De cara a estos problemas terminológicos, ¿por qué no decir que el ejercicio de los derechos ha de ser limitado sólo por el respeto a los derechos de los demás? La respuesta debe ser que aunque sería posible, dado el alcance lógico del lenguaje de los derechos, expresar cualquier restricción deseada de los derechos en términos de otros derechos, las referencias a la moral, a la moral pública, a la salud pública, al orden público, etc., en todas las declaraciones contemporáneas de derechos, no son ni conceptualmente redundantes ni sustancialmente irrazonables.

En efecto, como hemos visto, el moderno lenguaje de los derechos está construido primariamente sobre el modelo implícito de una relación entre dos individuos. Así, en su significación primaria (en cuanto distinta de su inherente alcance lógico), el moderno lenguaje de los derechos se refiere de manera más adecuada a los beneficios o ventajas para los individuos (en casos límite, para *todos* los individuos), “no simplemente como miembros de una colectividad que gozan de un beneficio común difuso en el que todos participan según cuotas indistinguibles y no asignables”.²⁶ Pero la moral pública y el orden público (incluso en el sentido restringido del *common law*) son, los dos, beneficios comunes difusos en los que todos participan se-

²⁵ Declaración *Dignitatis Humanae*, 7-XII-1965, parág. 7.

²⁶ Cfr. D. N. MacCormick, D. N., “Rights in Legislation”, en *Essays*, pág. 205.

gún cuotas indistinguibles y no asignables. De ahí que sea razonable referirse a ellos de manera específica.

El hecho es que sólo se puede gozar con seguridad de los derechos humanos en ciertos tipos de medio —un contexto o estructura de respeto y de confianza mutuos y de común entendimiento, un ambiente que sea físicamente sano y en el que los débiles puedan circular sin temor a los caprichos de los fuertes. Considérese, ahora, el concepto de moral pública, en su sentido sexual, extrañamente restringido. Aparte de algunos arreglos especiales como el matrimonio, los derechos humanos de un individuo no incluyen un derecho a que otros hombres o mujeres no se comporten sexualmente de ciertas maneras. Pero la gran mayoría de los miembros de cualquier comunidad que se esté reproduciendo a sí misma pasarán más de un cuarto de sus vidas como niños y luego más de otro cuarto como padres criando niños —en total, más de la mitad de sus vidas. Ahora bien, si es verdad que la sexualidad es una fuerza poderosa que sólo con cierta dificultad, y siempre de modo precario, puede ser integrada con otros aspectos de la personalidad y el bienestar humanos —de tal modo que aumente en lugar de destruir la amistad y el cuidado de los hijos, por ejemplo— y si es verdad además que la psicología sexual humana tiene una inclinación a considerar a otras personas como objetos corporales del deseo y de potencial descarga y gratificación sexual, y como simples objetos en una clasificación de sabor erótico (*e.g.* “mujeres”), más que como auténticas personas con sensibilidades, limitaciones y planes de vida personales e individuales, entonces es razonable favorecer un medio en el que los niños puedan ser criados (y los padres puedan ser ayudados a criarlos, y no obstaculizados) de tal modo que sean relativamente libres de la sujeción interior a una sexualidad egoísta, impulsiva o despersonalizada. Exactamente qué cosas concretas implica y exige para su mantenimiento un medio ambiente de este tipo es algo que es objeto de discusión y de decisión, mas en otra sede. Pero que éste es un aspecto del bien común, y una materia apta para preceptos legales que limiten el ejercicio desmesurado de ciertos derechos, difícilmente puede ponerse en duda por alguien que tenga en cuenta los hechos de la psicología humana tal como influyen en la realización de los bienes humanos básicos. Y si bien todo esto podría expresarse, y a veces se ha expresado, en términos de derechos humanos, no hay necesidad de considerar sin sentido, ni menos aún redundante, la referencia a la moral pública, preferida por los legisladores contemporáneos con impresionante unanimidad.

De manera similar, el orden público, en el sentido restringido del *common law*, se refiere al mantenimiento no tanto del sustrato psicológico del respeto mutuo, sino del ambiente físico y de la estructura de expectativas y de confianza esenciales para el bienestar de todos los miembros de una comunidad, especialmente de los débiles. Incitar al odio entre sectores de la

comunidad no es simplemente una lesión de los derechos de quienes son odiados; amenaza a todos en la comunidad con un futuro de violencia y de otras violaciones de derechos, y esta amenaza es en sí misma un perjuicio al bien común y razonablemente se la considera como una violación del orden público. Los disturbios y las bombas, y las amenazas de lo mismo, no son simplemente perjudiciales para los derechos de los muertos o heridos, sino para todo el que entonces tiene que vivir en una comunidad en la que tales cosas ocurren. Se puede decir que el funcionamiento de un avión extremadamente ruidoso viola los derechos de quienes son despertados y ensordecidos, pero el problema se describe muy razonablemente como uno de orden público o de molestia pública, no reducido sólo a los derechos de quienes de hecho han sido afectados por el momento. Lo mismo vale para la noción de salud pública, un elemento integrante de la concepción de orden público (*ordre public*) propia de los sistemas jurídicos de derecho civil, y un elemento que acompaña a la concepción de orden público (*public order*) del *common law*.

Este análisis extenso, pero de ninguna manera detallado, puede ahora resumirse. Por un lado, no deberíamos decir que los derechos humanos, o su ejercicio, están sometidos al bien común, porque la efectividad de los derechos humanos es un elemento fundamental del bien común. Por otro lado, podemos decir con propiedad que la mayoría de los derechos humanos están sujetos o limitados entre sí y por otros *aspectos* del bien común, aspectos que probablemente podrían subsumirse en una concepción muy amplia de los derechos humanos, pero que son convenientemente indicados (uno difícilmente podría decir que *descritos*) mediante expresiones tales como "moral pública", "salud pública", "orden público".

VIII.5. LA ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

La sección precedente sugirió razones generales para concluir que la mayor parte de las afirmaciones de derechos que se hacen en el discurso político necesitan ser sujetas a un proceso racional de especificación, valoración y reserva, de una manera que en cierta medida desmiente el tono peyorativo o concluyente de "...tiene un derecho a...". Esta conclusión puede reforzarse reparando en la estructura lógica de las afirmaciones o pretensiones formuladas o reconocidas o concedidas en las declaraciones de derechos y en el discurso político en general. Para resumir el vocabulario que he empleado en VIII.2, podemos decir que estas pretensiones afirman relaciones de dos términos entre una persona o clase de personas y una materia o clase de materia (la vida, el cuerpo, la libertad de expresión, los bienes o la propiedad sobre los bienes...). Antes de otorgar razonablemente verdadera fuerza concluyente a estas afirmaciones, deben ser traducidas a relaciones específicas de tres términos.

Esta traducción implica especificar (a) la identidad del titular (o de los titulares) del deber, quien debe respetar o hacer efectivo el derecho de A; (b) el contenido del deber, en términos de descripciones específicas de actos, incluyendo los plazos y otras circunstancias y condiciones para el cumplimiento del deber; (c) la identidad de A o la descripción de la clase de A, i.e. del correlativo titular (o titulares) del derecho-exigencia (en el sentido hohfeldiano de "derecho-exigencia"); (d) las condiciones según las cuales el titular de un derecho-exigencia pierde su derecho-exigencia, incluyendo las condiciones (si las hay) según las cuales él puede renunciar a exigir el cumplimiento de los deberes correspondientes; (e) los derechos-exigencias, poderes y libertades del titular del derecho-exigencia, para el caso de incumplimiento del deber; y, sobre todo, (f) las libertades del titular del derecho, incluyendo una especificación de los límites de esas libertades, i.e. una especificación de sus deberes, especialmente de los de no interferir con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos. Puesto que (f) implica especificar los *deberes* del titular del derecho (A) también implica necesariamente una especificación de los derechos-exigencias de B, y esta especificación a su vez exige una especificación completa de los puntos (a) a (f) respecto, ahora, de B; lo cual exigirá una especificación similar con respecto a los deberes de B de no interferir con C...

Acudiendo a una útil jerga contemporánea, podemos decir que las personas (o los sistemas jurídicos) que en lo sustancial comparten el mismo *concepto* (e.g. del derecho humano a la vida, o a un juicio justo) pueden tener, no obstante, diferentes *concepciones* de ese derecho, en cuanto que sus especificaciones desde (a) a (f) difieren, en parte porque difieren las circunstancias que tienen en mente y en parte porque especificar implica normalmente elegir, mediante algún proceso autoritativo, entre alternativas que son más o menos igualmente razonables. Como he dicho en relación con la preferencia de los juristas por el lenguaje de los derechos "de dos términos" (VIII.2), especificaciones cambiantes y aun opuestas de derechos "de tres términos" pueden unificarse inteligiblemente por medio de su relación compartida con un único objeto, el derecho "de dos términos" (e.g. a la vida, o a un juicio justo).

¿Cómo se ha de llevar a cabo este proceso de especificación y demarcación? ¿Cómo han de resolverse los conflictos de derechos? Es decir, ¿cuánta interferencia con el goce que una persona tiene de su "derecho" puede permitirse a otras personas en el ejercicio del mismo derecho y de otros derechos? Pienso que no hay más alternativa que tener en mente algún modelo, o un conjunto de modelos, del carácter, la conducta y la interacción del hombre en la comunidad, y elegir luego una especificación de los derechos que tienda a favorecer ese modelo o conjunto de modelos. Con otras pala-

bras, uno necesita una concepción del bien humano, de la realización individual, según una forma (o conjunto de formas) de vida en común que promueva en lugar de obstaculizar tal realización. Uno presta atención no simplemente a los tipos de carácter deseables en abstracto o aisladamente, sino también a la calidad de la interacción entre las personas; y uno no debiera buscar realizar un cierto "estado final" modelo imaginado prescindiendo de los procesos individuales de iniciativa y de interacción, procesos que son parte integrante del bien humano y que hacen que el futuro —más aún su evaluación— sea incalculable (véase VII.7).

De modo que uno tendrá presente, por una parte, que el arte, con todas sus formas y cánones (a menudo contrapuestos), es en realidad mejor que la basura; que la cultura es en realidad mejor que la ignorancia; que la reputación, la privacidad y la propiedad realmente son aspectos de o medios importantes para el bienestar humano; que la amistad y el respeto a la personalidad humana se ven realmente amenazados por el odio, el prejuicio de grupo y la sexualidad anárquica; que los niños realmente se benefician de una formación que define caminos a la vez que abre horizontes iluminadores...; y, por otra parte, que el servilismo, el infantilismo y la hipocresía realmente son males; que la integridad y la autenticidad en la conformación de uno mismo realmente son el centro indispensable del bienestar humano; que, cuando se justifica el "paternalismo" de parte de la comunidad política, éste ha de ser, de manera semejante a la función educativa de los padres, nada más que una ayuda y un apoyo para la autocorrección y el autogobierno; y que la resolución de todos estos problemas de derechos humanos es un proceso en el que pueden proponerse y debatirse diversas soluciones razonables y en el que debería resolverse mediante un procedimiento de toma de decisiones que sea autoritativo, pero que no pretenda ser infalible o silenciar una discusión racional ulterior o prohibir la reconsideración de la decisión. En pocas palabras, así como el derecho a la libre expresión ciertamente requiere de "limitación", *i.e.* especificación, en interés tanto de la misma libertad de expresión como de muchos otros bienes humanos, así también el procedimiento para fijar los "límites" de este y de otros derechos humanos crecerá ciertamente en razonabilidad gracias a una amplia libertad en el debate cultural y político, en toda sociedad en que haya un respeto suficientemente extendido hacia la discusión y el compromiso como modos de ser razonables en la comunidad.

Los derechos humanos (para qué decir el orden público y la moral pública, que constituyen un marco necesario para disfrutarlos) pueden ciertamente verse amenazados por usos del lenguaje de los derechos que, con buena o mala fe, le atribuyan prematuramente un carácter concluyente o absoluto a este o aquel derecho humano (*e.g.*, de propiedad, de contratar, de

reunión, de expresión). Sin embargo, si se tienen presentes su lógica y su lugar en la razonabilidad práctica relativa a la realización humana, el lenguaje moderno de las exigencias de derechos como pieza principal del discurso político debería reconocerse (a pesar de sus orígenes dudosos en el siglo XVII y de su abuso por fanáticos, aventureros y personas interesadas, desde el siglo XVIII hasta hoy) como una valiosa adición al vocabulario de la razonabilidad práctica recibido (*i.e.* a la tradición de la "doctrina de la ley natural"). Porque, en primer lugar, el uso moderno del lenguaje de los derechos enfatiza acertadamente la igualdad, la verdad de que todo ser humano es sede de la plena realización humana, la cual ha de ser considerada favorablemente respecto de él tanto como respecto de cualquier otro. En otras palabras, el lenguaje de los derechos mantiene a la justicia en el primer plano de nuestras consideraciones. En segundo lugar, tiende a rebajar el atractivo de los "cálculos" de los consecuencialistas (aunque, puesto que muchos derechos no son absolutos, la verdadera crítica de tales cálculos debe hacerse más directamente: V.6). En tercer lugar, puesto que debemos referirnos y de hecho nos referimos a los derechos mediante un nombre, el lenguaje moderno de los derechos amplía la referencia indiferenciada a "el bien común", al proporcionar un listado provechosamente detallado de los diversos aspectos de la plena realización humana y de los elementos fundamentales de la forma de vida en comunidad que tiende a favorecer esa plena realización en todos.

VIII.6. LOS DERECHOS Y LA IGUALDAD DE CONSIDERACIÓN Y RESPETO

Se arguye a veces que preferir y procurar incorporar en la legislación alguna concepción o rango de concepciones sobre la plena realización humana es injusto porque necesariamente supone tratar con desigual consideración y respeto a aquellos miembros de la comunidad cuyas concepciones del bien humano caen fuera del rango preferido y cuyas actividades por consiguiente son o pueden ser restringidas por la legislación. En cuanto argumento para respaldar la oposición a tal legislación este argumento no puede justificarse: se autoanula (*cfr.* III.6). Quienes proponen el argumento prefieren una concepción del bien humano, de acuerdo con la cual una persona tiene derecho a igual consideración y respeto y una comunidad en la que tal derecho es negado se encuentra en mal estado; además, ellos actúan movidos por esta preferencia al procurar derogar la legislación restrictiva que aquellos contra quienes arguyen pueden haber promulgado. Los que de este modo argumentan y actúan, ¿tratan por eso necesariamente con desigual consideración y respeto a aquellos a cuyas preferencias y legislación se oponen? Si lo hacen, entonces su propia argumentación y acción son en sí mismas igualmente injustificadas, y no proporcionan ningún fundamento para

las preferencias políticas o para la acción política. Si no lo hacen (y ésta tiene que ser la mejor opinión), entonces tampoco lo hacen aquellos a quienes se oponen. Tampoco puede rescatarse el argumento aduciendo que evita la autoanulación por operar en un "nivel de discurso" diferente: por ejemplo, por ser un argumento sobre los derechos y no sobre el bien. Porque no existe dificultad alguna en traducir cualquier preferencia política "paternalista" al lenguaje de los derechos, postulando el derecho de todo miembro de una comunidad a un ambiente que apoye, en lugar de obstaculizar, su propia búsqueda del bien y el bienestar de sus hijos, o el derecho de cada uno a ser salvado de su propia locura. Puedan o no ser probados tales derechos, ciertamente pertenecen al mismo "nivel de discurso". Finalmente, tampoco puede salvarse el argumento que estamos considerando mediante una estipulación según la cual debe considerarse que los argumentos y los programas políticos motivados —como es el caso— por la preocupación por "el igual respeto y consideración hacia otra gente" demuestran de hecho igual consideración y respeto por todos, incluso por aquéllas personas cuyos argumentos y legislación (paternalistas) ellos rechazan y atropellan. Porque, por un lado, una estipulación de este tipo es simplemente un mecanismo *ad hoc* para eludir la autoanulación; si atropellar las preferencias políticas de una persona y obligarla a vivir en una sociedad cuyas costumbres detesta equivaliese *ipso facto* a demostrar desigual consideración y respeto hacia ella en un determinado contexto, lo mismo sería en cualquier otro. Y, por otro lado, no hay dificultad en suponer que un programa político "paternalista" pueda basarse en una concepción sobre lo que exige la igual consideración y respeto hacia todos; porque los paternalistas bien pueden pensar que, por ejemplo, dejar que una persona sucumba a la drogadicción con el pretexto de que es "asunto suyo" equivale a negarle la consideración activa que uno demostraría hacia un amigo en una situación similar; o que dejar de prohibirles a los profesores que den pie a apegamientos sexuales con sus alumnos equivale a negarles a los hijos de padres negligentes o "equivocados" la protección que el legislador paternalista desearía para sus propios hijos, y por ende es también una falta de "igual consideración y respeto". "Quisiera que alguien me hubiera impedido...": si esto se puede decir racionalmente (como en efecto se puede), se sigue necesariamente que incluso el programa paternalista más extenso y excesivo podría instaurarse sin negar a nadie igual consideración y respeto.

La búsqueda de cualquier forma de comunidad humana en la que los derechos humanos sean protegidos mediante la imposición de deberes supondrá necesariamente tanto la selección de algunas concepciones del bien común como el rechazo de otras, y restricciones considerables a las actividades de todos (incluidos los legisladores mismos, en su condición privada

como personas sujetas al egoísmo y a la indiferencia respecto del verdadero bienestar de los demás). Algunas formas de buscar el bien común a través de la legislación yerran por olvidar que la autenticidad personal, el autogobierno y la privacidad para la contemplación o el juego o la amistad son aspectos y atributos importantes del bienestar humano: VI.5, VII.3. Los programas paternalistas culpables de esta inadvertencia deberían ser criticados por esto —una falta de justicia comutativa— y no por el vicio bastante diferente de la discriminación, el prejuicio de grupo, la negación de igual consideración y respeto, una suerte de egoísmo refinado, una falta de justicia distributiva. Juzgar que otro hombre está equivocado, y actuar según ese juicio, no se ha de considerar equivalente, en ningún área del discurso y del juicio humanos, a despreciar a ese hombre o a preferirse a uno mismo.

El argumento de esta sección ha sido dialéctico. No ha necesitado considerar si el principio "toda persona tiene derecho a igual consideración y respeto" es un principio de justicia suficientemente refinado. He dicho antes (VII.4) que toda persona tiene igual derecho a una consideración respetuosa en la distribución del acervo común y de los inconvenientes de la vida común, incluyendo la protección jurídica y las funciones y las cargas. Pero también indiqué que esto no exige "igualdad de tratamiento" (i.e. un tratamiento idéntico), ni siquiera en tales distribuciones. Y sería ciertamente erróneo sugerir que cualquier individuo está obligado o incluso autorizado en justicia a demostrar por todos igual *consideración*; y lo mismo es verdad para quienes ejercen la autoridad en cualquier comunidad particular, con respecto a los de dentro y a los de fuera de su comunidad: VII.4, XI.2.

VIII.7. DERECHOS HUMANOS ABSOLUTOS

¿No hay límites, entonces, a lo qué puede hacerse para procurar la protección de los derechos humanos u otros aspectos del bien común? ¿No hay puntos fijos en ese modelo de vida que uno debe tener en mente al resolver los problemas de derechos? ¿No hay derechos "absolutos", derechos que no han de ser limitados o atropellados en favor de ninguna concepción sobre la vida buena en la comunidad, ni siquiera para "prevenir una catástrofe"?²⁷

La respuesta de los utilitaristas, por supuesto, está clara: no hay derechos humanos absolutos, porque no hay formas de tratar a una persona respecto de las cuales un utilitarista coherente pueda decir: "cualesquiera sean las consecuencias, nadie debe ser tratado nunca de esta forma". Lo que es más chocante, quizás, es el hecho de que, con independencia de lo que comúnmente pueda declararse en el mundo moderno, ninguna élite o gobierno

²⁷ Véase Dworkin, citado más arriba, nota 21.

contemporáneo manifiesta en la práctica ninguna creencia en derechos humanos absolutos. Porque todo gobierno que tiene la capacidad física de hacer creíbles sus amenazas dice lo siguiente a sus potenciales enemigos: "si ustedes nos atacan y amenazan con derrotarnos, nosotros mataremos a todos los rehenes que tenemos; es decir, incineraremos o desmembraremos a tantos de sus ancianos y mujeres y niños, y envenenaremos a tantas de sus madres con su leche no nacida, como sea necesario para persuadirlos de que desistan; no consideramos como decisivo el hecho de que ellos mismos no son una amenaza para nosotros; ni proponemos destruirlos de manera puramente incidental, como un efecto colateral no buscado de los esfuerzos por detener sus fuerzas armadas en su ataque contra nosotros; no, nosotros destruiremos a sus no combatientes precisamente porque ustedes los valoran, y con el fin de *persuadirlos* de desistir". No puede afirmarse que quienes dicen esto, y han estado preparándose minuciosamente durante años para actuar según su amenaza (y la mayoría de ellos actuó así masivamente, entre 1943 y 1945, para no decir más), aceptan que alguien tenga, en virtud de su humanidad, algún derecho absoluto. Estas personas suscriben las Declaraciones de Derechos (*Bills of Rights*) que, como la Declaración Universal y sus sucesoras, claramente tratan el derecho a no ser torturado (a diferencia de la mayoría de los otros derechos "inalienables" ahí proclamados) como no sometido a excepciones. Pero su política militar implica cursos de acción que, en todo salvo el nombre, constituyen tortura en una escala sin precedentes, infligida por el mismo motivo que un torturador a la antigua tratando de hacer cambiar de opinión a su víctima o a quienes esperan su turno en la fila para la tortura. Tampoco es éste un asunto de los gobiernos y de los soldados solamente; muchos de estos gobiernos son libremente elegidos, y sus políticas (en cuanto distintas de los peligros de llevarlas a la práctica) suscitan escaso debate entre sus electores. ¿Y quién no advierte la consumada suavidad con que la cuestión es evitada por muchos de los que escriben sobre los derechos?

Los representantes clásicos de la tradición de pensamiento iusnaturalista nunca han sostenido que lo que yo he denominado las exigencias de la razonabilidad práctica, en cuanto distintas de los valores humanos básicos o principios básicos de la razonabilidad práctica, sean claramente reconocidas por todas las personas, ni siquiera por la mayoría —al contrario.²⁸ Así que nosotros tampoco tenemos que dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque la séptima de las exigencias de la razonabilidad práctica que he identificado en

²⁸ Véase e.g. S.T., I, q. 113, a. 1; I-II, q. 9, a. 5 ad 3; q. 14, a. 1 ad 3; q. 94, a. 4c; q. 99, a. 2 ad 2. Véase también V.2, II.3, más arriba.

V.7 es ésta: que es siempre irracional elegir directamente contra cualquier valor básico, ya para uno mismo ya para los demás seres humanos. Y los valores básicos no son meras abstracciones; son aspectos del verdadero bienestar de individuos de carne y hueso. De manera correlativa a los deberes sin excepciones que esta exigencia implica hay, por lo tanto, derechos-exigencias sin excepciones o absolutos —el más obvio, el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (e.g. en la enseñanza, la predicación, las publicaciones científicas, las transmisiones de noticias) en la cual se espere razonablemente una comunicación real (a diferencia de la ficción, la broma o la poesía); y el derecho relacionado a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respeto en cualquier valoración de lo que el bien común exige.

Debido a que éstos no son derechos "de dos términos" que necesiten ser traducidos a relaciones de deber-derecho "de tres términos", sino que son derechos-exigencias estrictamente correlativos a los deberes que las exigencias de la razonabilidad práctica implican, la difícil tarea de dar precisión a la especificación de estos derechos se ha emprendido por lo general en términos de una casuística de deberes. Y debido a que un firme reconocimiento del valor literalmente imposible de medir de la personalidad humana en cada uno de sus aspectos básicos (el núcleo sólido de la noción de dignidad humana) nos exige dejar de lado el mal aparentemente medible de catástrofes inminentes que realmente sí amenazan el bien común y el disfrute de *sus* derechos por otras personas, esa casuística es más compleja, difícil y discutible en sus detalles, que lo que puede indicarse en la precedente lista resumida de derechos absolutos. Esta casuística puede concebirse en términos de intenciones o elecciones "directas", en contraste con efectos "indirectos", y en términos de "medios" en contraste con "incidentes": V.7. Pero los juicios razonables en esta casuística no se obtienen aplicando una "lógica" de "lo directo y lo indirecto", de "los medios y los fines" o de "lo intencional y lo no intencional", tomada del uso de esas nociones en otras investigaciones o contextos. Más bien se llega a tales juicios por una firme determinación de respetar el bien humano en la propia existencia y en la equivalente humanidad o derechos humanos de los otros, cuando ese bien humano y esos derechos humanos caen directamente bajo el propio cuidado y poder de disposición —en lugar de sacrificar ese bien y esos derechos por una visión de futuras "consecuencias netas mejores", consecuencias que en su totalidad uno no puede conocer —ni lógica ni prácticamente—, no puede controlar o disponer sobre ellas, y no puede evaluar.

NOTAS

VIII.2

El análisis de Hohfeld sobre los derechos... W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (New Haven: 1919). Sobre algunos malentendidos frecuentes, véase Finnis, "Some Professorial Fallacies about Rights" (1972) 4 *Adel. L. R.* 377. Sobre los límites del análisis de Hohfeld, véase A. M. Honoré, "Rights of Exclusion and Immunities against Divesting" (1959-60) 34 *Tulane Law Rev.* 453; Raz, *Legal System*, págs. 179-81. Sobre algunos problemas para formalizar el modelo, véase P. Mullock, "The Hohfeldian Jural Opposite" (1971) 13 *Ratio* 158.

"*Actos jurídicos*" y "*actos naturales*"... Los "actos jurídicos" son llamados por Hart "actos-según-el-derecho" ("acts-in-the-law") (*Concept of Law*, pág. 96; "Bentham on Legal Rights", en *Oxford Essays II*, pág. 196), y la distinción es explicada por él del siguiente modo: "... [un] acto puede ser llamado acto natural en el sentido de que el derecho no lo dota de un especial efecto jurídico o significación jurídica. Por otro lado, en el caso de los derechos que son poderes, tales como el derecho de enajenar la propiedad, el acto... es un acto-según-el-derecho (*act-in-the-law*), sólo en el sentido de que el derecho reconoce específicamente que posee efectos jurídicos que modifican la posición jurídica de diversas partes": *Oxford Essays II*, pág. 196. Para evitar que todos los crímenes y daños civiles perpetrados sean caracterizados por el derecho como "actos jurídicos" (y como ejercicios de un poder hohfeldiano!), prefiero la caracterización adoptada en el texto, aunque no es perfecta y puede requerir ser complementada o restringida por la noción de que un acto jurídico es un acto (que por lo general supone uno o más actos naturales) que *normalmente* se realiza con el fin de afectar las relaciones jurídicas, y que está regulado o definido por reglas fundadas en que es deseable facultar a los funcionarios o individuos para actuar efectivamente con esa motivación: véase Raz, *Practical Reason*, págs. 102-4; cfr. pág. 110. El problema de restringir la noción de poder, de tal modo que no nos veamos obligados a decir que A tiene un poder de convertirse él mismo en un delinquente golpeando a X en la nariz, tiene un paralelo en el problema de restringir la noción de inmunidad para no tener que decir que, por rehusar testificar ante el tribunal, A obtiene una inmunidad contra recibir una recompensa de 10,000 libras esterlinas, o una inmunidad contra ser eximido del servicio militar. No se puede decir que el análisis hohfeldiano ha dominado estos problemas. (Debe destacarse, de paso, que cada uno de estos problemas de compatibilidad entre la definición hohfeldiana y el lenguaje jurídico ordinario sugiere que el lenguaje jurídico ordinario se enraíza en la idea de que un derecho es un *beneficio*, no en la idea de que es una *elección* jurídicamente respetada: véase más adelante).

La libertad hohfeldiana desnuda ¿es jurídica o moralmente significativa?... Hart arguye, correctamente ("Bentham on Legal Rights", en *Oxford Essays II*, 171 en págs. 179-82), que (i) es analíticamente importante distinguir la libertad (la mera ausencia de deber) del derecho-exigencia, y (ii) es importante darse cuenta de que no tiene ninguna utilidad dignificar con el nombre de "derecho" a una libertad no protegida contra la interferencia por ningún derecho-exigencia. (Esto a su vez sugiere, aunque no a Hart, que el lenguaje común considera característicamente los derechos como *beneficios*, no me-

ramente como *elecciones* jurídicamente reconocidas). El segundo de estos puntos se dirige contra la concepción de Hobbes de lo que es un derecho, estudiada en VIII.3 más adelante: en el mismo sentido véase G. Marshall, "Rights, Options and Entitlements", *ibid.* 228 en pág. 231.

Incapacidad del análisis hohfeldiano para explicar el lenguaje de los derechos "de dos términos", común entre los juristas... Véase D. N. MacCormick, "Rights in Legislation", en *Essays*, 188 en págs. 200-2; A. M. Honoré, "Rights of Exclusion and Immunities against Divesting" (1959-60) 34 *Tulane Law Rev.* 453; Raz, *Legal System*, pág. 180; y, menos rigurosamente, L. L. Fuller, *Morality of Law*, págs. 134-7. Lo que llamo aquí derechos "de dos términos" son ejemplos de "instituciones" jurídicas: MacCormick, "Law as Institutional Fact" (1974) 90 *L. Q. R.* 102 en págs. 106, 106-110, enfatiza correctamente la importancia de la *permanencia en el tiempo* como la razón básica de las concepciones de "cosas" o instituciones que tienen los juristas, las cuales son formas de ordenar y controlar conceptualmente la atribución de los derechos hohfeldianos. J. L. Mackie me hizo ver la analogía con nuestra explicación "de sentido común" del mundo material: las consecuencias empíricas de un enunciado sobre objetos materiales pueden ser idénticas a las de un conjunto de enunciados sobre fenómenos, pero no se pueden analizar exhaustivamente en los términos de tal conjunto; así también las consecuencias jurídicas prácticas de cualquier "derecho en el sentido de los juristas" pueden ser idénticas a las de algún conjunto de derechos hohfeldianos, pero no se pueden analizar exhaustivamente en términos de éstos.

El titular de un derecho-exigencia hohfeldiano, ¿es la persona que tiene acción o el beneficiario?... Sobre la necesidad de estipularlo, y sobre algunos problemas de estipular que es el titular de la acción, véase Finnis, "Some Professorial Fallacies about Rights" (1972) 4 *Adel. L. R.* 377 en págs. 379-80. La seguridad de Hart, en todas sus defensas de la teoría de los derechos de la "elección" (véase la siguiente nota), de que los juristas ingleses expresarían sin ninguna duda las reglas claras del derecho inglés diciendo que "los terceros no tienen derechos derivados del contrato", parece fuera de lugar en vista de los dichos de Lord Reid y de Lord Pearce (realizados sin ánimo polémico ni teórico), citados en el texto.

Teorías de los derechos "del beneficio o interés" versus las "de la elección o la voluntad"... La introducción más esclarecedora a este largo debate (aunque estoy en desacuerdo con su preferencia por la teoría de la "elección") es la de Hart, "Bentham on Legal Rights", *loc. cit. supra*. Para la crítica de la preferencia de Hart véase Marshall, "Rights, Options and Entitlements", *loc. cit. supra*; MacCormick, "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Rights" (1976) 62 *Arch. R. S. P.* 305-16. Incluso para el contexto estrictamente jurídico, MacCormick ofrece buenas razones para preferir una explicación de los derechos basada en el "beneficio": "Rights in Legislation", en *Essays*, págs. 189-209. En su primera defensa de la teoría de la "elección", Hart admitió que "si hubiese derechos legales que no puedan renunciarse, ellos necesitarían un tratamiento especial": "Definition and Theory in Jurisprudence" (1954) 70 *L.Q.R.* en pág. 49 nº 15. Ese "tratamiento especial" no ha aparecido, y la existencia de tales derechos se opone a la teoría de la "elección".

VIII.3

El significado de "jus" en Tomás de Aquino... Sobre este tópico ampliamente debatido, véanse P. M. Van Overbeke, "Droit et Morale: Essai de synthèse thomiste" (1958) 58 *Rev. Thom.* 285, en págs. 304-11, y las obras ahí citadas; a las que se añade P.-D. Dognin, "La justice particulière comporte-t-elle deux espèces?" (1965) 65 *Rev. Thom.* 399, en pág. 412 n. Sobre la familiaridad de Tomás de Aquino con la terminología jurídica romana, véase J.-M. Aubert, *Le Droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas* (París: 1955), págs. 87-139.

El significado de "jus" en el derecho romano... Sobre esta difícil cuestión, véase H. Maine, *Early Law and Custom* (1891), págs. 365, 390; W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law* (3^a ed., P. Stein, Cambridge: 1966), pág. 58; M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (París: 1957) Caps. XI, XIV; Villey, *Seize essais de philosophie du droit* (París: 1969), págs. 149-55. *Ibid.*, págs. 155-69, contiene una relación detallada y valiosa del debate sobre el significado de "jus" entre el Papa Juan XXII (canonista y devoto de Tomás de Aquino) y Guillermo de Ockham, entre los años 1323 y c. 1332. La nueva definición de *jus* desarrollada por Ockham puede tomarse de su definición del *jus utendi* (*ibid.*, pág. 166): "Un *jus utendi* es un poder legítimo de usar un objeto externo; un poder del cual uno no debe ser privado contra su voluntad salvo por alguna culpa u otra causa razonable; un poder tal que, si uno es privado de él, uno puede iniciar procedimientos legales contra la persona que así obre" ("*jus utendi est potestas licita, utendi re extrinseca, qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili priuari non debet invitus, et si privatus fuerit, privantem poterit in judicio convenire*"). Esto puede compararse provechosamente con las modernas teorías de los derechos "de la elección", y con la noción de Hart de un derecho como "soberanía a pequeña escala". Desafortunadamente, el tratamiento de *jus* por Villey se resiente de una distinción exagerada entre *jus* y *lex* (que son, por supuesto, nociones distintas, pero estrechamente relacionadas), lo cual le lleva a distinciones extravagadas entre el derecho (*law*) y la moral, y entre la justicia y los principios de la razonabilidad práctica: véase Villey, "Si la théorie générale du droit, pour Saint Thomas, est une théorie de la loi" (1972) 17 *Arch. Phil. Dr.* 427-31; en contra, véase *ibid.*, págs. 424-5, y G. Kalinowski, "Le fondement objectif du Droit d'après la 'Somme théologique' de saint Thomas d'Aquin" (1973) 18 *Arch. Phil. Dr.* 59 en 64, 69-72; "Sur l'emploi métonymique du terme 'ius' par Thomas d'Aquin...", *ibid.*, págs. 333-6.

Hobbes sobre los derechos... Para la crítica propuesta en el texto, véase también Marshall, "Rights, Options and Entitlements", en *Oxford Essays II*, 228 en pág. 231; Hart, "Bentham on Legal Rights", *ibid.*, 171 en págs. 179-82. La pretensión de Hobbes de que a menudo se confundía *jus* y *lex* es ciertamente fundada, en relación con sus contemporáneos: véase e.g. John Selden, *De Jure Naturali et Gentium juxta disciplinam Ebraeorum* (1640), en sus *Opera Omnia* (ed. D. Wilkins: 1726), vol. I: "Jus peti nequit, unde auctoritas et imperium perspici nequit" (pág. 133), o de modo aún más chocante, "Nulla obligatio juris inter pares" (pág. 140). Esto está lo más alejado posible del uso de "jus" de Tomás de Aquino, y simplemente equipara *jus* con *lex* (una *lex* concebida muy voluntaristamente también).

Locke sobre los derechos... En *Two Treatises of Government* (1689), Locke usa la expresión "un derecho" y sus afines de una manera suelta e informal, pero con un pre-

dominio abrumador de las connotaciones de "libertad" y "poder", más que las de "derecho-exigencia" o de "jus" en su sentido clásico: véase e.g. *Second Treatise*, págs. 87, 123, 128-9, 137, 190, 220; cfr. págs. 7, 190.

VIII.4

Proclamaciones y declaraciones contemporáneas de derechos... Véase, e.g., Ian Brownlie, *Basic Documents on Human Rights* (Oxford: 1971).

"Public order" y "l'ordre public" ("orden público")... La notoria diferencia de significado de estas expresiones fue puesta de relieve por los autores de los Pactos de 1966: véase UN General Asigs. Records Annexes, décima sesión (1955), Agenda ítem 28 (parte II), pág. 48, citado en Maurice Cranston, *What are Human Rights?* (London: 1973), pág. 79. La concepción del *common law* se conserva en la interpretación de la Constitución de la India, Art. 19 (2): véase Durga Das Basu, *Constitutional Law of India* (New Delhi: 1977), pág. 45.

"Moral pública" y "moral"... Los textos internacionales utilizan las dos expresiones y a veces son gramaticalmente ambiguas, de tal modo que "moral" puede ser o no ser calificada por "pública". El argumento en el texto se centra en la "moral pública", pero puede haber buenos argumentos para aceptar la "moral" como fundamento de limitación en ciertos contextos, e.g. en relación con el incesto y la pedofilia en general, las prácticas sadomasoquistas, y el suicidio y la complicidad con el suicidio.

Los derechos de los niños y de los padres a cierto tipo de ambiente... En este sentido, el *Child and Youth Welfare Code* (Decreto Presidencial 603 de 1974) (Filipinas) establece, *inter alia*: Título I, Artículo 3º: "Todos los niños serán titulares de los derechos que aquí se exponen... (3) Todo niño tiene derecho a un completo desarrollo de su personalidad... (5) Todo niño tiene derecho a ser educado en un ambiente de moralidad y rectitud para el enriquecimiento y fortalecimiento de su carácter... (9) Todo niño tiene derecho a vivir en una comunidad y en una sociedad que pueda ofrecerle un medio ambiente libre de influencias perniciosas y favorable al cuidado de su salud y el cultivo de sus cualidades y atributos deseables...". Ni este argumento ni el del texto agotan las razones para legislar sobre cuestiones sexuales. La decencia pública es una cuestión relacionada pero distingible, que tiene que ver con la manutención de una cierta "distancia" (para ser muy sumario) respecto de las características corporales y de la sexualidad de los demás, una distancia que la mayoría de la gente considera esencial para mantener la integración de su propia naturaleza corpórea y de su sexualidad con su autoposición, con la amistad, etc.

VIII.5

Traducir exigencias de derechos humanos "de dos términos" a relaciones "de tres términos"... Sobre el problema en relación con "el derecho a la vida" y "el derecho al propio cuerpo", véase Judith J. Thomson, "A Defense of Abortion" (1971) 1 *Phil. Pub. Aff.* 47-66, y J. M. Finnis, "The Rights and Wrongs of Abortion: a Reply to Judith Thomson" (1973) 2 *Phil. Pub. Aff.* 117-45 (los dos reimpressos en, e.g., Dworkin [ed.], *Philosophy of Law*, Oxford: 1977). Para un esbozo de las complejidades en relación

con "la libertad de expresión", véase Finnis, "Some Professorial Fallacies about Rights" (1972) 4 *Adel. L. R.* 376 en págs. 385-6. Al pensar acerca de la libertad de expresión, es importante tener en mente el derecho (*law*) sobre las patentes, sobre los derechos de autor, sobre los acuerdos para restringir el comercio y para proteger el secreto industrial y la propiedad intelectual; sobre la publicidad engañosa o peligrosa, y la protección al consumidor en general; sobre las injurias y las calumnias; sobre la traición; sobre la conspiración para cometer cualquier tipo de crimen; sobre la instigación a cometer cualquier tipo de crimen grave; sobre los secretos de Estado, etc., antes de pensar en el derecho (*law*) sobre la pornografía.

"*Paternalismo*" ... Sobre la importancia de la proporción de toda vida humana que se pasa en la infancia, véase Francis Schrag, "The Child in the Moral Order" (1977) 52 *Philosophy* 167-77.

VIII.6

"*Paternalismo*", "*liberalismo*" e igual respeto y consideración... Para el argumento criticado en el texto, véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, págs. 272-7; no menciono su distinción entre preferencias "externas" e "internas", puesto que ella se dirige contra el utilitarismo, no contra mi posición (que es más o menos lo que él describe como un "argumento ideal de política": pág. 274). Es importante rebatir la interpretación de Dworkin sobre las exigencias de igual consideración y respeto, puesto que, adecuadamente comprendidas, estas exigencias son un elemento fundamental de la justicia distributiva; véase VII.3, más arriba.

Paternalismo y violación de la justicia comunitativa... Defender el paternalismo contra la acusación de que niega la igual consideración y respeto no es defender todas las formas de paternalismo. De hecho, ciertas formas contemporáneas de paternalismo parecen particularmente indiferentes a la justicia (comunitativa): especialmente (i) el paternalismo nuevo y radical que mata a las personas minusválidas (en el vientre materno, en la ancianidad, o en otros momentos) "por su propio bien", "porque su vida no es, o no será, digna de ser vivida"; y también, de un modo menos chocante, (ii) el paternalismo que insiste en que al pobre se le den "subsidios-sociales" sólo y principalmente en especie, no en dinero, tratando así la autonomía y el autogobierno de los beneficiarios sólo como una causa de derroche y disparate, no como un bien intrínseco.

VIII.7

Derechos "absolutos"... Puesto que los escritores de proclamas y los autores de las Declaraciones de Derechos (*Bills of Rights*) se han apropiado de "inalienables" e "inviolables" para describir derechos que están declaradamente sometidos a excepciones creadas para equilibrarlos y armonizarlos con otros derechos o con el ejercicio del mismo derecho por otras personas, para no mencionar el orden público y la moral, etc., es necesario usar otro término: aquí, "absoluto" o "categóricamente sin excepción", siguiendo a Feinberg, *Social Philosophy*, págs. 79, 86-8, 94-7.

El derecho a no ser asesinado como medio para ningún fin... Véase G. G. Grisez, "Toward a Consistent Natural Law Ethics of Killing" (1970) 15 *Am. J. Juris.* 64; G. E.

M. Anscombe, "War and Murder", en W. Stein (ed.), *Nuclear Weapons and Christian Conscience* (London: 1961), en págs. 46-51, también en R. Wasserstrom (ed.), *War and Morality* (Belmont, Calif.: 1972); Finnis, "The Rights and Wrongs of Abortion..." (1973) 2 *Phil. Pub. Aff.* 117-45 (también en Dworkin [ed.], *Philosophy of Law*). La casuística desarrollada en relación con este derecho absoluto puede extenderse, *mutatis mutandis*, a los demás derechos mencionados en el texto.

XI.8, más adelante, y II.6, precedentemente). Para la doctrina jurídica inglesa de que “el Rey no puede cometer delito”, cfr. Blackstone, *I Comm.*, págs. 235-40, 243-4; esp. pág. 237: “el Rey mismo no puede cometer delito; puesto que sería una gran debilidad y absurdo, en cualquier sistema de derecho positivo, establecer algún posible delito sin ninguna reparación posible”; *III Comm.*, págs. 254-5; *IV Comm.*, pág. 32.

El gobernante individual está bajo la obligación “directiva”, aunque no bajo la obligación “coactiva”, de la ley... El análisis fundamental se halla en Tomás de Aquino, *S.T.*, I-II, q. 96, a. 5 (“¿Están todos sujetos a la ley? Sí”), ad 3: “Se dice que un *princeps* está ‘exento de la ley’ en relación con el poder coactivo de la ley, pues nadie es forzado, en el sentido estricto de la palabra, por sí mismo (y la ley sólo tiene su fuerza coactiva por el poder del *princeps*)... Pero en relación con la autoridad directiva de la ley, el *princeps* está sujeto a la ley hecha por su propia voluntad... Ante el juicio de Dios, el *princeps* no está ‘exento de la ley’ en relación con su autoridad directiva, y debe cumplir la ley libremente, no bajo coacción (aunque él está por encima de la ley, en la medida en que puede cambiarla si conviene, y conceder dispensas de ella adaptadas al tiempo y lugar)”. La distinción se encuentra en Bracton, *De Legibus Angliae* [c. 1250] I, 38 (y véase Maitland, *The Constitutional History of England* [1888] Cambridge: 1919, págs. 100-1), en Matthew Hale, *Pleas of the Crown* [c. 1670] (1^a ed. 1736) I, 44; Hale, “Reflexions on Hobbes’s Dialogue of the Common Law” [c. 1670], en Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, en págs. 507-8; y como un vestigio residual, en una discusión de “el Rey no puede cometer delito”, oscurecida con ficción y cambiante retórica, en Blackstone, *I Comm.*, págs. 235, 237; y esp. *IV Comm.*, pág. 33. Para la proposición indiferenciada de que el gobernante debería (salvo en circunstancias extraordinarias) estar sujeto a la ley, véase ya antes Platón, *Carta Séptima*, 337a, d; *Leyes*, IV; 715b-d, 875d.

Para una explicación de la *vis directiva*, la fuerza “directiva” de la ley, véase XI.4, más adelante.

CAPÍTULO X EL DERECHO

SUMARIO: X.1. El derecho y la coacción.— X.2. El castigo injusto.— X.3. Las características principales del orden jurídico.— X.4. El imperio del derecho.— X.5. Los límites del imperio del derecho.— X.6. Una definición de derecho. X.7. La derivación del derecho “positivo” a partir del derecho “natural”.— Notas.

X.1. EL DERECHO Y LA COACCIÓN

El caso central de derecho y de sistema jurídico es el derecho y el sistema jurídico de una comunidad política, que pretende tener autoridad para dar dirección comprehensiva y suprema a la conducta humana en esa comunidad y para conferir validez jurídica a todas las otras disposiciones normativas que afecten a los miembros de esa comunidad (véase VI.6). Tales vastas pretensiones, propuestas por o en representación de simples hombres, no serían atendibles a menos que aquellos de quienes se dice que están sujetos a la autoridad jurídica tengan razón para pensar que la obediencia al derecho y a las órdenes de sus funcionarios no les dejará sometidos a las embestidas y los ataques de sus enemigos, dentro o fuera de la comunidad. La autoridad del derecho depende, como veremos con detalle, de su justicia o al menos de su capacidad para asegurar la justicia. Y en este mundo, tal como es, puede ser necesario asegurar la justicia por la fuerza; no intentar resistir por la fuerza los ataques de los invasores, los piratas, y los recalcitrantes, será normalmente una carencia de justicia. Si la “efectividad” se contrasta con la “justicia” (cosa que no es necesaria), la fuerza coactiva del derecho no es simplemente una cuestión de efectividad.

Aristóteles dio origen a una lamentable simplificación excesiva de la relación entre el derecho y la coacción. Él era consciente de que el derecho posee típicamente dos modos de operación, directivo y coactivo. Pero sugirió que la necesidad de coacción procede de la desobediencia de los muchos egoístas, brutos, cuyo egocentrismo sin principios sólo puede ser moderado por una amenaza directa contra su propio interés. Pero el hecho es que la desobediencia —rehusar o dejar de obedecer las determinaciones autoritativas

para la coordinación de la acción para el bien común— puede tener sus raíces no sólo en un obstinado egocentrismo, o en una negligente indiferencia hacia los bienes comunes y hacia las disposiciones adoptadas para promoverlos, sino también en una oposición moralmente inspirada, en conciencia, a las exigencias de esta o aquella disposición (o quizás de todas y cada una). La razonabilidad práctica —de cuya genuina autoridad la conciencia, en el sentido moderno del término, obtiene el prestigio que merece (V.9)— exige que el terrorismo por motivos de conciencia, por ejemplo, sea suprimido por motivos de conciencia con el mismo vigor que otras formas de criminalidad.

No toda coacción legal se impone como sanción o castigo. Aun los más desarrollados sistemas jurídicos permiten, con razón, un uso de la fuerza no sólo para resistir las agresiones violentas, sino también para expulsar a ciertas clases de intrusos. Todos permiten el arresto de ciertos sospechosos de delito o de delincuentes potenciales, y de personas o cosas (*e.g.* barcos) que de otra manera podrían evadir un proceso judicial. Las sentencias pueden ser ejecutadas, y otras clases de deudas satisfechas, por medio del embargo, apoderamiento y venta forzada. Pero el contexto de restricciones que rodea estas medidas de coacción en un sistema jurídico maduro se comprende mejor mirando más de cerca una amenaza y uso de la fuerza empleados con un propósito bastante distinto: las sanciones punitivas (“castigos”).

Las prohibiciones del derecho penal se justifican por un objetivo simple: que determinadas formas de conducta, incluidas determinadas omisiones, acontezcan con menor frecuencia que si no estuviesen prohibidas. Pero el “sistema” del derecho penal es más que ese conjunto de prohibiciones. La “meta” de los sistemas modernos de derecho penal, con los que estamos familiarizados, sólo puede describirse como una determinada forma o calidad de la vida en común, en la cual las exigencias del bien común ciertamente son clara e insistentemente preferidas a la indiferencia egoísta o a las exigencias individualistas de permisividad, pero también se reconocen como incluyentes del bien de la autonomía individual, de manera que en este modo de asociación a nadie se le hace vivir su vida para el beneficio o la conveniencia de los demás, y cada uno tiene la posibilidad de dirigir su propia vida (de constituirse a sí mismo a lo largo de la duración de su vida) con un claro conocimiento y previsión del adecuado camino común y del costo de desviarse de él. En consecuencia, la administración o aplicación de las prohibiciones del derecho penal está atravesada por reglas y principios de justicia procedural (“debido proceso legal”) y de justicia sustantiva (meritocracia, proporcionalidad), que modifican muy sustancialmente la búsqueda del objetivo de eliminar o disminuir las formas indeseadas de conducta: principios como *nulla poena sine lege* (y más exactamente *leges*, por lo demás), y los principios que prohíben la proscripción retroactiva de conduc-

tas (al precio conocido de dejar escabullirse a algunos personajes de dudoso comportamiento), y ponen cortapisas al proceso de investigación, interrogación y juicio (aun a expensas de ese *terror* que un Lenin sabe que es necesario para alcanzar objetivos sociales determinados).

Uno puede discutir razonablemente los detalles de estos sistemas de derecho penal, y ajustarlos a las circunstancias cambiantes. Pero, en cuanto a su sentido y a sus características principales, ellos se justifican porque el bien común de la comunidad es el bien de todos sus miembros; es un bien de realización ilimitada, una participación en todos los valores básicos, y su conservación no es un objetivo simple comparable al de mantener un sendero libre de maleza.

La sanción jurídica, por tanto, ha de ser una respuesta a las necesidades humanas, no diseñada a imitación de una campaña de “defensa social” contra una plaga de langostas, o de gorriones. Es necesario enseñar a casi todos los miembros de la sociedad cuáles son realmente las exigencias del derecho —el sendero común para perseguir el bien común—; y enseñarles no mediante sermones, ni mediante la publicación de los pormenores de las leyes, sino mediante el drama público y vívido (*¡relativamente!*) de la aprehensión, juicio y castigo de quienes se apartan de esa vía común prescrita. Es necesario dar a los desobedientes actuales o potenciales (que incluyen a la mayoría de los miembros de la sociedad, en relación con por lo menos alguna actividad u otra) un incentivo palpable para obrar conforme al derecho cuando apelar a la razonabilidad de apoyar el bien común no logre moverlos. Y es necesario proporcionar a quienes observan la ley el estímulo de saber que no están siendo abandonados a la merced de los criminales, que no se dejará que quienes desprecian la ley disfruten pacíficamente sus malhabidas ganancias, y que cumplir con la ley no es ser un simple bobo: porque sin este apoyo y garantía no es probable que continúe la cooperación indispensable de los ciudadanos observantes de la ley.

Además del precedente conjunto de exigencias y objetivos definidores, que derivan de la “psicología” de los ciudadanos, existe una exigencia o propósito definidor del todo distinto, por razón del cual las sanciones jurídicas constituyen *castigos*, y no meramente la “higiene social” de los lugares en cuarentena, los manicomios y la detención preventiva. Las sanciones son castigos porque son exigidas para evitar la injusticia, para mantener un orden racional de igualdad proporcional, o equidad, entre todos los miembros de la sociedad. Porque cuando alguien, que realmente podría haber elegido otra cosa, manifiesta en su obrar (intencionalmente o por incon sideración o negligencia) una preferencia por sus propios intereses, por su propia libertad de elegir y de obrar, en contra de los intereses comunes y del modo-de- obrar común legalmente definido, entonces obtiene, en y por me-

dio de esa misma acción, una cierta clase de ventaja sobre aquellos que se han autolimitado, que han restringido la búsqueda de sus propios intereses, con el fin de observar la ley. ¿No es acaso el ejercicio de la libertad de elección un gran bien humano en sí mismo? Si el criminal que no restringe su libertad retuviese esta ventaja, la situación sería tan desigual e inequitativa como lo sería si él retuviese los beneficios tangibles de su delito (el botín, los fondos indebidamente apropiados, el cargo remunerado, el...). Si quienes ejercen la autoridad permitieran la retención de ventajas injustamente obtenidas, no sólo perderían la lealtad de los perjudicados que observan la ley, sino que de hecho perderían su título, según la razón, a esa lealtad. Porque la autoridad de los gobernantes deriva de que estén en condiciones de promover el bien común, y un equilibrio equitativo de cargas y beneficios dentro de una comunidad es un aspecto importante de ese bien común.

El castigo, por tanto, busca de modo característico restaurar el equilibrio de ventajas distributivamente justo entre el criminal y el que observa la ley, de manera que, durante el lapso de tiempo que va desde antes del delito hasta después de aplicado el castigo, realmente nadie haya sido perjudicado —respecto de *esta* clase especial, pero muy real, de ventaja— por haber elegido permanecer dentro de los confines de la ley. Esta restauración del orden de la justicia se realiza privando al criminal¹ de lo que ganó con su acto criminal (en el sentido ahora relevante de “ganar”): *viz.* el ejercicio de la propia voluntad o libre elección.

Lo que se ha hecho no puede ser deshecho. Pero el castigo rectifica el modelo² perturbado de distribución de ventajas y desventajas en una comunidad, al privar al criminal convicto de su libertad de elección en forma proporcional al grado en que había ejercido su libertad, su personalidad, en el acto ilegal. Tal privación se realiza muy comúnmente por medio de una multa; la sustracción de medios pecuniarios disminuye las oportunidades de elección. Pero la privación de libertad también puede realizarse mediante el efectivo encarcelamiento, o mediante la supresión de libertades civiles. No existe una medida “natural” absoluta del debido castigo: la ley del talón (vida por vida, ojo por ojo, etc.) no comprende lo esencial, porque se concentra en el contenido material o en las consecuencias de los actos críma-

¹ Recuérdese: no todos los que son definidos como delincuentes por este o aquel sistema jurídico serán realmente “criminales” en el sentido aquí relevante, esto es, personas que (a) realmente ejercieron su libertad en su acto ilícito y (b) antes de ese momento no estaban ellos mismos desventajados por un orden social sustancialmente injusto en algún aspecto *relevante*.

² “Modelo” se ha de entender aquí no como el modelo sincrónico de un momento presente (pues ese modelo nunca podría ser “rectificado”) sino como el modelo diacrónico cuya justicia sólo puede estimarse examinando cómo se ganan, se sufren y se cambian las ventajas y las desventajas a lo largo de un período de tiempo.

les más que en su malicia formal (injusticia) que consiste en una voluntad de preferir el interés propio irrestricto antes que el bien común, o por lo menos en una resistencia a hacer el esfuerzo de permanecer dentro de la vía común. Pero algunos actos ilícitos son premeditados, algunos impulsivos, algunos implican algo superficial mientras otros constituyen grandes elecciones, que buscan grandes beneficios, y que realmente enfrentan la voluntad del individuo contra sus compañeros; en consecuencia, surge una imprecisa pero suficiente “función” o, más crudamente, “escala” de respuestas punitivas *relativamente* adecuadas.

Finalmente, las sanciones son parte de la empresa de ordenar jurídicamente la sociedad, una empresa razonablemente exigida sólo por ese complejo bien de los individuos que denominamos el bien común. El criminal es un individuo cuyo bien es tan bueno como el de cualquier hombre, a pesar de que él deba en justicia ser privado de algunas oportunidades de realizar ese bien. En el supuesto (que, para simplificar, he adoptado en esta sección) de que el sistema jurídico y el orden social en cuestión son sustancialmente justos, estamos obligados por todo nuestro análisis del bien humano a decir que quien desafía o desprecia la ley no sólo daña a los otros sino también a sí mismo. Él ha aprovechado la ventaja de la preferencia personal, y quizás de algunas satisfacciones psicológicas y/o del botín, pero todo al costo de disminuir su personalidad, su participación en el bien humano; porque tal participación tiene lugar sólo a través de la *reasonable* búsqueda, realización y disfrute de los bienes básicos. La sanción punitiva, por tanto, debe adaptarse de manera que, dentro del marco de sus dos conjuntos de objetivos definidores ya indicados, pueda contribuir a restaurar una personalidad razonable en el delinquente, reformándolo no sólo en beneficio de otros sino también de sí mismo: “para llevar una vida buena y útil”.³

X.2. EL CASTIGO INJUSTO

El precedente análisis del rol de la coacción en la ordenación jurídica de la comunidad ilustra, aunque de modo fragmentario, cuál es el método propio de la teoría del derecho. Este método no teme enfrentar la maldad humana. No está restringido a los problemas de una imaginaria sociedad “bien ordenada”. Tampoco supone por un momento que quienes ejercen la autoridad están exentos de criminalidad e injusticia. No obstante, alguien que siga este método no participará en debates sobre si “llamaríamos castigo” a que un juez sentenciara a sabiendas a un hombre inocente, usándolo como chivo expiatorio para evitar una perturbación del orden público. El proble-

³ Rule 1, Prison Rules (England and Wales), S.I. 1964, nº 388.

ma en la teoría del derecho no consiste en encontrar o inventar definiciones que se extiendan a *todas* las circunstancias en que, con independencia de los puntos de vista particulares, la palabra que se está definiendo pueda ser empleada "correctamente". En la teoría del derecho tienen cabida, por supuesto, las definiciones estipulativas de palabras, con el fin de evitar malentendidos en el discurso, y las indagaciones lexicológicas, con el fin de reunir recordatorios de la complejidad de los asuntos, preocupaciones y razonamientos humanos. Pero el sentido de una teoría del derecho tal como se exemplifica en este capítulo es explicar ciertas instituciones humanas mostrando cómo constituyen respuestas a las exigencias de la razonabilidad práctica.

Las instituciones autoritativas justificadas por las exigencias de la razonabilidad práctica pueden ser desviadas, y bastante a menudo lo son, para satisfacer las exigencias de las pasiones individuales o de grupo. En otras circunstancias (e.g. la comunidad internacional) estas influencias malignas, u otros obstáculos prácticos, contribuyen a impedir el desarrollo pleno de tales instituciones. Un método correcto en la teoría del derecho reconocerá todo esto, pero no atenuará sus explicaciones sobre los vínculos entre las instituciones humanas y los valores y exigencias de la razonabilidad práctica. Así, la explicación del castigo se referirá a características que están ausentes del castigo de los chivos expiatorios. Esta ausencia no nos exige modificar la definición explicativa del castigo. Tampoco nos exige esta definición prohibir el uso del término "castigo" en el caso del chivo expiatorio. Aún menos nos exige expulsar el estudio del abuso de la autoridad a alguna otra disciplina. Simplemente nos exige reconocer el castigo injusto de los chivos expiatorios como lo que es: un uso abusivo, corrupto, de una institución o procedimiento humano justificado, un abuso adecuadamente designado mediante un uso secundario o no-focal del término "castigo", un término que en su uso focal desempeña un papel conveniente en cualquier explicación satisfactoria de lo que se necesita para el bienestar humano. Las razones para este papel, y las correspondientes características del caso central de la institución y del uso focal del término, han sido expuestas en mi explicación.

X.3. LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL ORDEN JURÍDICO

Es necesario que el derecho sea coactivo (primariamente mediante sanciones punitivas, secundariamente mediante intervenciones y restricciones preventivas). Pero otras características importantes del orden jurídico saldrán a relucir si nos hacemos la pregunta: ¿habría necesidad de autoridad jurídica y de regulación en un mundo donde no hubiese desobediencia ni, por tanto, necesidad de sanciones?

Max Weber decidió definir "derecho" por referencia al problema de la desobediencia y de la existencia de sanciones autorizadas.⁴ La suya fue ofrecida explícitamente como una definición estipulativa, y en cuanto tal es inobjetable. Pero es significativo que la complejidad y riqueza de los datos de Weber, y del lenguaje occidental en el cual tenía que analizar esos datos, prevalecieran sobre su decisión definicional. Porque él se sintió obligado a distinguir, de entre tres "tipos puros" de coordinación autoritativa (*Herrschaft*), un tipo que podría ser mejor descrito como *jurídico (legal)*. Y las características de este tipo, tal como el mismo Weber las describió, no tenían nada que ver específicamente con la coacción o con un equipo de hombres autorizados para imponer sanciones. En realidad, él pensaba que el orden jurídico estaba exemplificado de la manera más pura en el orden interno de una burocracia moderna, en cuyas labores la coacción, incluso la coacción "psíquica", es de modo característico reemplazada, en gran medida, por un sentido del deber motivado por un sentido del valor "en sí mismo" de la sumisión a las reglas internas de la organización. Este alejamiento de su propia definición estipulada de derecho constituye una prueba de la sensibilidad de Weber respecto de los datos y del lenguaje —porque los muchos sentidos o facetas del término "derecho" (y sus equivalentes en alemán, etc.) reflejan simplemente los muchos intereses, aspiraciones, y motivaciones de las sociedades que usan ese término para los fines, y en el decurso, de las prácticas y de la vida en comunidad que a su vez constituyen los datos sociológicos de Weber (I.1).

Para Weber, entonces, la coordinación autoritativa posee carácter jurídico cuando opera no mediante una actitud de obediencia a las personas sino mediante una disposición a cumplir con "el derecho", un orden jurídicamente establecido de reglas coherentes y abstractas (normalmente establecidas intencionalmente) y de principios que han de ser aplicados y seguidos en casos particulares —de modo que los que ejercen la autoridad son considerados como "funcionarios" cuyo cargo o autoridad se define mediante esas reglas, y que han de ser obedecidos sólo en cuanto actúen dentro del ámbito de sus potestades jurídicas. Aquí podemos dejar a Weber, observando que las características del derecho que encontró de este modo, inteligiblemente ligadas entre sí con una constancia históricamente significativa en muchas etapas (¡no en todas!) del orden social humano, son características que nos permiten distinguir el derecho de la política, de las convenciones, de los usos sociales, de la etiqueta, de las costumbres, de los juegos, y en realidad

⁴ "Un orden será llamado *derecho (law)* si está garantizado externamente por la probabilidad de que la coacción (física o psicológica), para obtener la conformidad o vengar la transgresión, será aplicada por un equipo de gente que está especialmente lista para ese objetivo": *On Law*, pág. 5.

de toda otra forma o matriz de interacción en comunidad —y de distinguirlo de modo plenamente suficiente *incluso en ausencia de cualquier problema de desobediencia* y por ende de cualquier necesidad de coacción o de sanciones.

La descripción de lo que es característico de la autoridad y del orden jurídicos, presentada en el párrafo precedente, no nos lleva de hecho mucho más allá de la noción de Aristóteles, sugestiva aunque escurridiza, de “el imperio del derecho (la ley) y no de los hombres”.⁵ Dando por supuestas las características ya mencionadas (VI.6) de la completitud, la pretendida supremacía, y la capacidad para incorporar o ratificar (características que no diferencian por sí mismas el orden jurídico respecto del gobierno personal carismático de un soberano que administra “justicia intuitiva” [*palm-tree justice*] mediante decretos *ad hoc*), podemos ahora enumerar sucesivamente las características principales que en su conjunto (normal aunque no invariabilmente se hallan unidas) distinguen el orden jurídico. De la enumeración resultará evidente que los modos como el derecho forma, sostiene y favorece los modelos de coordinación serían deseables incluso en una sociedad libre de desobediencia. Así como la autoridad no es exigida exclusivamente por la malicia o estupidez del hombre, así tampoco estas características del orden jurídico, aunque adaptables para enfrentar problemas de desobediencia o negligencia, son requeridas exclusivamente, cada una singularmente considerada o todas ellas en su conjunto, por la necesidad de hacer frente o remediar esas deficiencias humanas.

En primer lugar, pues, el derecho introduce definición, precisión, claridad, y por tanto previsibilidad en las interacciones humanas, mediante un sistema de reglas y de instituciones interrelacionadas de tal manera que las reglas definen, constituyen, y regulan las instituciones, y las instituciones a su vez crean y administran las reglas, y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento. Hay de este modo un “círculo” típicamente jurídico, por el cual tiene sentido decir que el sistema (como se denominan significativa pero vagamente las instituciones y reglas interrelacionadas) “se levanta a sí mismo tirando de sus propias orejas”—una idea que se expresa en el axioma más científico, pero de todas formas literalmente paradójico, de que “el derecho regula su propia creación”. Mi análisis de la formación de la costumbre (IX.3) mostró, por supuesto, que se puede romper el círculo y evitar la paradoja; pero el pensamiento jurídico evita sistemáticamente responder la pregunta que yo respondí en ese lugar: cómo puede generarse una regla autoritativa sin previa autorización.

⁵ Cfr. *Pol.* III, 10: 1286a 9.

El método jurídico primario para mostrar que una regla es válida consiste en mostrar (i) que hubo en algún momento pasado, m_1 , un acto (de un legislador, un tribunal, u otra institución adecuada) que de acuerdo con las reglas en vigor en m_1 equivalía a un acto de creación de reglas válido y en consecuencia operativo, y (ii) que desde m_1 la regla así creada no ha terminado (dejado de estar en vigor) en virtud de sus propios términos o de algún acto de derogación válido de acuerdo con las reglas de derogación vigentes en los momentos $m_2, m_3\dots$. Es un postulado operativo del pensamiento jurídico (tan fundamental que apenas si se lo identifica y analiza) el que cualquier regla o institución jurídica (*e.g.* un contrato, una transacción, una corporación) una vez que ha sido válidamente creada permanece válida, en vigor o en existencia, desde la perspectiva del derecho, hasta que termina de acuerdo con sus propios términos o con algún acto o regla de derogación válidos.

En tercer lugar, después, las reglas de derecho regulan no solamente la creación, administración, y aplicación de tales reglas, y la constitución, tipo y terminación de las instituciones, sino también las condiciones bajo las cuales un individuo privado puede modificar la extensión o la aplicación de las reglas (en relación consigo mismo o con otros individuos). Es decir, los individuos pueden realizar actos jurídicos (*juridical*) que, si se realizan en conformidad con reglas en vigor en el momento de la realización, equivalen a celebrar un contrato, a efectuar una venta o una compra o una transferencia de dominio, a instituir un legado, a contraer matrimonio, a constituir una corporación o una sociedad, a entablar una demanda, ir a juicio... Todas las entidades jurídicas creadas de este modo poseen la característica de persistir en el tiempo.

En cuarto lugar, podemos decir que el modo jurídico de pensar (*i.e.* el derecho) introduce en el orden de las interacciones humanas la precisión y previsibilidad de que es capaz mediante una técnica especial: considerar los actos (de promulgación, judicación, o uno cualquiera de los múltiples actos de ejercicio de “potestades” públicas o privadas) pasados (usualmente con fecha determinable) como si proporcionaran, *ahora*, una razón suficiente y excluyente para actuar de una manera *entonces* “prevista”. En un sentido importante la “existencia” o “validez” de una regla jurídica puede explicarse diciendo que consiste simplemente en esta relación, esta relevancia continua del “contenido” de ese acto jurídico pasado para proporcionar una razón para decidir y actuar en el presente de una forma entonces especificada o prevista. La utilidad de esta atribución de autoridad a actos pasados es doble. El pasado está fuera del alcance de las personas en el presente; de este modo proporciona (con el solo condicionamiento de los problemas de prueba y de interpretación) un punto de referencia estable no afectado por las disputas e intereses variables del presente. Por otra parte, el presente será pronto el pasado; así que la técnica proporciona a la gente una forma de determinar *ahora* la estructura de su futuro.

En quinto lugar, esta técnica es reforzada por el postulado operativo (“no hay lagunas”) de que toda cuestión práctica o problema de coordinación actual ha sido “previsto”, en todos sus aspectos, por alguno o algunos de tales actos jurídicos pasados (aunque sólo sea, en algunos casos, por provisiones que establecen precisamente qué persona o institución ha de realizar ahora un acto de discreción para resolver la cuestión, o que determinan qué procedimiento preciso ha de seguirse ahora para abordar la cuestión). No es necesario insistir en que este postulado es ficticio y que, si se lo entendiera literalmente, sería descriptivamente engañoso y restringiría innecesariamente el desarrollo del derecho por medios no legislativos. El postulado es significativo sólo como un refuerzo de las otras cuatro características del derecho y del pensamiento jurídico ya mencionadas.

Todo esto, entonces, se presenta como una ordenación social suficientemente diferenciada, independiente, inteligible y prácticamente significativa que tendría un fundamento racional completamente suficiente en un mundo de santos. En el mundo tal como es, esta constelación de cinco características formales del orden jurídico se amplía y elabora con el fin de hacer frente a los problemas de fraude y abuso de poder, y se complementa con el derecho de daños y de delitos, el proceso penal y el castigo (X.1). Así es como el orden jurídico posee dos grandes características, dos modos característicos de operar, dos polos en torno a los cuales tienden a agruparse las “definiciones de derecho” y las teorías del derecho. Ellos se exemplifican mediante el contraste entre la definición formal de derecho que ofrece Weber y su empleo amplio del término “jurídico”; y pueden resumirse en los dos eslóganes: “el derecho es un orden coactivo” y “el derecho regula su propia creación”.

X.4. EL IMPERIO DEL DERECHO

La explicación que se acaba de dar de las cinco características formales de la regulación que el derecho hace de su propia creación y funcionamiento era más incompleta que la muy breve explicación de las sanciones punitivas en la sección X.1, porque le faltaba una explicación sistemática de la relación entre estas características formales y las exigencias de la justicia y del bien común. Una explicación de este tipo puede desarrollarse mejor mediante una consideración de las condiciones en las cuales podemos decir razonablemente que el “sistema jurídico” está funcionando bien.

El nombre asignado corrientemente al estado de cosas en que un sistema jurídico está jurídicamente en buen estado es el de “el imperio del derecho” (o el del “Estado de Derecho” o “principio de legalidad”). El imperio del derecho, la virtud específica de los sistemas jurídicos, ha sido bien estudiado por escritores recientes; de manera que mi análisis puede ser breve.

Un sistema jurídico realiza el imperio del derecho en la medida en que (es una cuestión de grados en cada uno de los ítems de la lista) (i) sus reglas son prospectivas, no retroactivas, y (ii) no son de ninguna otra forma imposibles de cumplir; (iii) sus reglas son promulgadas, (iv) claras, y (v) coherentes entre sí; (vi) sus reglas son lo suficientemente estables como para hacer posible a la gente orientarse por su conocimiento del contenido de las reglas; (vii) la dictación de decretos y órdenes aplicables a situaciones relativamente limitadas está orientada por reglas promulgadas, claras, estables, y relativamente generales; y (viii) aquellos que poseen autoridad para crear, administrar, y aplicar las reglas en virtud de un cargo oficial (a) han de dar cuenta de su cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación y (b) de hecho aplican el derecho coherentemente y según su tenor.

El octavo desideratum debería recordarnos que lo que se denomina vagamente “el sistema jurídico” perdura en el tiempo, y ordena los asuntos de personas que perduran en el tiempo; por lo tanto no puede entenderse como un mero conjunto de “reglas” en cuanto contenidos significativos. Ninguno de los ocho *desiderata* es sólo una característica de un contenido significativo; todos implican cualidades de instituciones y de procesos. La *promulgación*, por ejemplo, no se consigue completamente imprimiendo un montón de copias oficiales legibles de leyes, decisiones, formularios, y precedentes; exige también la existencia de una clase profesional de juristas cuyo contenido sea saber cómo orientarse en medio de los libros, y que estén disponibles sin excesiva dificultad y gastos para aconsejar a cualquiera que deseé conocer su situación. O también, la *coherencia* exige no sólo una lógica atenta en la redacción de las leyes, sino también una judicatura autorizada y dispuesta a ir más allá de las fórmulas de las reglas que se intersectan o entran en conflicto, para dar soluciones conciliadoras particulares y si fuese necesario novedosas, y para conformarse a esas mismas soluciones conciliadoras cuando se presenten casos relevantemente similares en momentos diferentes ante tribunales diferentes. O asimismo, la *irretroactividad* de la ley puede ser garantizada sólo mediante una cierta limitación a la adopción judicial de nuevas interpretaciones de la ley. En todos sus puntos vemos que el imperio del derecho implica ciertas cualidades del proceso que pueden ser aseguradas sistemáticamente sólo mediante la institución de la autoridad judicial y su ejercicio por personas profesionalmente preparadas y motivadas a obrar conforme a derecho. Obviamente, podría decirse mucho más acerca de este aspecto institucional del imperio del derecho —acerca de lo que la experiencia histórica ha mostrado que son *desiderata* adicionales, como la independencia de la judicatura, la publicidad de los procedimientos judiciales, la potestad de los tribunales para revisar los procedimientos y las acciones no sólo de otros tribunales sino de la mayoría de las otras clases de funcionarios, y la accesibilidad de los tribunales para todos, incluidos los pobres.

Para completar esta revisión del contenido del imperio del derecho, antes de proceder a indagar acerca de su sentido, sólo necesitamos observar que la preocupación por el imperio del derecho no se limita a dar forma o a modular la realización de proyectos que un gobernante ya tiene en mente. También opera sugiriendo materias nuevas para la regulación autoritativa. Considérese, por ejemplo, la extensión del derecho a un campo como el de las relaciones entre consumidores y proveedores. Del mismo modo que una regla que autoriza a un tirano a hacer lo que quiera *realiza* "el imperio del derecho" (en un sentido débil, bastante poco interesante) pero se aparta del imperio del derecho, y es "una Constitución" (en un sentido débil, bastante poco interesante) pero no logra establecer un régimen constitucional, de la misma manera una regla como *caveat emptor* constituye "una regla de derecho sobre las relaciones entre consumidores y proveedores" pero no logra extender el orden jurídico a ese campo. La decisión de extender el orden jurídico a ese ámbito, mediante el derecho penal, el derecho de los contratos y de responsabilidad por daños, nuevas instituciones para la inspección, la investigación de los reclamos, el arbitraje, etc., se justifica no sólo porque es deseable minimizar formas tangibles de daños y de pérdidas económicas, sino también por el valor en sí mismo de asegurar un alto grado de claridad, certeza, predecibilidad, confiabilidad, en las interacciones humanas de compra y venta, etc.

Y aquí tocamos, al fin, la razón por la cual el imperio del derecho es una virtud de la interacción y de la comunidad humanas. Se trata de la razón mencionada al tratar acerca del derecho procesal penal. Los individuos sólo pueden ser "ellos mismos" (*selves*) —*i.e.* poseer la "dignidad" de ser "agentes responsables"— si no se les hace vivir sus vidas para la utilidad de otros, sino que se les permite y se les ayuda a crear una identidad que perdura a lo largo de "toda la vida". Este es el valor primario de la predecibilidad que el derecho procura establecer a través de las cinco características formales anteriores estudiadas (X.3). Pero es también el valor primario de esa noción de régimen *constitucional* (*Rechtsstaat*) que, a menudo a costa de cierta falta de certeza sobre la asignación precisa de la autoridad, procura garantizar que los gobernantes no dirigirán el ejercicio de su autoridad hacia objetivos privados o partidistas. Y el motivo de mecanismos constitucionales como la denominada "separación de poderes" se expresa de modo característico no simplemente haciendo referencia a las disposiciones injustas de los gobernantes arbitrarios, partidistas, o despóticos, sino también apelando al bien positivo de una cierta calidad de la asociación e interacción entre gobernante y gobernado: "con el fin de que exista un gobierno de las leyes y no de los hombres".⁶ Implícitamente, un componente principal de la idea de régimen

⁶ Declaración de Derechos de Massachusetts [1779], Art. xxx (que establece una estricta separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial).

constitucional (que en sí misma es un aspecto de la idea del imperio del derecho) es que los gobernantes mantengan su posición en una relación de reciprocidad, en la que las exigencias de la autoridad son respetadas a condición de que la autoridad resalte las exigencias del bien común (del cual es un componente fundamental el respeto por el derecho igual para todos a una consideración respetuosa: VII.4).

En síntesis, las cinco características formales del derecho (X.3) se hacen realidad tanto más cuanto más se cumplen los ocho *desiderata* enumerados más arriba. El sentido fundamental de los *desiderata* es asegurar a quienes están sujetos a la autoridad la dignidad de la autodeterminación y de la libertad respecto de ciertas formas de manipulación. El imperio del derecho está por tanto entre las exigencias de la justicia o equidad.

X.5. LOS LÍMITES DEL IMPERIO DEL DERECHO

Del mismo modo como proseguí mi análisis del castigo (X.1) con un análisis del castigo injusto (X.2), así deberíamos ahora considerar brevemente el abuso del imperio del derecho. Lon Fuller y sus críticos plantearon la cuestión de si una tiranía entregada a objetivos perniciosos puede perseguir esos fines por medio de un imperio del derecho plenamente legítimo. El debate no logró clarificar el sentido relevante de "poder". Está suficientemente claro que aquí la posibilidad "lógica" o "conceptual" no es, ni debería ser, el centro de la discusión. Como tenemos que enfatizar una y otra vez en una época de dogmatismo conceptual, los conceptos de derecho y sociedad son legítimamente muchos, y su uso está subordinado a cuestiones de principio entrelazadas en exigencias y principios básicos de razonabilidad práctica (los cuales generan a su vez muchos conceptos y pueden expresarse de muchas formas razonables). El mismo Fuller parecía depender de una pretensión muy distinta pero igualmente insatisfactoria según la cual no se encontrará de hecho históricamente una tiranía que haya operado coherentemente por medio del derecho. Pero el análisis de Fuller tenía más sentido subyacente del que estaban dispuestos a admitir sus críticos, quienes no podían ver en tal análisis más que una pretensión "lógica" o una "histórica".

La pretensión verdaderamente relevante, que emerge calladamente de las referencias de Fuller a la "reciprocidad", es ésta. Una tiranía entregada a fines perniciosos no tiene *razón* por sí misma suficiente para someterse a la disciplina de operar coherentemente por medio de exigentes procesos de derecho, supuesto que el sentido racional de tal autodisciplina es precisamente el valor de la reciprocidad, equidad, y respeto por las personas que el

tirano; *ex hypothesi*, desprecia. El tipo de régimen que estamos considerando tiende a ser (i) explotador, en cuanto que los gobernantes se mueven simplemente por sus propios intereses sin pensar para nada en los intereses del resto de la comunidad; o (ii) ideológico, en cuanto que los gobernantes están procurando un objetivo que consideran bueno para su comunidad, pero lo proclaman fanáticamente (cfr. V.6, VII.7), pasando por alto otros aspectos básicos del bien humano en la comunidad; o (iii) una combinación de explotación e ideología, como el régimen nazi. Ninguno de estos tipos de tiranía puede encontrar en sus objetivos ningún fundamento racional para adherirse a las exigencias de la legalidad (aparte de razones tácticas o superficiales). Porque tales regímenes buscan resultados determinados, no ayudar a las personas a constituirse a sí *mismas* en la comunidad (cfr. VI.5, VII.8, VIII.3, VIII.5-6).

De manera que es un error afirmar, como algunos críticos de Fuller han afirmado, que el imperio del derecho (su conjunto de ocho *desiderata*) es simplemente un instrumento eficiente que, como un cuchillo afilado, puede ser bueno y necesario para fines moralmente buenos pero es igualmente utilizable para el mal. Adherir al imperio del derecho (especialmente a la octava exigencia, la de la conformidad de los funcionarios con reglas generales preanunciadas y estables) siempre tiende a reducir la eficiencia para el mal de un gobierno malo, pues limita sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno. La idea del imperio del derecho se basa en la opinión de que una cierta clase de interacción entre gobernante y gobernado, que implique reciprocidad y justicia procesal, es muy valiosa por sí misma; no es simplemente un medio para otros fines sociales, y no puede ser sacrificada a la ligera por esos otros fines. No es sólo una "técnica de administración" en un programa de "control social" o de "ingeniería social".

A esto, sin embargo, debemos añadir algo no suficientemente enfatizado en la explicación de Fuller sobre la virtud del imperio del derecho, pero no pasado por alto en la de Platón. En cualquier época en que el ideal del derecho, de la legalidad y del imperio del derecho goza de una popularidad ideológica (*i.e.*, de un favor no enraizado en una captación firmemente razonable de principios prácticos), los conspiradores contra el bien común procurarán ordinariamente obtener y retener el poder por medio de una adhesión a formas constitucionales y legales que sea "escrupulosa" a pesar de ser insincera, temporal y motivada tácticamente. De este modo, el imperio del derecho no garantiza todos los aspectos del bien común, y a veces no asegura ni siquiera la sustancia del bien común.

A veces, además, los valores que han de ser asegurados mediante el genuino imperio del derecho y el auténtico régimen constitucional son mejor servidos apartándose, temporal pero quizás drásticamente, de la ley y de la

constitución. Puesto que tales ocasiones exigen esa imponente responsabilidad y muy mesurada razonabilidad práctica que llamamos "capacidad de estadista" (*statesmanship*), uno no debería decir nada que pueda parecer una "clave" para identificar la ocasión o una "guía" para actuar en ella. Baste con hacer dos observaciones, práctica una, reflexiva la otra. El corolario práctico es el principio judicialmente reconocido de que una constitución escrita no es un pacto suicida, y que sus términos deben ser tanto restringidos como ampliados por las prohibiciones y autorizaciones "implícitas" necesarias para evitar su explotación por aquellos dedicados a su derrocamiento. (Vuelvo a la cuestión de los principios "implícitos", su fuente, y su lugar en el pensamiento jurídico en XI.3 y XII.3, más adelante). La observación reflexiva que uno puede añadir aquí es que en este punto de nuestro análisis hemos vuelto visiblemente al principio básico con el que comenzamos (IX.4): la autoridad, una de cuyas especies es el gobierno mediante la ley, es la responsabilidad que deriva, como decía Fortescue, "por obra de la ley de la naturaleza" —*i.e.* por consideración a las necesidades permanentes del bien de las personas en la comunidad—del puro hecho del poder, de la oportunidad de influir, para el bien, en la vida común.

Una investigación sobre los límites del imperio del derecho es una investigación no solamente sobre la metodología judicial desarrollada para dar cuerpo y reforzar el imperio del derecho, sino también sobre la "teoría general del derecho" que, aun cuando evite todo interés por "ideologías" y valores, refleja fielmente esa metodología y por tanto, quiéralo o no, el interés por los valores que informa esa metodología. Un juez que no sea consciente de los límites de una metodología que es suficiente para tiempos normales responderá inadecuadamente a problemas que se salen de lo normal. Ante una revolución dirá, por ejemplo: "Un tribunal que deriva su existencia y jurisdicción de una constitución escrita no puede conceder eficacia a nada que no constituya derecho juzgando según esa constitución." ⁷ Esta afirmación, como toda declaración incondicionada de constitucionalismo (sea judicial o doctrinal), se anula a sí misma. Porque la proposición misma no puede derivarse de la constitución sola, ni aplicarse en ningún caso particular simplemente por referencia a ella. Normalmente una constitución guardará completo silencio sobre esta clase de cuestión. (¿Y por qué debería verse afectado el asunto de manera fundamental por el carácter escrito o no escrito de la constitución?). Pero incluso si una constitución escrita estableciera de hecho una regla que incorporara la proposición, permanecería la cuestión de

⁷ *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, N.O. 1968 (2) S.A. 284 en 432 per Fieldsend, A.J.A. (High Court of Rhodesia, Appellate Div.). Véase mi análisis más amplio en [1968] *Annual Survey of Commonwealth Law*, 108-12; y en "Revolutions and Continuity of Law", en *Oxford Essays II*, 44 en págs. 54, 70.

si algún tribunal determinado deriva su existencia, jurisdicción, o autoridad de la sola constitución escrita, con independencia de lo que ese documento pueda afirmar. Examinemos la cuestión todavía más. Supongamos que una constitución disponga específicamente que ninguna regla ni persona tendrá autoridad ninguna salvo en virtud de la constitución. Todavía permanecería la cuestión de si la aceptación de una parte de una constitución, o de la autoridad conforme a ella, nos exige aceptar la constitución entera, incluyendo la parte que exige que la totalidad sea aceptada como exclusiva. Una constitución puede disponer, por así decir, "Todo deriva de mí o nada deriva de mí". Pero no puede de este modo impedir a ningún individuo plantear la cuestión de si él necesita aceptar *esa* norma o disposición. El mismo planteamiento de la cuestión muestra que la respuesta no puede estar determinada por ninguna regla positiva (escrita o no escrita) del "sistema"—ni siquiera por una regla que dispusiera que la cuestión es ilegítima.

X.6. UNA DEFINICIÓN DE DERECHO

A lo largo de este capítulo, el término "derecho" ha sido usado con un significado focal para referirse primariamente a reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad "completa", y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular, o dejar sin efecto las soluciones coordinadoras procedentes de cualesquiera otras instituciones o fuentes de normas) para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas.

Esta concepción multifacética del derecho ha sido construida reflexivamente siguiendo las implicaciones de ciertas exigencias de la razón práctica, dados ciertos valores básicos y ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades. La intención no ha sido lexicográfica; pero la construcción se sitúa bien dentro de los límites del uso común de "derecho" y de sus equivalentes en otros idiomas. La intención no ha sido describir órdenes sociales existentes; pero la construcción corresponde fielmente a muchos fenómenos sociales existentes que son considerados característicamente como casos centrales de derecho, sistema jurídico, imperio del derecho, etc. Sobre todo, el significado ha sido construido como un significado

focal, no como una adopción del término "derecho" en un sentido unívoco que excluiría de la referencia del término todo lo que no consiga poseer todas las características (y en toda su extensión) del caso central. Y, lo que es igualmente importante, se ha reconocido plenamente que cada uno de los términos usados para expresar los elementos de la concepción (*i.e.*, "producir", "determinado", "efectivo", "una comunidad", "sancionado", "guiado por reglas", "razonable", "no discriminatorio", "recíproco", etc.) tiene en sí mismo un significado focal y una referencia primaria, y por consiguiente se extiende a los casos análogos y secundarios a los que les falta algo propio del caso central. Por ejemplo, la costumbre no es *producida* en el sentido pleno de "producida"—porque producir es algo que uno puede ponerse a hacer, pero nadie se pone a hacer una costumbre. Con todo las costumbres son "producidas", en un sentido en que las exigencias de la razón práctica no son producidas sino descubiertas. La forma en que se realiza *más o menos* cada uno de los otros términos cruciales es bastante obvia. (Si el término "razonable" provoca malentendidos, véase VI.1). El derecho, en el sentido focal del término, se realiza *plenamente* sólo cuando cada uno de estos términos componentes se realiza plenamente.

Si uno desea resaltar la importancia empírica/histórica,⁸ o la conveniencia práctica/racional, de las sanciones, uno puede decir, dramáticamente, que un conjunto de preceptos legales sin sanciones "no es realmente derecho". Si uno desea resaltar la importancia empírica/histórica, o la conveniencia práctica/racional de determinadas instituciones legislativas o judiciales, uno puede decir, dramáticamente, que una comunidad sin esas instituciones "carece de un verdadero sistema jurídico" o que "realmente no puede decirse que tenga 'un sistema jurídico'". Si uno desea resaltar la importancia empírica/histórica, o la conveniencia práctica/racional, de las reglas que autorizan o regulan el cambio público o privado de las reglas o de su extensión, uno puede decir, dramáticamente, que un conjunto de reglas que no incluye ese tipo de reglas "no es un sistema jurídico". Todas estas cosas se han dicho a menudo, y pueden decirse razonablemente a condición de que uno esté buscando llamar la atención hacia una característica del caso central de derecho y no relegar los otros casos no centrales a alguna otra disciplina.

He puesto suficientemente de relieve, a estas alturas, que se estaría simplemente malinterpretando mi concepción de la naturaleza y objetivo de las definiciones explicativas de conceptos teóricos si se supusiera que mi de-

⁸ Recuérdese, de paso, que la *importancia* empírica o histórica sólo puede ser medida, en último término, por referencia a los valores o principios de la razón práctica: I.1, I.4.

finición “excluye como no-jurídicos”⁹ los preceptos legales que no logran reunir, o no reúnen plenamente, uno u otro de los elementos de la definición. Pero debo añadir que también sería un malentendido censurar la definición porque “no logra explicar correctamente nuestro concepto ordinario de derecho, que sí admite la posibilidad de preceptos legales de [una] clase objetable”.¹⁰ En efecto, mi definición sí que “admite la posibilidad”; pero, además, no se propone con la intención de “explicar correctamente nuestro [sc. el del hombre corriente] concepto ordinario de derecho”. Porque la verdad es que el “concepto ordinario de derecho” (suponiendo, sin admitirlo, que haya *un solo* concepto de tal tipo) está bastante desenfocado. Es un concepto que “nos” permite comprender a los juristas cuando hablan de sistemas jurídicos sofisticados, a los antropólogos cuando hablan de sistemas jurídicos elementales, y a los tiranos y a los bandidos cuando hablan de las órdenes y las costumbres de su banda, y a los teólogos y a los moralistas... No tiene sentido tratar de explicar un concepto de sentido común que toma sus significados de sus muy variados contextos y que es bien comprendido por todos en esos contextos. Mi propósito no ha sido explicar un “concepto ordinario” desenfocado, sino desarrollar un concepto para ser usado en una explicación teórica de un conjunto de acciones, disposiciones, interrelaciones, y concepciones humanas que (i) se mantienen unidas como un conjunto en virtud de su adaptación a un conjunto especificable de necesidades humanas consideradas a la luz de características empíricas de la condición humana, y (ii) se encuentran, como consecuencia, en formas muy variables y con grados variables de adaptación a, y de apartamiento deliberado o inconsciente respecto de, esas necesidades tal como la persona plenamente razonable las estimaría. Repito: la intención no ha sido explicar un concepto, sino desarrollar un concepto que explicaría los variados fenómenos a los que hace referencia (de una manera desenfocada) el discurso “ordinario” sobre el derecho —y explicarlos mostrando cómo responden (parcial o plenamente) a las exigencias permanentes de la razonabilidad práctica relativa a esta amplia área de interacciones e intereses humanos.

El jurista probablemente se impacientará al oír que las disposiciones sociales pueden ser *más o menos* jurídicas, que los sistemas jurídicos y el imperio del derecho existen como una cuestión de grado... y así sucesivamente. Porque el jurista se esfuerza sistemáticamente por usar el lenguaje de tal manera que a partir de su uso pueda leerse de un tirón una solución precisa para problemas precisos —en último término, una sentencia favorable a una parte en lugar de a la otra en una controversia justiciable. Si por los au-

⁹ Véase Raz, *Practical Reason*, pág. 164.

¹⁰ *Ibid.*

tomóviles se ha de pagar tal y cual tasa como impuesto, uno debe ser capaz, como jurista, de decir (*i.e.* de decidir) respecto de cada objeto que simplemente es o no es un automóvil: restricciones, “según este aspecto... pero según este otro aspecto”, *secundum quids*, y cosas semejantes son admisibles al argumentar (y un buen jurista es bien consciente de cuánta textura abierta y analogía de estructura pueden poseer la mayoría de los términos y conceptos); pero así como no aparecen en las fórmulas legales, tampoco pueden aparecer al decir el derecho en definitiva. Y el jurista, por las mismas buenas razones prácticas, intrínsecas a la empresa del orden jurídico tal como la he descrito en este capítulo, extiende su uso técnico del lenguaje a los mismos términos “derecho”, “regla”, “jurídico”, “sistema jurídico”. Para hacer ver su punto de vista de modo proposicional dirá que una supuesta regla o precepto legal es válido o bien inválido. No hay categorías intermedias (aunque hay estados de cosas intermedios, *e.g.* preceptos legales anulables, que ahora son válidos, o son tratados como válidos, o se considera que son válidos, pero son susceptibles de ser declarados, o tratados como o considerados inválidos). Provisto con este concepto de validez, el jurista aspira a ser capaz de decir respecto de cada regla que, siendo válida, es una regla jurídica, o que, siendo inválida, no lo es. La validez de una regla se identifica con la pertenencia al sistema jurídico (concebido como un sistema de reglas válidas), el cual puede de este modo ser considerado jurídicamente como el conjunto de todas las reglas válidas, incluidas aquellas reglas que autorizaron los actos válidos generadores de reglas, de naturaleza legislativa o judicial, los cuales son (según esta concepción) las condiciones necesarias y suficientes para la validez de las reglas válidas.

No es necesario cuestionar aquí la suficiencia de este conjunto de conceptos y postulados para los propósitos prácticos del jurista —si bien ciertamente podrían plantearse cuestiones sobre el rol de los principios en la argumentación jurídica (principios que no tienen origen determinado y que sería raro llamar “válidos”). Más bien debe destacarse que este conjunto es un instrumento técnico para usar en el marco del proceso jurídico y en el pensamiento jurídico dirigido a encontrar soluciones dentro de ese proceso. No puede presumirse que el instrumento es aplicable a los problemas, bastante diferentes, de describir y explicar el rol del proceso jurídico en la ordenación de la vida humana en sociedad, y el lugar del pensamiento jurídico en el esfuerzo de la razón práctica dirigido a comprender y realizar el verdadero bien humano. Es un error filosófico declarar, en discursos de este último tipo, que un orden social o un conjunto de conceptos debe ser derecho o bien no ser derecho, ser jurídico o bien no ser jurídico.

Para nuestros propósitos, las leyes físicas, químicas, biológicas y psicológicas son leyes sólo metafóricamente. Dicir esto no significa cuestio-

nar la legitimidad del discurso propio de las ciencias naturales, para cuyos propósitos, a la inversa, lo que nosotros llamamos “ley en sentido estricto” es sólo metafóricamente un conjunto de leyes. La semejanza entre nuestro caso central y las leyes de las artes y de las técnicas y de las ciencias aplicadas es mayor; en cada uno de estos casos estamos considerando la regulación de una realización por parte de un realizador que se regula a sí mismo y cuya propia noción sobre qué es lo que está haciendo afecta el curso de su realización. Pero las diferencias todavía son sistemáticas y significativas; como he dicho antes (VII.7, X.1), ordenar una sociedad hacia la mayor participación de sus miembros en los valores humanos no se asemeja mucho a seguir una receta para producir un producto acabado o a seguir una ruta hacia un objetivo definido. La “ley natural”—el conjunto de principios de razonabilidad práctica dirigidos a ordenar la vida humana y la comunidad humana—es ley sólo analógicamente, en relación con mi actual uso focal del término: éste es el motivo por el que se ha evitado la expresión en este capítulo sobre el derecho (*law*), excepto en relación con pensadores del pasado que la usaron. Estos pensadores pasados, sin embargo, podrían haber hablado en su lugar, sin pérdida de significado, de “derecho natural” (*natural right*), “moralidad intrínseca”, “razón natural, o recta razón, en la acción”, etc. Pero no hay sinónimos disponibles para “derecho” (“*law*”) en nuestro sentido focal.

X.7. LA DERIVACIÓN DE LA LEY “POSITIVA” A PARTIR DE LA LEY “NATURAL.”

“En toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón...; y discernir... la ley de la razón de la ley positiva es muy arduo. Mas aunque sea arduo es muy necesario en toda doctrina moral y en todas las leyes hechas para el cuerpo político”.¹¹ Estas palabras del jurista inglés del siglo XVI Christopher St. German expresan la preocupación fundamental de toda teoría iusnaturalista sensata: comprender la relación (las relaciones) entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica.

Considérese el precepto jurídico sobre el homicidio. Desde el punto de vista del hombre corriente, puede ser considerado como una directiva de no matar (o no intentar matar) intencionalmente a ningún ser humano, salvo en defensa propia... La regla jurídica, vista desde este punto de vista, corres-

¹¹ *Doctor and Student*, I, Cap. 4. Como observa St. German, *ibid.* I, Cap. 5, los juristas ingleses no suelen razonar en términos de lo que es y no es un asunto de “la ley de la naturaleza”; más bien formulan su razonamiento “a ese respecto” en términos de lo que es y no es “contra la razón” (*i.e.* irracional).

pone bastante exactamente a la exigencia de la razón práctica según la cual uno no ha de matar deliberadamente al inocente (en el sentido relevante de “inocente”), la cual sería una exigencia de tal tipo con independencia de que fuese o no repetida o apoyada por el derecho del lugar. Ahora bien, esta exigencia se deriva del principio básico según el cual la vida humana es un bien, en combinación con la séptima de las nueve exigencias básicas de la razón práctica (V.7). Por eso Tomás de Aquino dice que este tipo de precepto jurídico se deriva de la ley natural mediante un proceso análogo a la deducción de las conclusiones demostrativas a partir de principios generales; y que tales preceptos jurídicos no son sólo derecho positivo, sino que también reciben parte de su “fuerza” de la ley natural (*i.e.* de los principios básicos de razonabilidad práctica).¹² Hooker denomina tales preceptos jurídicos como “humanos mixtos”, argumentando que su materia o contenido normativo es el mismo que la razón exige necesariamente, y que ellos simplemente ratifican la ley de la razón, añadiéndole solamente la fuerza adicional constictiva o vinculante de la amenaza de castigo.¹³ Ahora bien, la idea general de Tomás de Aquino es fundamentalmente correcta en este punto, pero está vagamente enunciada y gravemente poco desarrollada; y las clarificaciones y desarrollos de Hooker no apuntan en la dirección más interesante.

En verdad, algunas partes de un sistema jurídico normalmente están, y ciertamente deben estar, constituidas por reglas y principios que corresponden estrechamente a exigencias de la razón práctica que son en sí mismas conclusiones directas de la combinación de un valor básico determinado (*e.g.* la vida) con una o más de esas nueve exigencias “metodológicas” de la razonabilidad práctica. La discusión en los tribunales o entre juristas y legisladores normalmente, y razonablemente, seguirá en buena medida el mismo curso que un genuino debate moral como el que podrían llevar adelante filósofos y teólogos que no supieran nada sobre ese tiempo y lugar. Además, la amenaza de sanciones es realmente, como señala Hooker,¹⁴ un complemento “oportuno” para que el legislador añada a la regla moral, pensando en los recalcitrantes y descarriados de su propia sociedad.

Pero el proceso de recibir incluso tales preceptos morales simples en el sistema jurídico merece mayor atención. Nótese, por ejemplo, que los redactores de las leyes ordinariamente *no* redactan las leyes de la forma imaginada por Tomás de Aquino: “No se debe matar”¹⁵ —ni siquiera “no ma-

¹² *S.T.*, I-II, q. 95, a. 2c.

¹³ Richard Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity* (1594), Libro I, Cap. 10, sec. 10.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *S.T.*, I-II, q. 95, a. 2c: “Derivantur ergo quaedam [leges] a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum: sicut hoc quod est ‘non esse occidendum’, ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est ‘nulli esse faciendum malum’...”.

tar”, o “Se prohíbe matar”, o “Una persona no debe [no puede] matar”. Más bien dirán “Será [o: es] un delito...” o “Cualquier persona que mate... será culpable de delito”. En realidad, es perfectamente posible formular un sistema jurídico completo sin usar vocabulario normativo en absoluto. Ahora bien, ¿por qué el redactor profesional prefiere esta forma proposicional indicativa? En el nivel más profundo esto se debe a que tiene en mente el modelo de un orden social futuro, o algún aspecto de tal orden, y está intentando reproducir ese orden (bajo el supuesto, que no es necesario afirmar o expresar gramaticalmente porque en el contexto es evidente de suyo, de que los participantes han de, deben, pueden, tienen que, etc., actuar en conformidad con el modelo). Más específicamente, un jurista ve el futuro social deseado desde una perspectiva estructurada profesionalmente, como una obra de teatro estilizada y manejable. En esta obra de teatro, faltan muchos personajes, situaciones y acciones, conocidos para el sentido común, la sociología y la ética, al mismo tiempo que se introducen muchos otros personajes, relaciones y transacciones, conocidos sólo, u originalmente sólo, por el jurista. En la versión jurídicamente construida del orden social no existen solamente los actos “razonables” o “irrazonables” que dominan la escena en el razonamiento práctico de un individuo; más bien, un acto irracional, por ejemplo matar, puede ser un crimen (y una de varias clases de delitos procesalmente significativos), y/o un daño civil, y/o un acto que automáticamente provoca la pérdida o suspensión de un cargo o la pérdida de propiedad, y/o un acto que los aseguradores y/o los funcionarios públicos pueden correctamente tomar en cuenta para eludir un contrato o suspender una licencia... etc. De modo que es función del redactor de las leyes especificar, precisamente, en cuál de estos trajes y relaciones encaja un acto de matar-bajo-tal-y-cual-circunstancias.

Y todo esto no sólo es relevante para los juristas profesionales. La existencia de la forma jurídica de presentar el orden social hace posible, y necesario, un modo nuevo de razonamiento práctico para el ciudadano privado observante de la ley (véase también XI.4). Por ejemplo, la disposición legislativa redactada profesionalmente “matar es un delito” implica contextualmente una orientación normativa para los ciudadanos. Porque existe una norma jurídica de tal manera intrínseca a todo ordenamiento jurídico de la comunidad que nunca necesita ser promulgada: no se han de cometer delitos penales. El ciudadano no necesita ir más allá de esta norma. Conociendo el precepto jurídico sobre el homicidio (por lo menos a grandes rasgos), no necesita reflexionar acerca de la vida como valor o sobre la exigencia de la razón práctica de que los valores básicos sean respetados en toda acción. De modo que Hooker se equivoca al sugerir que lo que el derecho positivo sobre el homicidio añade a la regla permanente de la razón es simplemente la san-

ción punitiva. Como parte del derecho del país sobre los delitos, añade también, y esto es más interesante, (i) una elaboración precisa de muchas otras consecuencias jurídicas (y por tanto sociales) del acto, y (ii) un motivo nuevo e inequívoco para que el ciudadano observante del derecho, que actúa en base al principio de evitar los delitos jurídicos en cuanto tales, se abstenga de la clase de acción especificada.

Por lo tanto, en un sistema jurídico bien desarrollado no será fácil integrar en el derecho ni siquiera una exigencia no controvertida de la razonabilidad práctica. Los términos de la exigencia *qua* exigencia (e.g., en el caso que estábamos considerando, el término “intencionalmente”) tendrán que ser especificados con un lenguaje coherente con el lenguaje de otras partes del derecho. Y luego habrá que escribir el guión del papel que los actos relevantes han de representar en la obra de teatro jurídica —su rol como, o en relación con, los daños civiles, los contratos, las disposiciones testamentarias, las herencias, las posesiones, los beneficios, los delitos matrimoniales, las pruebas, las inmunidades, las licencias, los títulos y su pérdida, los cargos y las inhabilidades, etc., etc.

Ahora bien, muchísimas de estas definiciones y consecuencias jurídicas llevarán al legislador o al juez más allá del punto en que podría considerarse a sí mismo como simplemente *aplicando* la regla intrínseca de la razón, o incluso como deduciendo conclusiones a partir de ella. De ahí que el proyecto jurídico de *aplicar* una exigencia permanente de la razón práctica llevará de suyo al legislador a la segunda de las dos categorías de ley humana o positiva que distinguen Tomás de Aquino y Hooker.

Efectivamente, según la concepción de Tomás de Aquino, el derecho está constituido en parte por reglas que se “derivan de la ley natural como conclusiones deducidas de principios generales”, y por el resto de reglas que se “derivan de la ley natural como determinaciones [*determinationes*] de directivas generales”.¹⁶ Él explica esta noción de *determinationis* por analogía con la arquitectura (o cualquier otro arte práctico), en la cual una idea general o “forma” (como “casa”, “puerta”, “manija”) tiene que concretarse en esta casa, puerta, manija, particular, con especificaciones que ciertamente se derivan de y están informadas por la idea general, pero que podrían haber sido más o menos diferentes en muchos aspectos y dimensiones particulares (incluso en todos!), y que por lo tanto exigen del artífice una multitud de elecciones. La realización del artefacto está controlada pero no completamente determinada por la idea básica (por ejemplo, por la orden del cliente), y mientras no esté plenamente determinada el artefacto no existe o está in-

¹⁶ S.T., I-II, q. 95, a. 2c. Parece que no hay un adecuado equivalente inglés de “*determinationis*”: quizás podría servir el término “concretization” de Kelsen; “implementation” es más elegante.

completo. Para servir como puerta en una habitación humana, un objeto debe medir más de medio metro y no necesita sobrepasar los 2,5 metros, pero no se construirá ninguna puerta en absoluto si el artífice no puede *decidir* una altura particular. Subrayando, por así decir, la prácticamente completa libertad conforme a la razón que tiene el artífice para elegir, por ejemplo, 2,2 metros en lugar de 2,1 o 2,3, Tomás de Aquino dice que las leyes de este segundo tipo toman su fuerza “*totalmente* de la ley humana”, y Hooker llama a su segunda categoría “leyes *meramente* humanas”.¹⁷

Estas últimas fórmulas, que enfatizan tan fuertemente la libertad racional de elección del legislador en tales casos, pueden resultar equívocas si uno no tiene en cuenta que enuncian sólo un teorema subordinado dentro de una teoría general. La teoría general, con palabras de Tomás de Aquino, es que “*toda* ley establecida por los hombres tiene carácter de ley en tanto en cuanto se deriva de la ley natural”,¹⁸ o con palabras de St. German, ya citadas, “en *toda* ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón”. La compatibilidad entre esta teoría y el teorema subordinado puede comprenderse mejor por referencia a uno o dos ejemplos concretos.

Un primer ejemplo está trillado, pero es simple y claro. Consideremos una regla del tránsito. Hay un sentido en que (como implica el teorema subordinado) una regla del tránsito toma “*toda su fuerza*” de la costumbre autoritativa, de la ley o de otra disposición que la ha establecido. Porque hasta que la disposición “conduzca por la izquierda y a menos de 70 millas por hora” fue establecida por alguno de estos medios, no había una regla jurídica para el tránsito; además, el legislador no necesitaba tener una razón para elegir la “izquierda” en lugar de la “derecha” o “70” en lugar de “65”. Pero también hay un sentido según el cual (como sostiene la teoría general) la regla del tránsito toma “*toda su fuerza normativa*” en último término de los principios permanentes de la razón práctica (que nos exigen respetar nuestra propia seguridad física y la ajena) en combinación con hechos no establecidos normativamente como que el tránsito es peligroso y puede hacerse más seguro por medio de flujos ordenados del tránsito y limitación de la velocidad, o que la distancia para frenar y el tiempo de reacción humana son tal y cual, etc.

Un segundo ejemplo es más rico. Si los bienes materiales han de ser usados eficientemente para el bienestar humano (cfr. V.6), normalmente debe haber un régimen de propiedad privada: VII.3. Este régimen estará constituido por reglas que asignen derechos de propiedad sobre tales bienes,

¹⁷ I-II, a. 95, a. 2c: “ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent”; Hooker, *loc. cit.*

¹⁸ I-II, a. 95, a. 2c: “omnis lex humanus posita intantum habet de ratione legis in quantum a lege naturae derivatur”.

o sobre muchos de ellos, a individuos o a grupos pequeños. Pero precisamente qué reglas deberían establecerse con el fin de constituir un régimen así es algo no resuelto (“determinado”) por esta exigencia general de justicia. La elección razonable de tales reglas está en alguna medida guiada por las circunstancias de una sociedad particular, y en alguna medida es “arbitraria”. Las reglas adoptadas serán por tanto en su mayoría *determinationes* de la exigencia general —derivadas de ella pero no implicadas por ella ni siquiera en unión con una descripción de esas circunstancias particulares: VII.4, 5, 7.

Además, en el área vasta donde el legislador, más que aplicar o ratificar determinados principios o reglas de razón, construye *determinationes*, hay relativamente pocos puntos en los que su elección pueda ser razonablemente considerada como “sin trabas” o “arbitraria” (en el sentido en que razonablemente podría serlo cuando uno se enfrenta con dos o más alternativas factibles que son en *todos* los aspectos igualmente satisfactorias, o igualmente insatisfactorias, o incommensurablemente satisfactorias/insatisfactorias). Las normas jurídicas básicas de un ciudadano observante de la ley son “no cometas delitos”, “evita los daños civiles”, “ejecuta los contratos”, “paga las deudas”, “indemniza los perjuicios”, “cumple las obligaciones”, etc.; y, dando estas normas por supuestas sin formularlas, el legislador define los delitos (desde el homicidio hasta las infracciones a las reglas del tránsito), los daños civiles, la formación, modificaciones y modos de disolver los contratos, etc., etc. Pero esta tarea de definir (y redefinir según las condiciones cambiantes de la sociedad) tiene sus propios principios, que no son los del ciudadano. Los principios razonables del legislador incluyen los *desiderata* del imperio del derecho (X.4). Pero también incluyen una multitud de otros principios sustantivos relacionados, algunos muy estrechamente, otros más remotamente, algunos invariablemente y otros contingentemente, con los principios básicos y las exigencias metodológicas de la razón práctica.

¿Cuáles son estas normas básicas para el legislador? Normalmente ellas no son objeto de una indagación directa y sistemática por parte de los juristas. Pero ha de recordarse que “legislador” incluye aquí, por comodidad (y al precio de algunas diferenciaciones significativas), toda judicatura que, como el juez en el *common law*, goza de un rol creativo. Ahora bien, los principios que deberían guiar al juez en su interpretación y aplicación tanto del derecho común o consuetudinario como del derecho legislado a los casos particulares son objeto de discusión científica entre juristas. *Estos* principios son casi todos “de segundo grado”, en cuanto que tienen que ver con la interpretación y aplicación de otras reglas o principios cuya existencia aquéllos presuponen. No son por tanto de interés directo para los legisladores, que tienen autoridad no simplemente para interpretar y complementar sino

también para cambiar y abolir las reglas existentes y para introducir reglas novedosas. No obstante, los principios de segundo grado son ellos mismos, en su mayoría, cristalizaciones o versiones (adaptadas a su rol de segundo grado) de principios de "primer grado" que deben guiar incluso a una "legislatura soberana" en sus actos de legislación. Además, un legislador que ignora en su legislación un principio relevante de primer grado, probablemente hallará que sus leyes son controladas, en su aplicación por los ciudadanos, los tribunales y los funcionarios, por ese principio en su forma de segundo grado, de manera que al fin y al cabo el derecho acerca del objeto particular tenderá a ser una *determinatio* de ese principio (entre otros).

Muchos de los principios de segundo orden o máximas empleadas por los juristas expresan la deseabilidad de estabilidad y predecibilidad en las relaciones entre una persona y otra, y entre cosas y personas. Tales máximas¹⁹ están conectadas obviamente no sólo con las características formales del derecho (X.3) y los *desiderata* del imperio del derecho (X.4), sino también con la disposición voluntaria de los juristas, y en realidad de los hombres en la sociedad en toda época, de atribuir fuerza autoritativa al uso, la práctica, la costumbre (IX.3). Y hay un correspondiente principio o conjunto de principios de primer grado al que cualquier legislador debe conceder un peso considerable —que esos bienes humanos que son los logros frágiles y acumulativos de pasados esfuerzos, inversión, disciplina, etc., no han de ser tratados a la ligera al perseguir los bienes futuros. Dicho de modo más prosaico, los gastos y las pérdidas tangibles de un cambio organizativo han de ser tomados en cuenta plenamente —la elección legislativa entre "conducir por la izquierda" y "conducir por la derecha" es una cuestión indiferente en abstracto, pero no en una sociedad donde en virtud de una convención informal la gente ya tiende a conducir por la izquierda, y ha adaptado de modo consecuente sus hábitos, la construcción de sus vehículos, el diseño de los caminos y los objetos en las calles.

Comenzando con estas máximas de segundo grado que favorecen la continuidad en los asuntos humanos —*i.e.* que favorecen el bien del orden diacrónico, en cuanto distinto del bien de una situación final futura— podemos trazar una serie de principios de segundo grado relacionados que incluyen el principio de estabilidad pero van cada vez más allá de él para incorporar nuevos principios o valores. Ellos están disponibles en cada caso en versión de primer grado para guiar al legislador. La formulación en prosa exige aquí una exposición lineal que simplifica mucho y que oculta sus in-

¹⁹ Por ejemplo: "qui prior est in tempore, potior est in jure, in aequali jure"; "ex diuturnitate temporis omnia praesumuntur solenniter esse acta"; "communis error facit jus" ("multitudine errantium tollit peccatum"); "consensus tollit errores"; "interest reipublicae res judicatas non rescindere"; "ut res magis valeat quam pereat"...

terrelaciones: (i) la privación forzada de los derechos de propiedad ha de ser compensada, respecto del *damnum emergens* (pérdidas efectivas) y acaso también del *lucrum cessans* (pérdida de ganancias esperadas), (ii) no hay responsabilidad por daños no intencionados, sin culpa; (iii) no hay responsabilidad penal sin *mens rea*; (iv) la doctrina de los actos propios (*estoppel*) (*nemo contra factum proprium venire potest*); (v) no cabe asistencia judicial para quien alega en su favor su propio ilícito (quien busca equidad debe obrar con equidad); (vi) el abuso de los derechos no está protegido; (vii) el fraude lo anula todo; (viii) los beneficios recibidos sin justificación y a expensas de otro deben ser restituidos; (ix) *pacta sunt servanda* (se han de cumplir los contratos); (x) hay relativa libertad para cambiar mediante acuerdo los modelos de relaciones jurídicas existentes; (xi) al estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad; (xii) no han de resolverse las disputas sin dar a las dos partes la oportunidad de ser oídas; (xiii) a nadie se ha de permitir ser juez en su propia causa.

Estos "principios generales del derecho" son realmente principios. Es decir, más que exigir ellos justifican reglas y determinaciones particulares, y se hace posible su aplicación a circunstancias particulares merced a otros principios semejantes. Además, en algún caso particular cualquiera de ellos puede ser superado y dejado sin efecto (lo cual no equivale a ser violado, reformado o derogado) por otros elementos importantes del bien común, otros principios de justicia. Mas no se ha de olvidar que hay normas de justicia que jamás pueden ser superadas o dejadas sin efecto, correspondientes a los derechos absolutos del hombre (VIII.7). Ahora bien, los principios generales del derecho que aquí han sido formulados realmente modifican, en vastas áreas de *determinationes* legislativas, el modo de perseguir determinados bienes sociales. Y esta modificación no necesita ser simplemente cuestión de abstenerse de ciertos tipos de conducta: los principios que exigen compensación, o estimación de *mens rea*, o "justicia natural"... sólo pueden ser satisfechos adecuadamente mediante la creación positiva de complejas estructuras administrativas y judiciales.

En síntesis: la derivación del derecho a partir de los principios básicos del razonamiento práctico reviste realmente las dos formas identificadas y denominadas por Tomás de Aquino; pero no se trata de dos arroyos que corren por canales separados. El principio central del precepto jurídico sobre el homicidio, el hurto, el matrimonio, los contratos... puede ser una aplicación directa de exigencias de razonabilidad universalmente válidas, pero el esfuerzo de integrar estas materias con el imperio del derecho exigirá del juez y del legislador innumerables elaboraciones que en la mayoría de los casos participan de la segunda forma de derivación. Esta segunda forma, la

pura *determinatio* mediante una elección autoritativa más o menos libre, no solamente está ella misma conectada con los principios básicos en virtud de una relación inteligible con los objetivos (como la seguridad en el tránsito...) que están directamente referidos a los bienes humanos básicos, sino que también es controlada por principios formales de amplio alcance y por otros principios estructurales (en forma tanto de primer como de segundo grado) que a su vez se derivan de los principios básicos según la primera forma de derivación.²⁰

En el capítulo precedente (IX.1) afirmé que una fuente importante de la necesidad de autoridad es la exuberante variedad de elecciones adecuadas pero rivales de "medios" para el "fin". Ahora podemos ver cómo este rango de elecciones es a la vez ampliado y controlado por la unión de "principios de derecho" que interactúan. Es verdad que el razonamiento de quienes ejercen la autoridad frecuentemente termina sin identificar ninguna decisión como la única razonable; de manera que los gobernantes deben elegir, y su elección (*determinatio*) determina lo que desde ese momento será lo único justo para quienes están bajo su autoridad. No obstante, habiendo enfatizado que es por tanto la autoridad, no el simple razonamiento, lo que resuelve la mayoría de las cuestiones prácticas en la vida de una comunidad, debo ahora enfatizar el necesario complemento. Para ser en sí misma autoritativa a los ojos de un hombre razonable, una *determinatio* debe ser coherente con las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, aunque no tiene por qué ser necesariamente, ni siquiera usualmente, la *determinatio* que él mismo habría hecho si hubiera tenido la oportunidad; ni siquiera tiene por qué ser una que él consideraría como "sensata". Nuestra teoría de derecho necesita por tanto ser completada con un análisis más detallado de esta autoridad o "fuerza vinculante" del derecho positivo (XI), y por alguna consideración de la significación del ejercicio ilícito de la autoridad (XII).

Puede ser útil, sin embargo, concluir el presente estudio retornando a las categorías de los manuales: "derecho [positivo]", "fuentes del derecho", "moral". La tradición de pensamiento "iusnaturalista" no se caracteriza por ninguna respuesta determinada a las preguntas: "¿Se establece toda regla jurídica o solución jurídica 'establecida' apelando exclusivamente a fuentes 'positivas' tales como la ley, el precedente, y la costumbre? O ¿puede determinarse la 'corrección' de algunas decisiones judiciales sólo apelando a alguna norma 'moral' ('extrajurídica')? Y ¿pueden determinarse las fronteras

²⁰ De aquí la posibilidad permanente de una teoría del derecho que revele los "postulados jurídicos" de un sistema jurídico particular y rastree sus diversas relaciones con las exigencias racionales universales —la clase de teoría del derecho anunciada y practicada por Sir William Jones, el primer gran estudioso inglés del derecho comparado, pero eclipsada por la incomprendición benthamiana de la razón práctica. Véase, e.g., el *Essay on the Law of Bailments* (1781) de Jones.

entre el derecho establecido y el derecho no establecido, o entre la decisión judicial correcta, la deseable, y la incorrecta, sólo por referencia a reglas jurídicas o fuentes positivas?" La tradición de pensamiento iusnaturalista no tiene interés en minimizar el alcance ni el carácter concluyente del derecho positivo o la suficiencia general de las fuentes positivas para solucionar los problemas jurídicos.

Antes bien, el interés de la tradición, como el de este capítulo, ha sido mostrar que el acto de "poner" el derecho (sea judicial o legislativamente o de cualquier otra forma) es un acto que puede y debería ser guiado por reglas y principios "morales"; que esas normas morales son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención, o mera "decisión"; y que esas mismas normas morales justifican (a) la misma institución del derecho positivo, (b) las principales instituciones, técnicas, y modalidades dentro de esa institución (e.g. la separación de poderes), y (c) las principales instituciones reguladas y sostenidas por el derecho (e.g. el gobierno, los contratos, la propiedad, el matrimonio, y la responsabilidad penal). Lo que verdaderamente caracteriza a la tradición es que no se satisface con simplemente observar el hecho histórico o sociológico de que la "moral" afecta de tal modo al "derecho", sino que en lugar de eso procura determinar cuáles son realmente las exigencias de la razonabilidad práctica, para ofrecer de este modo una base racional para las actividades de los legisladores, los jueces, y los ciudadanos.

NOTAS

X.1

Aristóteles acerca del doble modo de operar del derecho y la necesidad de coerción... "la ley [*nomos*] es una regla [*logos*], que procede de cierta razonabilidad práctica [*phronesis*] y del intelecto [*nous*] y que posee fuerza compulsiva [*anagkastike dynamis*]": *Et. Nic.*, X, 9: 1180a 21-22; para el análisis completo del doble modo de operar del derecho (i.e. en relación con el ciudadano razonable y con el irrazonable), véase 1179b 30-1180b 28. Los medievales tradujeron *anagkastike* en 1180a 22 como *coactiva* (cfr. más arriba, IX.5 y nota).

La "objeción de conciencia" no es un "principio" o fundamento generalmente válido para eximirse de la ley... Véase la nota a V.9, más arriba. Un análisis breve y mordaz es el de Eric Voegelin, "The Oxford Political Philosophers" (1953) 3 *Philosophical Q.* 97 en págs. 102-7. Pero cuando la objeción de conciencia constituye un testimonio de valores básicos tales como la vida o la religión y no es radicalmente incompatible con el bien común genuino puede ser tolerada a pesar de que los gobernantes juzguen en conciencia que la ley objetada es realmente necesaria. Véase e.g. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes* (1965), 79; *Dignitatis Humanae* (1965) 3, 7.

El castigo como restauración de la justicia... Véase Finnis, "The Restoration of Retribution" (1972) 32 *Analysis* 132; Paul C. Weiler, "The Reform of Punishment", en Law Reform Commission of Canada, *Studies on Sentencing* (Ottawa: 1974); Herbert Morris, *On Guilt and Innocence* (Berkeley: 1976), págs. 32-6.

No hay una medida "natural" del castigo debido... Esta proposición es para Tomás de Aquino el ejemplo clásico de su tesis más amplia según la cual la ley justa en buena parte no es una conclusión a partir de los principios de la razón (ley natural): véase S.T., I-II, q. 95, a. 2c, siguiendo la pista dada por Aristóteles, *Et. Nic.*, V, 7: 1134b 22-23 (citado en nota a X.7, más adelante).

Medidas coactivas de "tratamiento reformativo"... Obsérvese que lo que se dice en el texto sobre la reforma se aplica a los delincuentes "plenamente libres" que son el objeto de todo el análisis del castigo en X.1. Muchas discusiones, y muchas medidas, sobre la reforma se dirigen de hecho contra transgresores considerados (a veces *a priori*, a veces no) inmaduros, enfermos mentales, etc. —i.e. considerados no "delincuentes" en el sentido intentado por mí.

X.3

Weber acerca del tipo "jurídico" de Herrschaft... Véase Weber, *On Law*, págs. 8-9, 336, xxxi-xxxii. Sobre la burocracia, el carácter jurídico de su orden interno, y el sentido de deber del burocrata, véase *ibid.*, págs. 1, 3; Weber, *The Theory of Social and Economic Organization* (ed. T. Parsons), págs. 328-36. Para un excelente ejemplo del uso operativo por parte de Weber de "jurídico", "racional", y "burocrático", véase *From Max Weber: Essays in Sociology* (ed. H. H. Gerth y C. W. Mills, London: 1948), págs. 298-9.

"El derecho regula su propia creación"... Para esta formulación concentradísima de su teoría de derecho, véase Kelsen, *General Theory*, págs. 126, 132, 198, 354, 124.

Lo que ha sido válidamente promulgado (o pactado) permanece válido hasta... Para la importancia y fuente de este postulado jurídico fundamental, véase Finnis, "Revolutions and Continuity of Law", en *Oxford Essays II*, 44 en págs. 63-5, 76.

El derecho regula las condiciones bajo las cuales los individuos pueden modificar la extensión o la aplicación de las reglas... Tocamos aquí una interesante diferencia entre la teoría analítica del derecho contemporánea y sus precursores clásicos/medievales. En la teoría del derecho moderna, e.g. Hart, *Concept of Law*, el derecho "confiere poderes" a los ciudadanos, e.g. para contratar, para arrendar, para casarse, etc., etc., y ésta es una de las "funciones" fundamentales del derecho. Este modo de hablar, que es adecuado en un contexto rigurosamente intrasistématico, es bastante novedoso. En Suárez (e.g. *De Legibus*, I, Cap. 17; III, Cap. 33, parág. 1; V, Caps. 19-34) o Hale (e.g. *On Hobbes' Dialogue of the Common Law* [c. 1670], en Holdsworth, *History of English Law*, vol. V, págs. 507-8) hay ciertamente un reconocimiento de que el derecho "hace" algo más que simplemente mandar, prohibir, permitir, y castigar (como los juristas romanos (véase *Digesto* I, 3, 7 (Papiniano)) y Tomás de Aquino (S.T., I-II, q. 92, a. 2) supusieron); pero el "efecto" o "fuerza" adicional del derecho no consiste en "conferir un potest" sino más bien en "establecer una forma definida para los contratos y actos jurídicos similares, de modo que un acto realizado de otra forma pueda ser tratado

como inválido" (*De Legibus*, III, 33, 1). Desde esta perspectiva, un hombre puede casarse, comprar, vender, prometer, prestar, etc., etc., sin tener ningún poder para hacerlo conferido por el derecho, pero el derecho podría, por buenas razones, *anular* sus actos (*lex irritans*). Esta perspectiva (en la que el derecho tiene una función de modelar, *subsidiaria*) parece más apropiada para un análisis del rol de derecho en el contexto más amplio de la vida humana y la razón práctica en la sociedad; se hace presente de nuevo en, e.g., Jonathan Cohen, "Critical Notice of Hart's *The Concept of Law*" (1962) 71 *Mind* 395, y J. R. Lucas, "The Phenomenon of Law" en *Essays* 85 en pág. 91; véase también A. M. Honoré, "Real Laws", *ibid.*, 99 en págs. 106-7.

El postulado de la ausencia de lagunas en los sistemas jurídicos... Se trata por supuesto de un *desideratum* del jurista más que de un hecho neto; en cuanto descripción del alcance y cobertura de las reglas establecidas es una ficción, pero como un postulado de método es central en el pensamiento jurídico. Formalmente es asegurado mediante "reglas de clausura" del tipo "todo lo que no está prohibido está permitido"; en el procedimiento jurídico es asegurado por el principio del *non liquet*, i.e. por la regla de que un tribunal no puede declinar la jurisdicción para resolver una controversia basándose en que no hay precepto jurídico aplicable a la materia en disputa. Véase en general J. Stone, *Legal System and Lawyer's Reasonings* (London: 1964), págs. 188-92.

X.4

El imperio del derecho... Véase Raz, "The Rule of Law and its Virtue" (1977) 93 *L.Q.R.* 195; Fuller, *Morality of Law*, Caps. II y V; J. R. Lucas, *The Principles of Politics* (Oxford: 1966), secs. 24-31; Rawls, *Theory of Justice*, págs. 235-43; Alexander Solzhenitsyn, *The Gulag Archipelago*, Parte VII (1976), Cap. 3 ("The Law Today").

Deseabilidad de la reciprocidad entre gobernante y gobernado... Este principio es aprovechado pero malinterpretado por las teorías del contrato social. Véase e.g. Cicerón, *De Legibus*, II, v, 11, que repite una argumentación, corriente en su época, según la cual los primeros legisladores convencieron a su pueblo de que tenían la intención de promulgar reglas tales que harían posible una vida honorable y feliz para todos; de modo que "quienes formularan mandatos injustos y perversos, quebrantando con ello sus promesas [pollitici] y pactos [professi], ponen en vigor cualquier cosa excepto 'leyes'". El uso que Locke hace de la noción es muy bien conocido: *Second Treatise of Government*, e.g. sec. 134; véase también Blackstone, I *Comm.*, 47-8. Menos conocida es la cauta referencia de Tomás de Aquino a la *lex statuta* como equivalente a "algo semejante a una especie de pacto entre el rey y el pueblo: quasi quoddam pactum inter regem et populum": véase su *Commentary on the Epistle to the Romans*, 13, lect. I (párr. 1041). Véanse también las observaciones del sociólogo George Simmel citado por Fuller, *Morality of Law*, págs. 217, 39.

X.5

Fuller y sus críticos acerca del derecho y la iniquidad tiránica... Véase Fuller, *Morality of Law*, pág. 154, donde parece afirmar que "la historia [no] ofrece de hecho ejemplos significativos de regímenes que hayan combinado una fiel adhesión a la mo-

ral interna del derecho [sc. los ocho *desiderata*] con una indiferencia brutal por la justicia y el bienestar humano". Hart, en su recensión del libro de Fuller, (1965) 78 *Harv. L. Rev.* 1281 en 1287-8, identifica y ataca (correctamente) un argumento particular según el cual el desideratum de claridad es incompatible con objetivos inicuos, pero no ve ningún problema ulterior aparte de "la fuerza y popularidad variable de los gobiernos".

El imperio del derecho no es una herramienta neutral de dirección administrativa... Véanse las útiles clarificaciones de Fuller en su "A reply to critics", Cap. V de la edición revisada de *Morality of Law*, especialmente págs. 210, 214, y 216 n. La comparación del imperio del derecho con un cuchillo afilado puede encontrarse en Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue" (1977) 93 *L.Q.R.* 195 en 208; en otros aspectos el artículo es un valioso estudio del contenido y del sentido del imperio del derecho.

"Ingeniería social" y "control social"... Estas nociones engañosas sobre la naturaleza del derecho han sido popularizadas por Roscoe Pound, e.g. *Social Control through Law* (New Haven: 1942). Ellas están vinculadas directamente con esa forma de utilitarismo (asociada con William James y Bertrand Russell; véase nota a V.7) que sostiene (de acuerdo con el espíritu de la "teoría parcial de lo bueno" de Rawls) que todo deseo de toda persona es en sí mismo igualmente digno de ser satisfecho, de modo que, con palabras de Pound, *op. cit.*, págs. 64-5, "hay, podríamos decir, una gran tarea de la ingeniería social... la de reunir en una sociedad políticamente organizada los bienes de la existencia, los medios para satisfacer las exigencias y los deseos de los hombres, y si no pueden satisfacer todas las exigencias que los hombres les hacen, que por lo menos alcancen para todos en la medida de lo posible". O, de nuevo, "...llegamos a la idea de una máxima satisfacción de las necesidades o expectativas humanas. Lo que tenemos que hacer con el control social, y por tanto con el derecho, es reconciliar y ajustar estos deseos o necesidades o expectativas, tanto como podamos, de manera de garantizar la mayor parte posible de la totalidad de ellos": Pound, *Justice According to Law* (New Haven-London: 1951), pág. 31; véase también Pound, *Jurisprudence* (St. Paul, Minn.: 1959), vol. III, pág. 334; y véase J. Stone, *Human Law and Human Justice* (London: 1965), Cap. 9. Para una crítica de este utilitarismo puro, véase V.7, más arriba.

Platón sobre el abuso de la legalidad... Véase *Político*, 291a-303d; para una interpretación exacta véase Eric Voegelin, *Plato and Aristotle* (Baton Rouge: 1957), págs. 158-66.

Actos ilegales en favor de los valores de la legalidad... Para una formulación de este principio con el lenguaje de la política véase A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1908; 10^a ed., London: 1959), pág. 412: "Hay tiempos de tumulto o de invasión en que en favor de la misma legalidad las reglas del derecho deben ser transgredidas. La orientación que el gobierno debe tomar entonces está clara. El Ministro debe transgredir la ley y confiar en la protección de una ley posterior que legalice sus actos de excepción (*Act of Indemnity*)". Véase la referencia de Blackstone, I *Comm.* 250-1, a "esos recursos extraordinarios a los primeros principios, que son necesarios cuando los vínculos de la sociedad están en peligro de disolución, y el derecho demuestra ser una defensa demasiado débil contra la violencia del fraude y la opresión... [Es] imposible, en cualquier sistema práctico de preceptos jurídicos, señalar por adelantado esos remedios excéntricos, que el surgimiento repentino del peligro nacio-

nal puede dictar, y que sólo eso puede justificar." Véase también David y Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (London: 1968), pág. 117: "Según el Tribunal de Justicia Constitucional de la República Federal Alemana, uno puede imaginar circunstancias extremas en las que la misma *idea* de derecho deba prevalecer sobre el derecho constitucional positivo; el... Tribunal... puede entonces ser llevado a apreciar tal 'in-constitucionalidad'." Véase también Eric Voegelin, *Plato and Aristotle* (Baton Rouge: 1957), pág. 161; *The New Science of Politics* (Chicago: 1952), pág. 144.

"Una constitución no es un pacto suicida"... "Nadie podría concebir que no esté incluido en el poder del Congreso prohibir actos dirigidos a derrocar el gobierno por la fuerza y la violencia": *Dennis v. United States* (1951) 341 U.S. 494 en 501 (y ciertamente tampoco los jueces disidentes ni decisiones posteriores sugieren una concepción tal). Al llegar, el mismo año, a una decisión muy diferente sobre la constitucionalidad de proscribir un partido revolucionario, el Tribunal Supremo de Australia afirmó no obstante la existencia de un inherente poder legislativo autoprotector, que surge "de una implicación esencial e ineludible que debe estar supuesta en la constitución jurídica de toda comunidad política": *Australian Communist Party v. Commonwealth* (1951) 83 C.L.R. 1 en 260, también 187-8, 193.

X.6

*El significado focal de "derecho" (law)... Con el significado focal de "derecho" (law) gradualmente construido, y empleado e identificado, en este capítulo, compárese la "definición de ley" (*definitio legis*) ofrecida por Tomás de Aquino, S.T., I-II, q. 90, a. 4c: "quaedam ordinatio rationis ad bonum communem, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata: una cierta ordenación de la razón, dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad".*

La ley que es defectuosa en su racionalidad es ley sólo en un sentido diluido... Esta proposición no se ofrece como aplicable inmediatamente en un tribunal de justicia (o en otro contexto intrasistématico); tampoco implica que un tribunal o un ciudadano debe incumplir una ley así: véase XII.3, y Tomás de Aquino, S.T., I-II, q. 96, a. 4c. La proposición se ofrece, sin embargo, como filosóficamente inevitable en cualquier reflexión sobre el derecho que busque responder cuestiones sobre el lugar del derecho y del sistema jurídico en el esfuerzo del hombre por aplicar la inteligencia a la acción.

Los juristas tienden a considerar la legalidad en términos de "o-esto-o-lo-otro", de "blanco-o-negro"... Fuller advierte esto, *Morality of Law*, pág. 199, pero omite conectarlo con las características propias de la empresa jurídica que él mismo subraya.

Las leyes de la naturaleza, estudiadas por las ciencias naturales, son para nosotros leyes sólo metafóricamente... Véase Suárez, *De Legibus*, I, Cap. i., parág. 2: "non proprie sed per metaphoram". Las reglas del arte, continúa diciendo, son leyes sólo *secundum quid* (parág. 5). Finalmente, "aunque los preceptos o reglas inicuas se incluyen por costumbre bajo el nombre de ley... de todos modos, hablando estrictamente y sin restricciones [*proprie et simpliciter loquendo*], solamente una regla que es un criterio de rectitud moral (con otras palabras, una regla moralmente correcta y adecuada) puede ser llamada ley... Porque una ley injusta no es un criterio de la rectitud de la conducta humana... Por lo tanto, no es ley, pero participa del nombre de ley por una especie de

analogía [*per quandam analogiam*] en la medida en que realmente prescribe un cierto modo de acción en relación con un fin dado" (parág. 6). Véase XII.4, más adelante.

La ley natural es sólo analógicamente ley, para nuestros propósitos... Para un argumento estimulante (no del todo exento de reparos) según el cual en el análisis tomista de la ley, la ley natural es ley sólo por analogía de atribución (esto es, según una analogía más amplia, no la estricta analogía de proporcionalidad) respecto del analogado principal que es la ley humana positiva, véase Mortimer J. Adler, "A Question about Law" en R. E. Brennan (ed.), *Essays in Thomism* (New York: 1942), págs. 207-36.

X.7

La ley positiva se deriva de la ley natural de dos maneras... Tomás de Aquino describe este análisis en Aristóteles, *Et. Nic.*, V, 7, 1134b 18-24, el análisis principal de Aristóteles sobre *physikon dikaios* (lo justo o derecho natural); véase *in Eth.*, Libro V, lcc. 12 (nn. 1016-23). Tanto en Aristóteles (*loc. cit.*) como en "Cicerón" (*Retórica*, II, 14; 16; 19) Tomás de Aquino encuentra la importante idea de que la ley (humana, positiva) incluye la ley natural (así como muchos otros elementos que no son de ley natural, sino que son coherentes con ella y se derivan de ella de manera inteligible, pero no deductiva). La distinción de Aristóteles, en *Retórica*, I, 13: 1373b 3-8, entre la ley particular (escrita o no escrita) y la ley natural universal, es mucho menos sutil y aprovechable.

Los sistemas jurídicos pueden ser promulgados sin vocabulario normativo... Para algunas reflexiones sobre esto, véase A. M. Honoré, "Real Laws" en *Essays*, 99 en págs. 117-18. En razón de que el ciudadano/súbdito, el legislador, y el juez, tienen todos diferentes perspectivas prácticas, no hay razón para tomar partido, o para emitir un juicio, en el debate sobre si hay o no una forma canónica de regla jurídica, o un método único para individuar las unidades de significado de que se compone todo "sistema jurídico".

La obra de teatro del derecho... Para un uso de esta figura, véase Honoré, *Tribonian* (London: 1978), pág. 36 ("el universo jurídico esotérico, ni natural ni sobrenatural"); también M. Villey, "Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains" [1946], *Rev. Historique de Droit* 201, 207, que explica la categorización de los juristas romanos de los objetos de la ciencia jurídica como *personae, res, y actiones*.

Principios de "primer grado" y de "segundo grado"... Para un análisis lúcido de los principios jurídicos, donde se usa la distinción, véase Genaro R. Carrión, *Legal Principles and Legal Positivism* (Buenos Aires: 1971). Hablando desde el punto de vista histórico, o sociológico, los principios analizados en el texto existen principalmente en forma de costumbres judiciales; pero muchísimos de ellos son de una tan intrínseca conveniencia para la vida humana en la sociedad que los jueces no necesitan demostrar la existencia de tal costumbre y pueden apelar, de manera totalmente razonable, a esa conveniencia como la base suficiente de la aplicabilidad de esos principios en el razonamiento judicial.

La relación de las determinationes con la ley natural... Véase S.T., I-II, q. 95, a. 2c; q. 99, a. 3 ad 2; q. 100, a. 3 ad 2.

¿Se refieren muchas leyes a materias "indiferentes en sí mismas"?... Aristóteles lanzó la idea de que las *determinationes* se refieren a materias indiferentes en sí mismas, en su pasaje central sobre el derecho natural: *Et. Nic.*, V, 7: 1134b 18-24: "El de-

recho político es de dos clases, uno natural, el otro convencional [*nomikon*]. El derecho natural tiene la misma validez en todas partes, y no depende de nosotros lo aceptemos o no. El derecho convencional es *aquel que en principio puede ser establecido de una forma o de otra indiferentemente* [*outhen diapherei*], pero que una vez establecido no es indiferente: *e.g.* que el rescate de un prisionero será una mina, o que un sacrificio consistirá en una cabra y no en dos ovejas... [1135a 1]. El derecho basado en la convención y en la utilidad es como los patrones de medida —las medidas para el trigo y el vino no son las mismas en todas partes, sino que son más grandes donde se vende al por mayor y más pequeñas en los mercados al por menor...". La noción de *adiaphora*, "cosas naturalmente indiferentes", llegó a ser, pasando por los estoicos, un lugar común en la escolástica; fue ampliamente usada por Blackstone (véase también Locke, *Two Tracts on Government* (c. 1660/1; ed. P. Abrams, Cambridge: 1967). Es importante observar que el problema es mucho más complejo que lo que sugiere la terminología aristotélica y escolástica. Por ejemplo, en los *Commentaries* de Blackstone la categoría de "cosas indiferentes en sí mismas" cambia inquietamente de significado entre (i) materias tan "indiferentes" que no se justifica legislar sobre ellas (*e.g.* I, pág. 126); (ii) materias tan "indiferentes" que un legislador debería contentarse con el cumplimiento o con el pago de una pena (*e.g.* I, pág. 58) (para esta teoría de "la ley meramente penal", véase XI.6, más adelante); (iii) materias "indiferentes" en cuanto que, aunque de considerable importancia en una sociedad dada, no son de importancia en todas las sociedades concebibles (*e.g.* I, pág. 299); y (iv) materias "indiferentes" solamente en el sentido de que, aunque de gran importancia para la vida social, no serían de gran importancia en el "estado de naturaleza" que postula Blackstone (apartándose completamente, con Locke, de la tradición aristotélica y de la alta escolástica). Además, Blackstone deja claro que las materias de las categorías (iii) y (iv) incluyen materias que es de gran importancia regular, pero que podrían ser reguladas en una variedad de formas alternativas pero más o menos igualmente razonables (*e.g.* que la propiedad se transmita en la sucesión intestada al hijo mayor en lugar de al menor). (Véase adicionalmente Finnis, "Blackstone's Theoretical Intentions" (1967) 12 *Nat. L. F.* 163 en 172-4, 181). Pueden hallarse distinciones paralelas en escritos estoicos: véase Diógenes Laertius, *Lives of Eminent Philosophers* [*i.c.* 225?], VII, 104-6 (Zenón).

"Normas básicas para el ciudadano observante de la ley"... Véase A. M. Honoré, "Real Laws", en *Essays*, en pág. 118.

Rol creativo de los jueces... Referirse a esto no implica poner en discusión las pertinentes observaciones de A. W. B. Simpson, en "The Common Law and Legal Theory", *Oxford Essays* II, págs. 85, 86, en el sentido de que "la creación de un precedente [judicial] según el cual esto o aquello constituye derecho no equivale a un acto de legislación... Las acciones [de los jueces] crean precedentes, pero crear un precedente no es lo mismo que establecer el derecho... [E]xpresar una opinión autoritativa no es lo mismo que legislar."

"*Principios Generales del Derecho*"... Los trece principios enumerados en el texto son manifiestos en investigaciones recientes: véanse las fuentes citadas en R. P. Dohakalia, *The Codification of Public International Law* (Manchester: 1970), págs. 344-50. Ellos no son en sí mismos primeros principios de la razón práctica, y algunos de ellos contienen elementos que dependen de la existencia de ciertas instituciones sociales

(e.g. tribunales). Pero están tan estrechamente relacionados con los primeros principios en combinación con las exigencias metodológicas básicas del razonamiento práctico que deberían ser considerados como derivables *por razonamiento* a partir de la ley natural y, por tanto, en cierto sentido, como una parte de la ley natural. Al mismo tiempo, ellos son esencialmente principios para sistemas de derecho positivo, y de hecho se han de encontrar virtualmente en todos esos sistemas. En consecuencia constituyen el (o parte del) *jus gentium* en el sentido explicado (no sin oscuridad) por Tomás de Aquino, *S.T.*, I-II, q. 95, a. 4c y ad 1; II-II, q. 57, a. 3; *in Eth.* V, lec. 12, nº 1019. La esencia del concepto de *jus gentium* de Tomás de Aquino es que los principios del *jus gentium* son parte de la ley natural por su modo de derivación (por deducción, no *determinatio*), y al mismo tiempo parte de la ley humana positiva por su modo de promulgación. Los ejemplos propios de Tomás de Aquino de principios de ley natural deducidos (*i.e.* de *jus gentium*) pueden hallarse en *S.T.*, I-II, q. 100, a. 1; a. 7 ad 1.

La teoría analítica del derecho en Jones y Bentham... Sir William Jones, *Essay on the Law of Bailments* (1781) tiene tres partes, denominadas "analítica", "histórica", y "sintética". Para Jones, tratar un conjunto de reglas analíticamente es rastrear "cada una de sus partes hasta los primeros principios de la razón natural" (pág. 4); tratarlo históricamente es mostrar en qué medida diversos sistemas jurídicos se conforman con estos primeros principios; y tratarlo sintéticamente es volver a exponer el derecho por medio de (*a*) definiciones, (*b*) reglas, (*c*) proposiciones derivadas de la combinación entre (*b*) y (*a*), y (*d*) excepciones a las proposiciones (pág. 127). Las definiciones han de derivar principalmente de la experiencia y complejidad del derecho inglés (*i.e.* del sistema jurídico particularmente estudiado), mientras que las reglas "pueden ser consideradas como axiomas emanados de la razón natural, las buenas costumbres y una política sana" (pág. 119) tal como se han verificado a la luz del vasto aprendizaje comparativo proporcionado por la investigación "histórica" (págs. 11-116). Con todo esto compárese el programa anunciado cinco años antes por Bentham en su *Fragment on Government* (1776), seguido más o menos fielmente de ahí en adelante por la teoría analítica del derecho: "Al ámbito del *Expositor* compete explicarnos lo que, según su opinión, el Derecho es; al del *Censor*, hacernos ver lo que él piensa que *debe ser*. El primero, por tanto, está ocupado principalmente en exponer, o en indagar acerca de *hechos*; el último, en estudiar *razones*. El *Expositor*, manteniéndose dentro de su esfera, no tiene interés en otras facultades de la mente fuera de la *aprehension*, la *memoria*, y el *juicio*; el último, en virtud de esos sentimientos de placer o disgusto que él tiene ocasión de unir a los objetos bajo su estudio, mantiene cierta relación con los afectos" (Montague ed., Oxford: 1891, págs. 98-9; énfasis de Bentham). (De manera poco coherente, Bentham introdujo, en págs. 117-22, la idea de que un expositor no podría llevar a cabo adecuadamente, *i.e.* "naturalmente", su trabajo de ordenación sin antes establecer una completa "sinopsis" o "mapa" del sistema jurídico, referible de hecho a todos los sistemas jurídicos, en términos de la tendencia de las acciones a producir dolor o placer. Pero esta sugerencia, nada sorprendentemente, no fue seguida ampliamente por Bentham —aunque cf. su *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [1789; ed. J. Burns y H. L. A. Hart, London: 1970, págs. 5, 270-4]— y murió con él).

CAPÍTULO XI OBLIGACIÓN

SUMARIO: XI.1. "Obligación", "deber", y necesidad racional.— XI.2. La obligatoriedad de la promesa.— XI.3. Fuerza obligatoria variable e invariable.— XI.4. "Jurídicamente obligatorio": el sentido jurídico y el sentido moral.— XI.5. La obligación contractual ante el derecho: ¿cumplimiento o compensación?— XI.6. La obligación jurídica en sentido moral: ¿cumplimiento o sometimiento a la pena?— XI.7. Obligación y voluntad legislativa.— XI.8. "Razón" y "voluntad" en la decisión, en la legislación, y en el cumplimiento del derecho.— XI.9. Obligación moral y voluntad de Dios.— Notas.

XI.1. "OBLIGACIÓN", "DEBER", Y NECESIDAD RACIONAL

El estudio de la obligación tiene que cargar con la particularidad cultural de la palabra "obligación". Los filósofos y los moralistas encuentran prácticamente el sustantivo "obligación" para significar un rango amplio de nociones: que hay cosas, dentro de nuestro poder de hacer o de no hacer, que nosotros (independientemente de lo que deseemos) *tenemos* que hacer (pero no porque seamos forzados a hacerlo), o *debemos* hacer, que es nuestro *deber* hacerlas, que es *moralmente incorrecto* no hacerlas, o *vergonzoso*, que uno *moralmente* (o *jurídicamente*) *debe* hacer, que *oportet facere* (en latín) o *il faut faire* (en francés), el propio *devoir* en francés, *to deon* en el griego de Aristóteles y Eurípides, *swanelo* entre los Barotse de África del sur (VIII.3). Y la decisión de los filósofos de comprender bajo "obligación" todas estas expresiones o nociones no parece injustificada: todas parecen referirse a lo que puede ser experimentado como un requerimiento de la conciencia, una pretensión sobre nuestro compromiso, nuestra decisión, nuestra acción. O también (pues esas experiencias se refieren típicamente al proceso de la estimación racional y del juicio práctico responsables), todas esas expresiones y nociones pueden referirse a alguna forma o formas de necesidad racional. El objetivo de este capítulo es explorar algunas de estas formas de necesidad racional, de estas *exigencias* (derivadas) de razonabilidad práctica.

CAPÍTULO XI OBLIGACIÓN

SUMARIO: XI.1. "Obligación", "deber", y necesidad racional.— XI.2. La obligatoriedad de la promesa.— XI.3. Fuerza obligatoria variable e invariable.— XI.4. "Jurídicamente obligatorio": el sentido jurídico y el sentido moral.— XI.5. La obligación contractual ante el derecho: ¿cumplimiento o compensación?— XI.6. La obligación jurídica en sentido moral: ¿cumplimiento o sometimiento a la pena?— XI.7. Obligación y voluntad legislativa.— XI.8. "Razón" y "voluntad" en la decisión, en la legislación, y en el cumplimiento del derecho.— XI.9. Obligación moral y voluntad de Dios.— Notas.

XI.1. "OBLIGACIÓN", "DEBER", Y NECESIDAD RACIONAL

El estudio de la obligación tiene que cargar con la particularidad cultural de la palabra "obligación". Los filósofos y los moralistas encuentran práctico el sustantivo "obligación" para significar un rango amplio de nociones: que hay cosas, dentro de nuestro poder de hacer o de no hacer, que nosotros (independientemente de lo que deseemos) *tenemos* que hacer (pero no porque seamos forzados a hacerlo), o *debemos* hacer, que es nuestro *deber* hacerlas, que es *moralmente incorrecto* no hacerlas, o *vergonzoso*, que uno *moralmente* (o *jurídicamente*) *debe* hacer, que *opórtet facere* (en latín) o *il faut faire* (en francés), el propio *devoir* en francés, *to deon* en el griego de Aristóteles y Eurípides, *swanelo* entre los Barotse de África del sur (VIII.3). Y la decisión de los filósofos de comprender bajo "obligación" todas estas expresiones o nociones no parece injustificada: todas parecen referirse a lo que puede ser experimentado como un requerimiento de la conciencia, una pretensión sobre nuestro compromiso, nuestra decisión, nuestra acción. O también (pues esas experiencias se refieren típicamente al proceso de la estimación racional y del juicio práctico responsables), todas esas expresiones y nociones pueden referirse a alguna forma o formas de necesidad racional. El objetivo de este capítulo es explorar algunas de estas formas de necesidad racional, de estas *exigencias* (derivadas) de razonabilidad práctica.

Por otra parte, la palabra "obligación" etimológicamente se refiere de manera particular a la "fuerza vinculante" (*ligare*, atar) de los compromisos promisorios o quasi-promisorios. Y en muchos idiomas modernos, como en inglés, las obligaciones para con otras personas, derivadas de determinados oficios, acuerdos, o relaciones, siguen siendo los casos centrales significados por la palabra. De esta forma se hace posible decir que hay cosas que uno debe hacer pero que no tiene la obligación de hacerlas (pues nadie tiene el derecho de exigir su realización). Esto sirve para advertir que dentro de la categoría de la *necesidad racional* deberíamos esperar hallar subcategorías importantes conectadas con un determinado rango de problemas, los de la justicia y los derechos (orientación hacia los otros, deuda, igualdad...: VII.1). Al mismo tiempo, no necesitamos reservar la palabra "obligación" exclusivamente para ese determinado rango de problemas. Porque las exigencias y los principios básicos de razonabilidad práctica que, como hemos visto, subyacen a nuestra respuesta a esos problemas, son ciertamente lo bastante amplios como para hacer plenamente comprensible la pregunta del moralista: ¿tiene un hombre, irremediablemente abandonado solo en una isla, la obligación de no emborracharse (etc.) hasta morir?

Para los fines de este libro no necesitamos abordar esta cuestión moral particular. Tampoco necesitamos, por cierto, preocuparnos de la importante distinción moral entre lo obligatorio y lo meritorio o lo supererogatorio, o entre lo excusable y lo prohibido. Al mismo tiempo debemos dejar de lado como espurias las clasificaciones de una tradición manualística que divide todo el pensamiento moral entre "ética deontológica de la obligación" y "ética teleológica de la felicidad o del valor". Por último, nótese que no me ocuparé aquí de refinamientos lógicos y gramaticales tales como si acaso "obligación" se refiere primariamente al acto exigido o primariamente a la relación entre la persona-sujeto y el acto exigido de él.

Tras lo dicho, será útil comenzar el análisis estudiando esa forma de obligación con la cual la palabra tiene una afinidad particular, y de la cual los estudiosos de la obligación política (y por ende jurídica) han estado a menudo especialmente preocupados: la obligatoriedad de la promesa. ¿En qué medida, y por qué, obligan las promesas?

XI.2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA PROMESA

Primero, ¿qué es una promesa o compromiso? Tratándose de una práctica humana, adoptada y mantenida con diversos fines prácticos, prometer tiene sus casos centrales (su significado focal) y sus casos secundarios o periféricos. En su caso central, entonces, una promesa se constituye si y sólo si (i) A comunica a B su intención de asumir, por ese mismo acto de comunicación (unido a la aceptación de éste por parte de B), una obligación de

realizar una cierta acción (o de procurar que ciertas acciones sean realizadas), y (ii) B acepta este compromiso en interés de sí mismo, o de A o de una tercera parte, C. Con otras palabras, hacer una promesa es hacer un signo,¹ signo que significa la creación de una obligación, y que se hace a sabiendas con la intención de que sea tomado como creador de tal obligación. Esto es lo que hace que hacer una promesa sea distinto de expresar una intención de realizar una acción —lo cual no implica negar que hay circunstancias en las que la expresión de una intención de realizar una acción, especialmente cuando uno está consciente de que el destinatario puede confiar en uno, creará la obligación de ejecutar la acción: sólo que esta forma de obligación no es estrictamente promisoria (sino más bien, quizás, una forma extendida de la doctrina de los actos propios (*estoppel*)).

Esta definición de lo que es prometer adopta una posición en algunos temas controvertidos entre los filósofos (e.g. si las promesas son completas y vinculantes sin aceptación, pero pueden siempre ser dejadas sin efecto por su destinatario). Pero deja de lado muchas otras cuestiones controvertidas (e.g. acerca de las circunstancias en las que lo que de otro modo equivaldría una promesa vinculante no logra constituir una promesa —por ejemplo, por dolo, error o violencia— o no llega a obligar —por ejemplo, porque consiste en realizar una acción intrínsecamente mala). Además, deja de lado casos periféricos, ante los cuales un derecho de los contratos desarrollado debe adoptar una posición. De hecho, mi definición es al mismo tiempo más amplia y más restringida que las nociones típicamente modernas de lo que son los contratos jurídicamente vinculantes. Por ejemplo, no incluye ninguna exigencia de contraprestación o causa (*consideration*), o de comunicación a A de la aceptación por parte de B. Y por otra parte, una promesa como ha sido definida arriba no se constituirá en circunstancias en que un contrato jurídico sí lo hará —así al subirse a un autobús uno celebra, sea o no que uno lo sepa o lo intente, un contrato de transporte a título oneroso jurídicamente vinculante y adquiere ante el derecho la obligación contractual de pagar; pero uno no *promete* o *se compromete* a pagar. La institución o práctica humana informal de prometer, no el derecho de los contratos, es mi interés actual.

Lo sorprendente sobre las promesas es que su obligación se considera creada por, o por lo menos basada en, una referencia intencional (expresa o implícita) a esa obligación. Una expresión que significa la asunción de una obligación causa (o por lo menos tiende a causar) esa obligación. Pero no hay una *magia* creadora de obligación en la emisión de un signo que significa la creación de una obligación. ¿Cómo, entonces, obligan las promesas?

¹ En circunstancias especiales, permanecer en silencio puede ser significativo y equivaler a un signo.

En un primer nivel, la explicación penetra por debajo de los fenómenos lingüísticos de signos y de expresiones de obligación, y señala la práctica compleja en que se enraízan los compromisos promisorios. En esta práctica, las expresiones de obligación no sólo se hacen o se ofrecen, sino que son aceptadas como tales por otras personas; enseguida y consecuentemente, se hacen exigencias del correspondiente cumplimiento, con remisión expresa o tácita al precedente ofrecimiento de los signos promisorios; la crítica y el reproche por el incumplimiento, y las amenazas y presiones, todo esto se remite asimismo al compromiso hecho, como también la autocrítica, las disculpas, las exigencias y ofertas de reparaciones o compensación o restitución o resarcimiento de las pérdidas y/o de los beneficios previstos, etc. Ofrecer esos signos lingüísticos que equivalen a una promesa (signos que naturalmente pueden ser muy variados en su forma y significar mucho más de lo que aparentan) es precisamente comunicar una voluntad de entrar en y de conformarse con la práctica entera, *i.e.* mediante el cumplimiento de los propios compromisos o al menos mediante el reconocimiento de que son correctas las exigencias de cumplimiento, compensación, etc. No es necesario, por cierto, asumir que hay sólo una práctica de "prometer" en una comunidad determinada; en realidad puede haber muchas, que contengan los mismos elementos básicos en diversas formas, algunas más amplias, algunas más restringidas, algunas más relajadas, otras más rigurosas. Además, esas prácticas pueden tener un comienzo datable. Pero sigue siendo verdad, en mi opinión, que si alguien emite un signo que significa la asunción de una obligación, en un contexto en que nadie está inclinado a criticarlo, etc., por el incumplimiento, parece extraño decir que él *tiene* una obligación.²

Debido a que de esta manera explica cómo algunas expresiones que pretenden significar la asunción de una obligación no hacen nacer ninguna obligación, mientras que otras expresiones, quizás bastante similares, sí lo hacen (en virtud del lugar que ocupan en una práctica interpersonal que supone más que signos meramente lingüísticos), esta explicación de primer nivel tiene cierto poder explicativo. Un análisis que arroja la conclusión de que uno está sujeto a una obligación promisoria si y sólo si existe una práctica social según la cual la propia expresión de un compromiso se toma como justificadora de las exigencias y de la presión para obtener el cumplimiento, de las críticas por incumplimiento, etc., no es un análisis insignificante. Pero no logra captar la significación o el "sentido" de la obligación promisoria, pues no consigue dar una explicación del rol de la noción de obligación en los razonamientos prácticos tanto de la persona sujeta a esa obligación como de esas otras personas que consideran que ese estar la primera

² Los juramentos y votos unilaterales requieren un análisis especial, que aquí no se intenta.

sujeta a una obligación proporciona una buena razón (justificadora) para sus exigencias, presión, críticas, etc. Este defecto se saca a la luz fácilmente preguntando, por ejemplo: Dando por sentado que existe esta práctica social en que el acto lingüístico o quasi-lingüístico de prometer da origen a tales y cuales expectativas prácticas, reacciones, etc., ¿por qué debería yo conformarme con la práctica? ¿Por qué no *romper el encantamiento*, en cualquier etapa del camino?

Como respuesta a tales preguntas, surge un segundo nivel de explicaciones, independiente de pero muy coherente con el primero, y característicamente capaz de dar razón de las actitudes, disposiciones, reacciones, etc., a las que se ha hecho referencia en la explicación de primer nivel. Por ejemplo, Hume explica que "las convenciones de los hombres [acerca de las promesas]... crean un nuevo motivo... Después de que estos signos son instituidos, quienquiera que los usa queda inmediatamente obligado por su propio interés a ejecutar sus compromisos, y jamás debe esperar que confíen en él otra vez, si rehusa cumplir lo que prometió"; en breve, un hombre que usa la forma lingüística convencional "se somete a sí mismo a la pena de que nunca confíen en él otra vez en caso de fallar".³ Hume está explicando aquí la obligación de las promesas —en efecto, la "necesidad" racional que ellas crean— y lo hace mediante la referencia implícita al siguiente tipo de esquema de razonamiento práctico: "He hecho lo que es convencionalmente considerado por mis compañeros como una promesa. Dadas las expectativas y las actitudes que son parte de esa convención, mis compañeros nunca confiarán en mí de nuevo si dejo de cumplir lo que prometí y ellos esperan. Pero el que confíen en mí beneficia mis propios intereses (*i.e.* yo quiero/necesito que confíen en mí). Por lo tanto para mí es necesario cumplir". En breve, siendo *imposible* que los demás depositen en mí una confianza continua sin el cumplimiento, el cumplimiento es *necesario* si he de obtener lo que quiero (que los demás depositen en mí su confianza continua). Y así, como dice Hume, "el interés es lo *primero* que obliga a la ejecución de las promesas".⁴

Del mismo modo que, cuando pasemos a considerar la obligación de los preceptos legales, encontraremos de nuevo el tipo de explicación de primer nivel, así también encontraremos entonces otra vez este tipo de expli-

³ David Hume, *A Treatise of Human Nature* (1739), Libro III, Parte II, Sec. V, "Of the Obligation of Promises" (*e.g. British Moralists*, II, parág. 541). Aquí pasa por alto algunas peculiaridades del modo como Hume trata la obligación y el motivo: véase II.5. más arriba.

⁴ Hume, *loc. cit.* (Raphael, parág. 542). Por "interés" Hume quiere decir "interés propio": véase *ibid.*, sec. II ("Of the Origin of Justice and Property") *ad fin.* (Raphael, parág. 534). Hume continúa refiriéndose esquemáticamente a una "nueva obligación" que surge "después", como un "efecto" de, *inter alia*, el "interés público": Raphael, parág. 543; véase también *Treatise*, Libro III, Parte III, Sec. IX (parág. noveno).

cación de segundo nivel. Y no es una explicación insignificante. El esquema de razonamiento práctico al que apela es bastante genuino, aplicable, y persuasivo. ¿Y quién hay que no razone de esta manera, con bastante frecuencia? No obstante, como explicación de la obligación deja mucho que desear. Alguien sensible ante el lenguaje dirá que en realidad se trata de una explicación, no de la obligación, sino del *deber* "prudencial" (como en "debes cambiarte tu ropa mojada"). Además, hay muchas circunstancias en las que dejar de cumplir una promesa, que todos los partícipes en la práctica social reconocerían como vinculante, de hecho lo expondrá a uno a nada más que un riesgo de "que nunca confien en mí de nuevo". Y ese riesgo puede ser bastante remoto, incluso insignificante. De hecho, hay casos en los que (por falta de observadores, o por la habilidad para el ocultamiento...) no hay peligro de que la violación de la obligación sea siquiera conocida, cuanto menos de que sea tomada como un indicio de una ausencia general de confiabilidad. No obstante, incluso en tales casos, ningún partípice de la práctica puede dudar de que *hay* una obligación; y no hay razón para que el analista reflexivo adopte una explicación de la obligación que le forzaría a decir que cuando faltan los motivos para cumplir basados en el propio interés, esté ausente la obligación, como un factor relevante para el razonamiento práctico de quien está sometido a ella. Y lo mismo vale para todas las explicaciones de la obligación en términos de interés propio exclusivamente, por ejemplo el argumento (insinuado por Hume junto con el ya analizado) de que si yo no cumple mis obligaciones para con los otros, los demás no cumplirán sus obligaciones para conmigo. Pues en todos esos casos sigue siendo verdad que mi violación de la obligación puede pasar oculta o no ser considerada, sin que por eso deje de ser una violación de una obligación que perdura.

Sin embargo, la estrategia de situar la obligación como conclusión de un curso de razonamiento práctico, acerca de qué es *necesario* si uno ha de conseguir lo que quiere, necesita, o valora, es una estrategia que puede dar lugar a explicaciones más amplias y poderosas. Aunque estas explicaciones mejores podrían ser denominadas "de segundo nivel", será útil denominarlas "de tercer nivel", como reconocimiento de la dimensión explicativa adicional introducida por toda referencia al bien común. Porque estas explicaciones darán por sentado lo que nos hemos esforzado por explicar previamente: que todo hombre tiene razón para estimar el bien común —el bienestar por igual de sí mismo y de sus compañeros y potenciales compañeros en la comunidad, y el conjunto de condiciones y maneras de realizar ese bienestar— ya sea por amistad en cuanto tal, o por un reconocimiento imparcial de que los bienes humanos se realizan tanto por la participación en ellos de otras personas como por la propia (VI.4, VI.6, VII.2).

Ahora no es difícil establecer que la práctica o institución de prometer-y-por-tanto-cumplir-o-aceptar-la-justicia-de-los-reproches-etc. favorece mucho el bien común. El "título" que le da a un individuo sobre la acción de otro individuo es un medio especialmente apropiado para lograr tanto los propósitos (privados) de los individuos cuanto los propósitos concebidos y puestos por obra como empresas comunes en beneficio de la "comunidad" o del "público" más que de personas determinadas. Porque proporciona un medio efectivo para mantener la cooperación, una vez iniciada, durante el lapso de tiempo necesario para la realización de cualquier proyecto humano (ya sea un objetivo fácilmente alcanzable, como la construcción de un puente, o un compromiso sin límites definidos como fundar y educar una familia y apoyarse mutuamente en la ancianidad...). Al igual que el derecho, permite que el pasado, el presente, y el futuro predecible se relacionen en un orden estable aunque en desarrollo; permite que este orden se haga efectivo según modelos interpersonales complejos; y pone todo esto al alcance de la iniciativa y del acuerdo individual, realizando así la autonomía individual en el proceso mismo de aumentar las obligaciones del individuo. ("Del estado al contrato..." es, en general, un movimiento de crecimiento de la "libertad individual"). De manera que si uno ha de ser una persona que favorece y contribuye al bien común, uno *debe* conformarse con la práctica de prometer. De modo similar, y secundariamente, si uno no ha de ser un polizón (*free-rider*) que injustamente goza de los beneficios de las instituciones sociales benéficas pero repudiá las cargas, entonces uno *debe* conformarse con la práctica cuando uno ha prometido, tanto como cuando uno ha recibido una promesa. Y estas exigencias necesarias, a diferencia de la necesidad a que se hace referencia en la explicación de segundo nivel (en términos de la reputación propia del promitente), no se ven afectadas por el hecho de que el rompimiento de la promesa pasará sin ser detectado por el destinatario de la promesa o por otros. Porque la práctica de prometer adquiere mucho de su valor, como contribución al bien común, precisamente del hecho de que la obligación que implica existe y permanece incluso cuando parece probable que el rompimiento sea indetectable. Alguien que no cumpla su promesa simplemente porque juzga que su incumplimiento no será detectado está haciendo, por tanto, lo que puede para estorbar el bien común en este aspecto particular.

A estas exigencias necesarias, derivadas de las necesidades del bien común en general, debemos añadir una exigencia necesaria derivada de la exigencia de razonabilidad práctica (V.4) de tratar a los demás como queríramos ser tratados por ellos (imparcialidad). Uno no tiene una responsabilidad general de mostrar tanto cuidado y preocupación por el bienestar de otra gente como el que muestra por el propio; el bien de otros es tan realmen-

te bueno como el bien propio, pero no es la responsabilidad primaria de cada uno, y darle prioridad al bien propio no es, por sí mismo, violar la exigencia de imparcialidad. Pero uno puede contraer responsabilidades que den prioridad a las exigencias de cuidado y preocupación de otras personas. Prometer es una manera de contraer tales responsabilidades. Pues hacer una promesa crea un criterio nuevo de imparcialidad, relativo a las personas interesadas y a la materia de la promesa. La promesa crea un marco de referencia especial, o posición superior, en relación con el cual puede estimarse la conducta de las partes en cuanto a su imparcialidad. Es decir, dada la institución o práctica de prometer y su conveniencia para el bien común como un instrumento de cooperación, un observador imparcial, que tenga presentes el bien común y los intereses de todos los implicados en la promesa, usaría la promesa como un marco de referencia de tal tipo. Una promesa, por tanto, da a cada parte (y normalmente, en mi opinión, a un beneficiario que no es realmente parte en un sentido estricto: cfr. VIII.2) un *locus standi* especial, un derecho a exigir el cumplimiento. El cumplimiento no es simplemente una obligación en el sentido general (el de los filósofos y moralistas) (XI.1); también es adeudado a la otra parte. Dada la "justicia general" de la institución de la promesa, el rompimiento de una promesa es (presuntivamente) una injusticia comutativa (VII.5). Ahora bien, todo esto es análogo a la explicación de tercer nivel en términos del bien común "en general". En realidad, es un desarrollo de esa explicación. Porque el bien de una parte individual en (o del beneficiario de) la promesa —el bien qué, en virtud de la promesa, adquiere cierta prioridad en cuanto al cuidado y preocupación exigibles al promitente— no es algo distinto del bien común. Es parte del bien común. Y que el bien de individuos determinados deba ser respetado de la manera exigida por estas consideraciones es en sí mismo un componente adicional del bien común —es una de las condiciones para el bienestar de todos y cada uno en la comunidad.

En realidad, es una verdad de amplia aplicación que un individuo actúa del modo más conveniente en beneficio del bien común, no intentando estimar las necesidades del bien común "en general", sino cumpliendo sus compromisos contractuales, y haciendo frente a sus otras responsabilidades, respecto de individuos determinados, i.e. respecto de quienes tienen derechos particulares correlativos a sus deberes. Cumplir las propias obligaciones particulares según justicia, incluso dentro de la esfera restringida de los contratos privados, las responsabilidades familiares, etc., es necesario si uno ha de respetar y favorecer el bien común, *no* porque "de lo contrario todo el mundo sufre", ni porque el incumplimiento disminuiría el "bien neto total" según un cómputo utilitarista imposible, ni siquiera porque "constituiría un mal ejemplo" y así debilitaría una práctica útil, sino simplemente

(25)

porque el bien común es el bien de los individuos, que viven juntos y dependen unos de otros según formas que favorecen el bienestar de cada uno.

Todas estas *exigencias necesarias*, derivadas de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, retroalimentan (*feedback*) a la obligación que se expresa, se asume, se discute, etc., dentro de la práctica de prometer. Es decir, el significado de "obligación" en el nivel de la práctica (i.e. al formular promesas, etc.) llega a estar cargado con su significado en el primer, segundo, y tercer niveles de explicación, siempre que la gente implicada en la práctica sea reflexiva de alguna manera. Entonces las expresiones de y las referencias a la obligación que son esenciales en la práctica no tendrán simplemente la fuerza de los movimientos en un juego (aunque en el sentido de "juego de lenguaje" de Wittgenstein *son eso*) sino que serán regularmente queridas y tomadas como implicando a los participantes y a su comunidad (y/o como expresando su implicación), y como relativas a la razonabilidad práctica misma.

Sin presuponer que este tercer nivel de explicación de la obligación es el más profundo (cfr. XIII.5), permítaseme hacer hincapié por un momento en su estrategia. Es una explicación paralela, en cuanto a la forma, a la explicación ofrecida (IX.3) acerca del carácter autoritativo de la costumbre. Porque la costumbre fue explicada como una práctica compleja que implica (i) modelos de conducta concurrentes, (ii) pretensiones y opiniones ("juicios") sobre (a) la conveniencia de la uniformidad de conducta en este campo determinado de acción y (b) la conveniencia de *este* modelo de conducta, (iii) la aceptación de que la conjunción entre la concurrencia de conductas y la concurrencia de pretensiones y de opiniones creó una costumbre autoritativa que justifica la observancia, los reclamos, las exigencias de conformidad, los reproches por la falta de conformidad, las reparaciones, etc. En esta explicación, el carácter autoritativo de la costumbre fue explicado (a la manera del tercer nivel, dándose por sentada la forma de explicación de primer nivel) como derivado de (A) la necesidad (para el bien común) de alguna solución autoritativa a los problemas de coordinación, considerada junto con (B) un determinado conjunto de hechos (acerca de la conducta, las opiniones, los grados de aceptación, etc.) que proporcionan pragmáticamente una respuesta a esa necesidad (o proporcionan una oportunidad de responder a ella).

Así también sucede con las promesas. Un determinado conjunto de hechos proporciona una oportunidad de responder a una necesidad permanente del bien común, la necesidad de que los individuos puedan establecer acuerdos confiables entre ellos mismos para la solución definida y duradera de los problemas de coordinación y, más en general, para la realización de los bienes de la autoconstitución individual y los de la comunidad. (La con-

fianza mutua no es simplemente un medio para fines ulteriores distintos; es en sí misma un valioso componente de toda vida en común.) El conjunto de hechos que proporciona esta oportunidad comprende (a) el hecho estructural de que una práctica (que implica más de una parte y se extiende por un lapso de tiempo y es aplicable a muchas y diversas promesas) existe o puede ser iniciada fácilmente (dados los hechos fundamentales sobre la capacidad de previsión, la memoria, el deseo de seguridad, la capacidad de comprender, cooperar, confiar, etc., propios del ser humano), en virtud de la cual la realización intencional de determinados signos será vinculada por los participantes con expectativas de cumplimiento futuro, exigencias de ese cumplimiento, etc., etc.; (b) el hecho particular de que un determinado individuo ha tomado parte en la práctica al realizar voluntaria e intencionalmente los signos relevantes; (c) el hecho de que si ese individuo, al igual que otros, se conforma con la práctica intentando cumplir lo que prometió cumplir, aun cuando el cumplimiento sea a costa de alguna molestia para sí mismo, prevista o incluso imprevista, él de ese modo no solamente contribuirá al bienestar de la persona en cuyo beneficio fue aceptada la promesa (una contribución que en el caso particular podría ser inferior a la pérdida de su propio bienestar) sino que también jugará su parte en un modelo de vida sin el cual muchos de los beneficios de la comunidad de hecho no podrían ser realizados.

Atendidos estos hechos empíricos y la mencionada necesidad permanente del bien común, este bien común (que incluye el bien del destinatario de la promesa o de otro beneficiario determinado) puede ser realizado con una imparcialidad razonable *solamente* si el individuo cumple su promesa; y esta necesidad es la obligación de su promesa (tanto la obligación general, de que habla el moralista, como la obligación adeudada al destinatario de la promesa o al beneficiario). "Yo no puedo ser una persona que obra en beneficio del bien común a menos que me conforme a la práctica mediante el cumplimiento de esta promesa". Secundariamente, "yo no puedo ser una persona racionalmente imparcial a menos que asuma las cargas de la práctica tanto como los beneficios, y cumpla esta promesa...". La conclusión, en cada caso, es: "*Por lo tanto, yo debo cumplir...*". Tanto las autoridades responsables del bien común en general, y el destinatario de la promesa u otro beneficiario determinado, tienen el derecho a exigir que la promesa sea cumplida. En consecuencia es conveniente que haya un derecho (*law*) de los contratos (y las doctrinas judiciales de la buena fe, la equidad, etc.) que se pueda hacer cumplir judicialmente y un derecho (*right*) de las partes (y a veces de los beneficiarios) para demandar judicialmente el cumplimiento de las promesas tuteladas por ese derecho (*law*).

La razón para repetir y enfatizar este análisis de la obligación en términos de la necesidad, dados determinados hechos, de determinadas acciones

como medios para fines valiosos, es el predominio, durante muchos siglos, de un análisis de la obligación, y más de la obligación de las promesas, en términos de "vínculos" creados por "actos de voluntad": véase XI.7. Baste con observar aquí que si bien las obligaciones promisorias no llegan a existir sin algún acto voluntario e intencional del que podría decirse que manifiesta un "acto de voluntad" de parte del promitente, la existencia de ese acto es sólo uno de los varios hechos relevantes para el surgimiento de la necesidad que llamamos obligación, y no tiene un rol especial al explicar la *obligación* del cumplimiento prometido. La razón por la que *esta* fuente de obligación, a diferencia de algunas otras, exige *inter alia* un acto voluntario, y en realidad un acto voluntario que intenta expresar la voluntad de crear una obligación, es que el sentido de esta institución, a diferencia de otras, es sobre todo hacer posible a los individuos ejercer un control sobre sus propias relaciones en la comunidad. Una práctica o doctrina práctica según la cual la obligación llegase a existir toda vez que alguien realizara ciertos signos (sea o no voluntariamente, y se intentase o no que fueran signos con *esta* significación), o toda vez que uno expresara las propias intenciones de actuar en el futuro, o toda vez que uno expresara esas intenciones sabiendo que otros podrían fiarse de eso, sería en cada caso una práctica o doctrina práctica demasiado restrictiva de la autonomía individual y del gobierno de sí mismo, demasiado limitativa de la expresividad y de la comunicación humanas. Así la voluntad del promitente de estar vinculado (o de dar a entender que quiere estar vinculado) es una de las condiciones necesarias para que efectivamente esté vinculado; pero este hecho en sí mismo no tiene especial poder explicativo en una explicación de la obligación.

XI.3. FUERZA OBLIGATORIA VARIABLE E INVARIABLE

Aun cuando los filósofos del último tiempo a menudo han pasado por alto o minimizado el hecho, la obligación de la promesa es muy variable, y a menudo es bastante débil. Éste es un hecho acerca de la práctica tal como comúnmente es entendida y puesta por obra. Sin una expresa "doctrina de la frustración" o cláusula *rebus sic stantibus*, la gente que hace y recibe promesas entiende normalmente que un cambio en las circunstancias de las partes, que afecte los intereses de una de ellas o de las dos (especialmente pero no necesariamente si no fue previsto al momento de la promesa) puede eximir de la obligación de cumplir y, bastante a menudo aunque no siempre, de la obligación de reparar (y aun de pedir excusas) por el incumplimiento. (Si el destinatario de la promesa ha sufrido molestias por este incumplimiento justificado lo correcto será no obstante expresar pesar, como algo distinto del arrepentimiento). Una promesa hecha del modo correcto es siempre una razón excluyente, esto es, siempre proporciona una razón para desestimar al-

gunas razones, que son auténticas y relevantes y que en ausencia de la promesa de hacer Φ habrían bastado para justificar no hacer Φ (véase IX.2). Pero una promesa es normalmente una razón excluyente que puede ser rebatida o dejada sin efecto (*defeated*) por algunas razones contrapuestas, a menudo por un amplio rango de razones fácilmente disponibles (si bien nunca por *cualquiera y por todas* las razones que habrían justificado, en ausencia de la promesa, no hacer lo prometido). Cuando las partes tienen la intención de que la promesa proporcione una razón excluyente virtualmente incondicionada o irrefutable (*indefeasible*), la promesa tendrá que expresarse con solemnidad y precisión como una promesa que los vincula "en lo favorable y en lo adverso, en riqueza y en pobreza, en enfermedad y en salud... hasta la muerte..."⁵ (y aun a tal forma lingüística se le puede dar una reducida significación creadora de obligación, en virtud de la práctica en que se enraiza).

Por supuesto, todo esto somete la práctica de prometer no sólo a obvios abusos y explotaciones, sino también a frecuentes diferencias de opinión de buena fe acerca de la fuerza de obligaciones promisorias determinadas e incluso de la obligación promatoria en general. La práctica puede ser penetrada virtualmente por todas las consideraciones valorativas, no sólo por aquellas que en el tercer nivel de explicación confieren a las promesas su fuerza obligatoria, sino también por todas las otras consideraciones análogas (sean o no incommensurables). Es decir, lo que retroalimenta a las consideraciones sobre el bien comunitario e individual no está constituido sólo por consideraciones tendientes a mostrar por qué es necesario cumplir las promesas en general y por tanto esta promesa en particular, sino también por consideraciones tendientes a mostrar que en este o aquel conjunto particular de circunstancias la regla general de la obligatoriedad puede razonablemente considerarse inaplicable o reemplazada. Esta reincorporación de variadas formas y exigencias de razonabilidad práctica presta a la práctica extrajurídica una flexibilidad sin la cual indudablemente no podría subsistir, pero también una inasible variabilidad o falta de fiabilidad, de un tipo que el pensamiento jurídico se esfuerza por excluir de las transacciones jurídicamente reguladas.

Esto es, entonces, lo primero que se ha de observar respecto de la obligación jurídica. Mientras que, en el nivel del lenguaje, de las actitudes comunes, y de la práctica, las partes en las promesas entienden la obligatoriedad de las promesas como variable entre una promesa y otra, los juristas —en cambio— consideran que la obligatoriedad de todos los preceptos legales y por ende de todas las transacciones reguladas jurídicamente posee la

⁵ Book of Common Prayer (1662), Forma para la celebración del matrimonio.

misma fuerza jurídica en todos los casos. Hablando jurídicamente, no hay grados de obligatoriedad jurídica, del mismo modo que no hay grados de validez jurídica (X.6).

El hecho de que, jurídicamente, todas las obligaciones jurídicas tengan la misma fuerza puede oscurecerse ante una mirada poco atenta por el hecho de que muchas obligaciones jurídicas poseen una extensión y un contenido variables. Es probable que el deber de los conductores o de los fabricantes de emplear un cuidado razonable, o el de los empleadores de cubrir adecuadamente las máquinas, en cada tipo de caso implique una conducta que será diferente en un tiempo respecto de otro, en un lugar respecto de otro. Pero esta clase de variabilidad debiera ser entendida con precisión. Considérese, como ejemplo representativo, las siguientes disposiciones de la ley inglesa de 1893 sobre venta de bienes muebles (*Sale of Goods Act*), modificada por la ley de 1973 sobre condiciones implícitas de aprovisionamiento (*Supply of Goods (Implied Terms) Act*):

- s. 14. (2) Cuando el vendedor vende bienes en el ejercicio de su negocio, existe la condición de venta implícita de que los bienes proporcionados en virtud del contrato sean de calidad comercial, pero no existe tal condición—
 - (a) respecto de los defectos específicamente advertidos al comprador antes de celebrar el contrato; o
 - (b) si el comprador examina los bienes antes de celebrar el contrato, respecto de los defectos que ese examen debiera revelar.

- s. 62 (1A). Los bienes de cualquier clase son de calidad comercial según el sentido de esta ley si son tan idóneos para el fin o los fines para los que comúnmente se compran los bienes de esa clase como es razonable esperar tomando en cuenta su descripción, el precio (si es relevante) y todas las otras circunstancias relevantes.

El deber del vendedor, entonces, es proporcionar bienes "tan idóneos [para los fines usuales de los compradores de tales bienes] como es razonable esperar tomando en cuenta todas las otras circunstancias relevantes". Un deber tal es obviamente variable en su contenido, de dos maneras diferentes: variará en cuanto varíen los bienes, y en cuanto varíen otras circunstancias de la venta; y variará en cuanto varíen las opiniones de los juristas y de los jueces respecto de la relevancia de clases determinadas de "circunstancias". Pero todas estas potenciales variaciones no debieran oscurecer ante nuestra mirada los elementos invariables que la ley establece: si un vendedor está vendiendo en el ejercicio de su negocio tiene un deber de proporcionar bienes de una calidad de determinado tipo excepto respecto de dos tipos definidos de defectos; pero si él no está vendiendo en el ejercicio de su negocio

entonces simplemente no tiene *ningún* deber de este tipo, aunque tiene otros; y si realmente tiene este deber, las consecuencias de no conformarse con él, aunque no siempre las mismas, están bien definidas y son, jurídicamente, inevitables. Sencillamente no cabe que él alegue que, aunque su caso cae bajo los términos de la s. 14(2) y sus bienes no poseen las especificaciones exigidas por la disposición, de todos modos su deber *prima facie* fue *vencido* y *disminuido* o *diferido* o de alguna otra manera *modificado* por otras consideraciones, no importa cuán "razonables". Por supuesto, la ley contiene disposiciones para circunstancias excepcionales en que el contrato de venta se resuelve en su totalidad y las partes son liberadas de sus obligaciones (VII.5); pero incluso aquí el método jurídico para analizar la situación lleva a la conclusión de que lo que de otra manera hubiera sido el deber del vendedor *no* es su deber y ha sido *reemplazado* por algún *otro* deber o por una libertad jurídica (*ausencia* de deber).

Esta invariabilidad en la fuerza formal de toda obligación jurídica tiene como su equivalente metodológico el postulado jurídico (compartido por el pensamiento moral "legalista") de que no hay deberes jurídicos superpuestos o en conflicto; pues cualquier superposición tal forzaría al jurista a soportar una obligación frente a la otra y a declarar que la obligación de mayor peso es la más vinculante. Un jurista siempre buscará definir (en términos de sujeto, materia, descripción del acto, tiempo, y circunstancias) los límites de toda obligación potencialmente aplicable de forma que pueda identificarse la única obligación jurídica en la situación bajo consideración, y que puedan simplemente desestimarse (para esa situación) todas las pretensiones de obligación concurrentes. De ahí el refinamiento casuístico de las reglas jurídicas, sus listas de condiciones y excepciones, el infatigable esfuerzo jurídico en favor de la exhaustividad y coherencia de las disposiciones. La famosa "inflexibilidad" del derecho es mucho más profunda de lo que uno supondría si simplemente tuviera en mente, por ejemplo, casos bien conocidos de prohibiciones penales redactadas tan ruda, ingenua, o vagamente, como para incluir lo que todos admitirían como una conducta laudable o al menos aceptable. Al contrario, la inflexibilidad del derecho se enraíza en la invariabilidad (ante el derecho) de la fuerza orientadora de la acción de todas y cada una de las disposiciones jurídicas que imponen obligaciones; y en los sistemas jurídicos desarrollados esta inflexibilidad debiera tener como una consecuencia mayor un exquisito refinamiento y precisión en la redacción de las leyes.

Pero mi mención de la "doctrina de la frustración de los contratos en circunstancias excepcionales" debiera recordarnos (si no nos lo ha recordado ya la referencia a la "razonabilidad" situada en el corazón de ese refinado código comercial, la reformada ley sobre venta de bienes muebles (*Sale of Goods Act*) que el pensamiento jurídico no ignora que hay políticas públi-

cas y principios que no pueden ser, o no han sido, reducidos a reglas jurídicas definidas. Es decir, el pensamiento jurídico desarrollado no excluye por completo esas consideraciones, referentes al bien común, que en general difícilmente son definibles con una precisión mayor que los principios y valores básicos estudiados en los primeros capítulos de este libro, pero que en determinadas circunstancias pueden conducir a hombres razonables a coincidir acerca de un curso de acción no establecido por las reglas jurídicas existentes o por la red de arreglos contractuales o de otros arreglos obligatorios que subsisten de acuerdo con esas reglas. De todas maneras, a diferencia de la práctica informal de prometer, el sistema jurídico no permite que tales consideraciones de "valor" o de "políticas públicas" retroalimenten de manera irrestricta el nivel de la práctica desde el nivel justificatorio de la simple razonabilidad práctica. En lugar de eso, el sistema jurídico restringe sistemáticamente tal reincorporación estableciendo instituciones, tales como tribunales, árbitros, y legislaturas, y exigiendo luego que cualquier cambio de las obligaciones impuestas por las reglas existentes y por los arreglos subsistentes sea autorizada sólo por esas instituciones. Además, las instituciones están ellas mismas sujetas a reglas jurídicas (diferenciadas según la naturaleza y funciones de las instituciones) que hacen obligatorio que sólo en ciertas circunstancias, y de acuerdo con procedimientos definidos y dentro de ciertos límites, puedan ellas admitir, aceptar, o actuar basándose en las políticas públicas "extra-jurídicas", o basándose en los principios jurídicamente indeterminados (o no completamente determinados, e.g. justificatorios más que estrictamente obligatorios). De esta forma el sistema jurídico sostiene y da eficacia práctica a un principio estructural del pensamiento jurídico, que la obligación jurídica posee una fuerza jurídicamente invariable.

El carácter de blanco-o-negro de la obligación jurídica (igual que el carácter de todo-o-nada de la validez jurídica)⁶ forma parte de los datos, que una explicación del derecho debe tomar en cuenta y explicar (y no escamotear). Se trata de una característica del pensamiento jurídico que obviamente hace que sea incompleta e insatisfactoria cualquier forma de explicación de primer nivel, la cual se limita a afirmar que "las reglas son concebidas como reglas que imponen obligaciones y se habla así de ellas cuando la exigencia general de conformidad es insistente y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse es grande".⁷ Como he observado en relación con la explicación análoga de primer nivel sobre las proposicio-

⁶ Véase X.6, más arriba; también, e.g. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: 1977), pág. 79: "La regla de que las restricciones irrazonables al comercio son inválidas continúa siendo una regla si toda restricción que es irrazonable es inválida, aun cuando puedan hallarse otras razones para imponer esa restricción que no disminuyan su irrazonabilidad".

⁷ Hart, *Concept of Law*, pág. 84; también pág. 214.

nes de obligación promisoria, tal ubicación de la "lógica de la obligación" en un contexto de regularidades de la práctica no está privada de poder explicativo. Pero más allá de la deficiencia general de las explicaciones de primer nivel —que no logran poner de manifiesto o explicar el razonamiento práctico que al motivar y justificar la práctica a juicio de los participantes confiere a la práctica su específica unidad y significación— hay una deficiencia especial en cualquier explicación de una obligación invariable (blanco-o-negro) en términos sólo de "presiones sociales" que inevitablemente tienen que ser muy variables en cuanto a su fuerza e insistencia.

La invariabilidad formal de la obligación jurídica hace igualmente que sean inadecuadas todas esas formas de explicación de segundo nivel que dan cuenta de la fuerza y del rol de las obligaciones y de las reglas obligatorias en el razonamiento práctico apuntando a *las reacciones humanas ante el incumplimiento de la conducta obligatoria* (reacciones que normalmente no son deseadas por la persona sujeta a la obligación, y que por tanto le proporcionan una razón para cumplir-con-el-fin-de-evitarlas). Las formas mejor conocidas de este tipo de explicación son, por supuesto, las teorías de la obligación jurídica formuladas exclusivamente en términos de la exposición a (la amenaza de, o la sujeción a) sanciones. Yo enfatice la importancia de las sanciones en cualquier explicación general del derecho (X.1). Pero mis observaciones a la teoría de Hume sobre la obligación promisoria (XI.2) deberían dejar claro por qué la amenaza de, o la sujeción a, sanciones no da cuenta de la naturaleza y del rol de la obligación en el razonamiento práctico. Esto, en realidad, ha sido mostrado con detalle por H.L.A. Hart;⁸ su distinción entre verse obligado (bajo amenaza de consecuencias desagradables) y estar bajo una obligación en virtud de una regla preceptiva fue propuesta no tanto como un argumento independiente (que podría ser acusado de verbalismo) cuantitativo como un recordatorio resumido de las características de la lógica de la obligación que le confieren un puesto inequívoco en el mapa de la motivación racional, o de las razones justificadoras, de la acción. Pero su propia explicación de la obligación (ofrecida en el párrafo precedente), cuando se traslada desde el primer al segundo nivel de explicación (*i.e.* en su terminología, a una explicación desde el "punto de vista interno") sufre de análogos defectos. La amenaza de reacciones críticas adversas frente a las propias infracciones del derecho es variable en intensidad y en inmediatez (como lo es el propio disgusto ante esas reacciones en diferentes contextos y circunstancias).

Dicho brevemente, la fuerza "directiva" del derecho no ha de ser reducida a, ni explicada por referencia exclusiva a, la fuerza "coactiva" del derecho (IX.5). En la próxima sección presento una explicación de esa *vis directiva*.

⁸ *Concept of Law*, págs. 80-3.

XI.4. "JURÍDICAMENTE OBLIGATORIO": EL SENTIDO JURÍDICO Y EL SENTIDO MORAL

Las reglas jurídicas que imponen obligaciones, como hemos visto antes (X.7), raramente están redactadas de modo imperativo o incluso en términos de "deber" u "obligación". No obstante, con fines analíticos pueden ser formuladas en la forma esquemática "Si p, q, r , entonces $X\Phi$ " —donde " p, q, r " significan las circunstancias bajo las cuales surge la obligación jurídica, " Φ " representa una descripción-de-un-acto que significa el acto obligatorio (que es o ha de ser) realizado por X, la persona relevante sometida a la norma en esas circunstancias, y " O " es un operador modal deóntico que significa que Φ es en esas circunstancias obligatorio para X (no simplemente permitido u optativo; ni tampoco que eso realmente sea o no sea así o que sea posible o necesario, como podría ser significado por algún operador no deóntico).

Usando este análisis, podemos decir que el problema estudiado en la sección precedente es el problema de explicar (i) cómo un precepto legal que impone una obligación proporciona una razón para la acción que no existiría independientemente de ese precepto legal y que en verdad es proporcionada por "el derecho" o el sistema jurídico mismo, y (ii) por qué la obligación de tal precepto legal tiene, para el pensamiento jurídico, el carácter de blanco-o-negro característico de las obligaciones jurídicas, *i.e.* cómo el operador modal " O " tiene la fuerza deontológica de todo o nada incluso cuando " Φ " representa alguna descripción-de-un-acto vaga o de concreción variable tal como "proporcionar bienes de calidad razonable".⁹ La respuesta al problema consiste en la correcta identificación del razonamiento práctico del subdito observante de la ley, razonamiento al cual se dirige tal norma y que se intenta que esa norma dirija de una manera característicamente "obligatoria".

La respuesta al problema, entonces, consiste en una explicación de tercer nivel de estrategia similar a las explicaciones que he ofrecido respecto de la costumbre (IX.3) y de la obligatoriedad de la promesa (XI.2). El esquema relevante de razonamiento práctico discurre más o menos como sigue (las formulaciones podrían variar mucho en sus detalles):

Paso A. En relación con *todos* los problemas de coordinación que jurídicamente se han especificado como aptos para recibir una solución ju-

⁹ Nótese que esta sección no se ocupa de esos "principios jurídicos" que algunos autores (*e.g.* Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: 1977, Cap. 2) consideran que son jurídicamente vinculantes aunque no son *reglas* jurídicas. Tales principios, si bien son "parte del derecho", no exigen jurídicamente acciones o decisiones determinadas, aunque (a) pueden *justificar* decisiones determinadas que exijan acciones determinadas, y (b) pueden ser objeto de reglas que imponen obligaciones que *exijan* al juez tomarlos en cuenta.

rídica [incluyendo el problema de cuáles son tales problemas que se han de especificar y resolver, y de qué manera y forma especificarlos y resolverlos] yo debo actuar de la manera jurídicamente especificada si he de respetar el bien común.

Paso B. Cuando un modelo-de-acción ha sido jurídicamente especificado como obligatorio [i.e. cuando ha sido jurídicamente establecido que “si p, q, r , entonces $XO\Phi$ ”] la única manera de satisfacer la necesidad postulada en el paso A es actuar según el modelo así especificado [i.e. es hacer Φ].

Paso C. Así, en los casos mencionados en el paso B, yo tengo que [debo] actuar de la manera especificada como obligatoria [i.e. cuando “si p, q, r , entonces $XO\Phi$ ” es una norma jurídica, y p, q, r , y yo soy X, entonces $O\Phi$].

A primera vista este esquema puede parecer vacío y/o viciosamente circular. El paso A sonará gratuito o como una petición de principio a menos que sea considerado como una formulación resumida de mis aseveraciones precedentes bastante elaboradas sobre la necesidad de la autoridad en la comunidad y de que esa autoridad sea tratada como autoritativa en la práctica, y sobre el derecho como una forma de solución autoritativa de los problemas de coordinación (IX.1, X.1, X.3). Pero la apariencia de circularidad viciosa en el esquema deriva especialmente, quizás, de la característica peculiar (reflejada en los pasos B y C) que la obligación jurídica comparte con la obligación promisoria, a saber, que la obligación es creada normalmente por un signo que expresa o implícitamente significa esa obligación. En los pasos B y C del esquema, el signo jurídico que significa una obligación jurídica específica es indicado por la fórmula “si p, q, r , entonces $XO\Phi$ ”. (Recuérdese que ésta es una fórmula esquemática rara vez adoptada por quienes redactan los preceptos jurídicos, pero que los juristas entienden bien como significada contextualmente por una variedad de expresiones legislativas y/o como derivable de la práctica o del precedente judicial, con o sin la ayuda interpretativa de principios jurídicos aceptados; véase X.7). Cuando la fórmula “si p, q, r , entonces $XO\Phi$ ” aparece en el paso C sin entrecerrillado, se refiere no al signo jurídico, la disposición jurídica de la obligación, sino a la necesidad racional, dados los pasos A y B, de actuar de la manera caracterizada como Φ .

El esquema no es redundante. Porque si no fuese posible encontrar algún esquema medio-fin de razonamiento práctico que llevara a una conclusión como C, entonces la significación jurídica de o la disposición “ $XO\Phi$ ” referida en el paso B serían palabras vacías (salvo como amenaza de sanciones). Pero puesto que el esquema realmente está disponible, la noción de obligación a que da origen puede ser usada en el acto del legislador que establece la “obligación”, un acto que tiene su peculiar relevancia y fuerza

orientadora de la acción precisamente porque puede cumplir su papel en una secuencia de razonamiento práctico cuya conclusión ese acto anticipa expresamente. (Aquí vemos otra vez la “retroalimentación” que observamos al analizar la práctica de prometer, y que es posible merced a la capacidad humana de reflexionar: XI.2).

¿Cuáles son entonces la fuente y la fuerza racionales de los pasos A y B? Quizás estos pasos pueden comprenderse más fácilmente si traduzco todo el esquema a la siguiente fórmula simplificada:

- A. Necesitamos, por el bien común, ser observantes de la ley;
- B. Pero cuando Φ está dispuesto por la ley como obligatorio, la única manera de ser observantes de la ley es hacer Φ ;
- C. Por lo tanto, necesitamos [es obligatorio para nosotros] hacer Φ cuando ha sido jurídicamente dispuesto que Φ es obligatorio.

Se objetará que la fuerza del paso A varía según las circunstancias; a veces el bien común puede ser protegido o realizado mejor apartándose de la ley. Eso es verdad; el paso A puede ocupar su lugar en el flujo ilimitado del razonamiento práctico y, puesto que él mismo no es una de las exigencias o principios básicos del razonamiento práctico, variará en fuerza y aplicabilidad. ¿De dónde, entonces, la fuerza jurídicamente invariable de la obligación jurídica? La respuesta es: del paso B, tomado junto con una interpretación del paso A como un postulado indiscutido, aislado por el pensamiento jurídico del flujo general del razonamiento práctico.

El paso B propone qué si uno há de tener y retener la calidad de “ciudadano observante de la ley” uno *debe* realizar toda acción que la ley (*the law*) haya dispuesto como “obligatoria”, cuando quiera y en todos los aspectos en que tales disposiciones sean aplicables. Este principio fundamental implícito en el pensamiento jurídico no es vacío. Incorpora los postulados de que todo precepto legal que establece una obligación forma parte de un sistema de preceptos legales que no pueden ser sopesados o contrapuestos entre sí, sino que constituyen un conjunto aplicable coherentemente a todas las situaciones y excluyen cualquier elección privada o no regulada entre las partes del conjunto. Cuando uno se encuentra con una regla jurídica que establece una obligación aplicable a sus circunstancias no hay ninguna regla o principio jurídicamente reconocido al que uno pueda apelar para liberarse de su obligación. En este sentido, por lo menos, la lealtad al sistema entero (“el derecho”) se pone a prueba: o bien uno obedece el precepto legal *particular*, o bien se descubre (ante sí mismo, si no ante los demás) como carente de o deficiente en lealtad al *todo*, tanto como al precepto particular.

Dicho brevemente, el derecho prohíbe cualquier retroalimentación del paso B (salvo a través de procedimientos y canales institucionalizados) con esos principios y valores generales que pueden dar al paso A una fuerza va-

riable; ellos pueden ser ignorados sistemáticamente tratando el paso A como un postulado o principio estructural. De esta forma el derecho, en cuanto sistema de razonamiento práctico ofrecido al hombre que quiere (y ve la necesidad de) ser observante de la ley, procura dar una fuerza invariable a la necesidad racional expresada en el paso C, la conclusión del hombre observante de la ley. Esa es la razón por la que he enfatizado que es sólo "ante el derecho" que la obligación jurídica posee fuerza invariable. De hecho, en el pensamiento estrictamente jurídico la base y la fuerza del paso A nunca llega a ser objeto de examen (excepto quizás en "emergencias públicas" del tipo mencionado en X.5). Que el derecho o la justicia ha de ser realizado *conforme al derecho* es el juramento del cargo de juez; es una formulación del paso A para fines jurídicos intrasistématicos (antes que para el razonamiento moral privado acerca del derecho) y por tanto no es materia de pronunciamiento o razonamiento judicial. Pero las fórmulas que expresan obligatoriedad jurídica reciben su inteligibilidad específica del hecho de que están deliberadamente diseñadas no sólo para integrarse en los razonamientos prácticos del ciudadano recalcitrante, dominados principalmente por la posibilidad de sanción, sino también y de manera más característica para integrarse en y para otorgar una especial fuerza concluyente a los razonamientos prácticos de quienes ven la necesidad (por el bien común) de autoridad y están generalmente dispuestos a actuar de acuerdo con ella.

El derecho de este modo anticipa y procura sacar partido, en verdad absorber y tomar el control, del esquema de razonamiento práctico del "buen ciudadano", y conferirle un estatus incontestable o dogmático. Intenta aislar lo que he estado llamando "pensamiento jurídico" o "pensamiento puramente jurídico" respecto del resto del razonamiento práctico. Pero el buen ciudadano siempre puede rescatar el paso A de su estatus, en el pensamiento jurídico, de postulado indiscutido o principio estructural. Al reubicar el paso A en el entero flujo del razonamiento práctico, uno le confiere fuerza moral en cuanto premisa. De este modo podemos y debiéramos distinguir *por una parte*, tanto (ia) el principio moral, incorporado en esta interpretación del paso A, de que los preceptos legales proporcionan orientación autoritativa y directamente aplicable para el hombre razonable y le relevan de la necesidad de ponderar (como tuvo que ponderar la legislatura) los pros y los contra de muchos posibles cursos de acción, como (ib) el teorema moral, incorporado en el paso C, de que una de las formas de la obligación moral es la obligación jurídica, respecto de *por otra parte* (ii) el principio jurídico (o teorema de ciencia jurídica en sentido estricto) de que la obligación jurídica es invariable. La igual obligación ante el derecho de cada precepto legal que impone obligación ha de ser claramente distinguida de la obligación moral de obedecer *cada* precepto legal.

En efecto, al igual que la obligación de las promesas, la obligación moral de obedecer *cada* precepto legal posee fuerza variable. Variará según la materia del precepto legal y las circunstancias de una posible violación; pues algunas materias están más necesitadas de una regulación jurídica que otras, y algunas violaciones de preceptos jurídicos provocan un desgarro mayor en el tejido del derecho que otras. Por una parte, la obligación moral de obedecer el derecho en cuanto tal está reforzada generalmente, pero en diversa medida, por obligaciones morales que existirían de la misma forma (e.g. no matar) o al menos incoativamente (e.g. contribuir a los gastos de un buen gobierno) incluso si el derecho no las promulgara de nuevo (como en lo tocante al homicidio) o no las concretara (como en el caso del precepto legal que impone el impuesto a la renta, o a las herencias, etc.): X.7. Y por otra parte, ha de entenderse que todos los teoremas y principios morales de que nos hemos estado ocupando en esta sección (e.g. los del paso A y del paso C) proporcionan razones excluyentes para la acción *presuntivas y condicionales o rebatibles (defeasible)* (IX.4). Para mayor simplicidad he omitido esta reserva del esquema de razonamiento práctico, y de mi explicación sobre él. (La naturaleza y la eficacia de estas condiciones para rebatir las razones presuntivas serán examinadas en XII.2-3).

Aun así, las razones que justifican el gran esfuerzo jurídico para hacer que el derecho, a diferencia de la institución social informal de prometer, sea relativamente impermeable a las estimaciones discretionales sobre ventajas y valores en competencia son razones que también justifican que sostengamos que la obligación moral de conformarse a las obligaciones jurídicas es relativamente de peso. Estas razones se refieren especialmente a la extensión, complejidad, y profundidad de las interdependencias sociales que el derecho, a diferencia de las promesas entre individuos, intenta regular. Un intento así de ambicioso como el del derecho solamente puede tener éxito en crear y mantener el orden, y un orden equitativo, en tanto en cuanto los individuos restrinjan drásticamente las ocasiones en que abandonan sus obligaciones jurídicas en favor de su ventaja individual o de sus concepciones acerca del bien social. Además, del mismo modo como el prometer crea un marco de referencia especial en relación con el cual estimar la imparcialidad, dando al destinatario de la promesa (y a cualquier beneficiario determinado) una base para exigir el cumplimiento como algo a lo que tiene derecho, así también el derecho (*the law*) crea un marco de referencia similar y proporciona, por lo menos a los directamente responsables de velar por el bien común, un derecho a exigir obediencia, no simplemente como algo moralmente obligatorio, en el sentido amplio de los moralistas, sino como algo moralmente adeudado "a la comunidad". El derecho suministra al ciudadano, igual que al juez, razones morales fuertemente excluyentes para actuar o para abstenerse de ciertas acciones.

Una vez que se comprende que el esquema de razonamiento práctico analizado en esta sección puede ser leído tanto en el sentido restringido, jurídico (en el cual su primera premisa es un postulado que se aísla del razonamiento práctico extrajurídico), como en el sentido no restringido, moral, debiera estar claro que el esquema satisface las exigencias tanto de las estrategias de explicación de tercer nivel (que deben exponer la posición y el rol del *explicandum* en el razonamiento práctico ilimitado) como de la ciencia específicamente jurídica, que razonablemente se empeña en que la obligación jurídica sea entendida como invariable y en que la obligación jurídica (sea o no también una forma de obligación moral) sea claramente distinguida de todas esas obligaciones morales (o de otro tipo) que subsistirían independientemente de o en ausencia del derecho.

Esta última exigencia o requerimiento del pensamiento jurídico no es de interés sólo para los "positivistas". Un "iusnaturalista" puede también hacer la exigencia, y puede observar que es satisfecha por el paso B en el esquema. Este paso expresa el hecho de que el pensamiento jurídico, dondequiera que razonablemente puede, acude a fuentes definidas de obligaciones y de reglas jurídicas, *viz.* a los actos que los juristas consideran autoritativos, *i.e.* que proporcionan *ahora* (en el cambiante instante presente) una razón buena y concluyente (o al menos excluyente en un grado determinado) para actuar *ahora* de la manera dispuesta *entonces*. Esta derivación de razones actuales suficientes para la acción a partir de actos o de hechos pasados, a su vez identificados por referencia a otros actos o hechos pasados, a su vez... etc., es del todo característica del pensamiento jurídico: X.3. Esos actos o hechos pasados incluyen los actos de creación o modificación deliberada o al menos datable a los que las reglas jurídicas, *qua* jurídicas, están siempre sujetas, en contraste con las reglas morales, las cuales *qua* reglas morales consideradas en tanto que morales no tienen orígenes datables y no pueden ser modificadas. El doble rol del esquema que he estado analizando viene a explicar por qué las reglas jurídicas, al igual que las promesas, pueden generar obligaciones morales que (en un sentido que se ha de desarrollar: XI.8) *están sujetas a creación y modificación deliberada*. También ayuda, de paso, a explicar por qué a menudo es tan difícil saber si una locución jurídica, especialmente la de un abogado en un alegato, está pensada para expresar las exigencias de la razonabilidad práctica ilimitada para la situación, o está pensada sólo desde una perspectiva "puramente jurídica", profesionalmente estructurada y sistemáticamente restringida —véase la distinción entre enunciados E₁ y E₂, trazada en IX.2, más arriba.

XI.5. LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL ANTE EL DERECHO: ¿CUMPLIMIENTO O COMPENSACIÓN?

La sección precedente ofreció un esquema de razonamiento práctico. Cuando se aísla artificialmente del flujo ilimitado de la razón práctica, el esquema explica la específica fuerza orientadora de la acción que posee ante el derecho una regla jurídica que impone una obligación; cuando se integra en el flujo ilimitado del razonamiento práctico, explica la específica fuerza moral de tal regla. Lo que resta de este capítulo procura consolidar el análisis de estos dos sentidos de "obligación jurídica", *i.e.* el sentido puramente jurídico, y el sentido moral. Lo haré, en primer lugar, considerando dos controversias de larga data en que los juristas han debatido con los juristas, y los moralistas con los moralistas, acerca de estos dos sentidos respectivamente; y en segundo lugar, usando esa discusión para clarificar el rol preciso de la "voluntad" del legislador o, *mutatis mutandis*, del promitente, en la creación y en la explicación de la obligación.

Las dos controversias que hemos de considerar tienen intereses y orígenes muy diferentes, pero suscitan cuestiones paralelas y superpuestas. Está la controversia entre juristas acerca de la obligación jurídica creada por un contrato: ¿consiste en cumplir lo que fue asumido, o no es más que una obligación de indemnizar los perjuicios a la otra parte en caso de incumplimiento? Y está la controversia entre los moralistas acerca de la obligación moral de obedecer una regla de derecho que crea una obligación jurídica: ¿consiste en hacer lo que esa regla de derecho implícita o explícitamente le ordena hacer al súbdito, o no es más que una obligación de someterse a la " pena" dispuesta por el derecho con determinadas condiciones que se refieren a las acciones u omisiones del súbdito?

En la raíz de la controversia de los juristas está, al parecer, el hecho que observábamos en la sección precedente al analizar la apariencia de circularidad en el esquema de razonamiento práctico que concluye: "C. En consecuencia, uno debe [está bajo una obligación de] Φ cuando Φ está dispuesto por una regla jurídica que impone obligación". El esquema le exige a uno identificar esas reglas jurídicas a las que uno *debe* conformarse si ha de ser un ciudadano observante de la ley. Donde hay un texto legislativo que utiliza términos característicos, como "X hará Φ , si p, q, r ", la tarea de identificar las reglas es relativamente fácil. Pero incluso en tales casos, habrá problemas acerca del rango de circunstancias en que la regla impone la exigencia jurídica de Φ . Normalmente corresponderá a los tribunales interpretar la regla y pronunciarse acerca de su alcance. Pero los tribunales, normalmente, no emiten tales pronunciamientos con el fin de ilustrar a los curiosos o de formar las conciencias; más bien actúan sólo a petición de una parte que procura obtener del tribunal una *resolución favorable (remedy)*, ya sea punitiva

o compensatoria (*e.g.* indemnización de perjuicios) o coactiva (*e.g.* una orden de ejecución forzada). Y tienden a considerar la posibilidad de una resolución favorable (*remedy*) como una señal de que una regla es de aquellas que imponen obligación. De este modo es fácil saltar a la suposición de que las fronteras de la obligación jurídica están marcadas por la posibilidad de obtener resoluciones judiciales favorables (*remedies*).

Llegar a esta suposición es aún más fácil en aquellas áreas del derecho en que el contenido mismo del derecho es descubrible no a partir de algún texto legislativo que usa una clara terminología indicadora de obligación, sino sólo (o primariamente) a partir de pronunciamientos de jueces al conceder o denegar resoluciones judiciales favorables susceptibles de ser impuestas; aquí la posibilidad de una resolución judicial favorable es a menudo el signo principal, a veces el único, de la existencia y extensión de una regla jurídica que impone obligación. Y la suposición, por último, es reforzada por la vinculación profesional de un jurista práctico con las preocupaciones de esos ciudadanos que sólo están interesados en el derecho en la medida en que puede afectarlos adversamente, y que para nada se ocupan de una secuencia de razonamiento práctico que procede del interés por el bien común o por el valor del orden jurídico en cuanto tal.

De tales raíces surge la opinión de un Oliver Wendell Holmes. Con la aspiración de "lavar con ácido cínico" todas las ilusiones idealistas sobre el derecho, alega que "el *test* para los principios jurídicos" es "el punto de vista del hombre malo". "¿Qué significa la noción de deber jurídico para un hombre malo?". "Principalmente, y en primer lugar, una profecía de que si él hace ciertas cosas será sometido a consecuencias desagradables por medio de la prisión o del pago forzado de dinero". Nada más cabe decir sobre "el concepto más amplio que el derecho contiene —la noción de deber jurídico".¹⁰ Pero, más específicamente, "el deber de cumplir un contrato según el derecho común (*common law*) significa una predicción de que tú debes indemnizar perjuicios si no lo cumples —y nada más".¹¹ Con más precisión: "la única consecuencia universal de una promesa jurídicamente vinculante es, que el derecho fuerza al promitente a indemnizar perjuicios si el evento prometido no llega a acontecer. En todos los casos lo deja libre de interferencia hasta que ha transcurrido el tiempo para cumplir, y por tanto libre para romper su contrato si le da la gana".¹²

¹⁰ Holmes, "The Path of the Law" (1897), 10 *Harv. L. Rev.*, 457 en 461; también en Holmes, *Collected Legal Papers* (New York: 1920), pág. 167.

¹¹ 10 *Harv. L. Rev.*, en pág. 462.

¹² Holmes, *The Common Law* (1881; ed. M. de W. Howe, Cambridge, Mass.: 1963), pág. 236. Para la conexión entre la estrategia general de analizar el derecho desde el punto de vista del "hombre malo" y su análisis del contrato, véase *ibid.*, pág. 317.

Los estudios de este análisis de la obligación contractual se concentran a menudo en las referencias de Holmes a la predicción, y las críticas de su argumento a menudo van poco más allá de mostrar que no logra reproducir o dar cuenta del "punto de vista interno" de los jueces, que están interesados no en predecir lo que están a punto de hacer sino en las razones que tienen para hacerlo. Pero, como los últimos pasajes de Holmes citados dejan claro, su argumento puede ser fácilmente formulado sin ninguna referencia a la predicción; para X estar sujeto a un deber contractual de Φ significa que X debe *o bien* Φ *o bien* indemnizar perjuicios —y este "debe" puede ser considerado (aunque no es necesario que lo sea) como la conclusión de un auténtico esquema "interno" de razonamiento práctico.

La reflexión sobre la tesis de Holmes debiera comenzar con el reconocimiento de que un sistema jurídico ciertamente *podría* interpretar todas sus reglas que imponen obligaciones en este sentido disyuntivo: *o bien* Φ *o bien* someterse a las "penas" establecidas (lo que tú prefieras). O, en un ámbito más restringido, podría interpretar todos los contratos en ese sentido. No obstante, el hecho es que los sistemas jurídicos no lo hacen (aunque muchos sí permiten, por supuesto, a cualquiera celebrar un contrato disyuntivo de ese tipo si le da la gana). Es una máxima de los sistemas de derecho continental latino (*civil law*) el que los contratos se celebran para ser cumplidos, y los sistemas del *common law* han funcionado sobre la base del mismo principio. Un albacea testamentario, por ejemplo, está obligado a cumplir los contratos celebrados por el causante cuyo patrimonio él administra, aun cuando fuese más ventajoso para el patrimonio y sus beneficiarios que él rehusara cumplir e indemnizara los perjuicios por el incumplimiento. La razón judicialmente formulada en favor de esta regla es significativa: "el incumplimiento de un contrato susceptible de ser impuesto por el derecho es un acto ilícito".¹³ Y también: "El albacea tiene... un claro deber de cumplir. El deber moral es inéquivoco. Consiste en cumplir el contrato celebrado por el causante intestado. El deber jurídico, en este caso, como... en todos los casos en que es plenamente comprendido y examinado, es idéntico al deber moral".¹⁴ Se formulan razones semejantes para otras reglas que ejemplifican el mismo principio general, por ejemplo, la regla de que es un delito civil para C incitar a A a romper su contrato (de A) con B, aun cuando C *no* está incitando a A a sustraerse de indemnizar los perjuicios por el incumplimiento sugerido: en opinión de los jueces hay un "abismo" entre los casos en que

¹³ "Ahmed Angullia v. Estate and Trust Agencies" (1927) Ltd. [1938] A.C. 628 en 635 (Privy Council).

¹⁴ "Cooper v. Jarman" (1866), L.R.3 Eq. 98 en 102, citado en el caso "Angullia" en pág. 634 y aprobado como "a la vez buen derecho y buen sentido".

se induce o incita a un acto que consiste en incumplir un contrato y los casos en que se induce o incita a un acto que consiste en no celebrar un contrato, y existe este abismo precisamente porque el incumplimiento del contrato es ilícito.¹⁵ Dicho brevemente, la lealtad al sistema jurídico como un todo requiere, según la interpretación que hacen de sí mismos estos sistemas jurídicos, que uno realice aquello a lo que se comprometió; ofrecer o estar dispuesto a indemnizar perjuicios, o pagarlos una vez evaluados, no es suficiente.

Esta interpretación jurídica prácticamente universal sobre los contratos y la obligación contractual tiene su importancia, para nosotros, como una indicación de que los contratos son sostenidos por el derecho con miras al bien común, que se ve positivamente realizado (i) por la coordinación de la acción, y la solución de los problemas de coordinación, hecha posible por el cumplimiento de los contratos (en el sentido ordinario, no holmesiano, de "cumplimiento"), y (ii) por la existencia continuada de una práctica social que incentiva activamente tal cumplimiento plenamente coordinado y desincentiva el incumplimiento. Si todos los contratos fuesen interpretados y sostenidos en el sentido disyuntivo holmesiano, el bien común de la coordinación todavía podría, naturalmente, ser favorecido en alguna medida. Pero se ve mucho más favorecido si el derecho, tal como lo hace, (a) permite a las partes celebrar contratos disyuntivos si lo desean, pero (b) rehusa interpretar otros contratos disyuntivamente, y de este modo (c) permite a las partes en un contrato saber con precisión qué curso de acción único es exigido a la otra parte por el derecho, en todos esos casos (la gran mayoría) en que es ventajoso para cada parte no dar a la otra parte una opción libre entre más de un curso de acción (cosa que el contrato de Holmes sí da).

La incapacidad del contrato holmesiano como instrumento para promover el bien común mediante tareas de colaboración se hace aún más evidente cuando uno observa que el deber de indemnizar perjuicios surge sólo, en su opinión, cuando un tribunal los ha determinado y ordenado pagarlos, i.e. después del gasto de recursos sociales en litigar. E incluso entonces, ¿en qué consiste este "deber de pagar"? ¿Consiste solamente en un deber o de pagar o de someterse al policía o al alguacil cuando venga a hacer cumplir forzadamente el pago mediante el embargo de los propios bienes? ¿Y consiste el "deber de someterse" sólo en el deber o de someterse o de aceptar la responsabilidad por agresión y/o desacato? Sin eliminar la clara distinción entre derecho y moral, es posible ver y decir que las ambiciones del derecho son más altas que esto, y sus esquemas característicos de pensamiento son por completo diferentes.

¹⁵ "Rookes v. Barnard" [1964] A.C. 1129, en págs. 1168, 1201.

Una motivación teórica importante de la construcción de Holmes, como se desprende del contexto inmediato de su formulación en *The Common Law*, fue su deseo (semejante al de Hume) de evitar y desacreditar cualquier intento de explicar la obligación contractual como el "producto" de un acto (o de unos actos o una unión de actos) de voluntad que podrían a continuación de alguna manera "vincular" o "someter" a las partes (sus voluntades). Esta motivación era completamente razonable. Pero Holmes no logró ver que la obligación contractual, así como la obligación jurídica en general, puede ser explicada como la necesidad de un tipo de medio adecuado de manera única para conseguir una forma de bien (e.g. la disponibilidad permanente de una coordinación de acciones beneficiosas) conseguible sólo imperfectamente de otra manera o no conseguible en absoluto. No logró ver, o en todo caso no tuvo en la debida consideración, el hecho de que la importancia social del derecho (como de la práctica de prometer) deriva no sólo de su capacidad de influir en el razonamiento práctico del "hombre malo", sino también de su capacidad de proporcionar a todos esos ciudadanos que están dispuestos a promover el bien común orientaciones precisas acerca de lo que deben hacer si han de seguir la dirección autoritativamente elegida como dirección común hacia ese bien (dándose por supuesto que tener una "dirección común" definida y generalmente aceptada es, presumiblemente, una forma particularmente buena de promover el bien común).

XI.6. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA EN SENTIDO MORAL:

¿CUMPLIMIENTO O SOMETIMIENTO A LA PENA?

Ha llegado el momento de volver a la harto más antigua y extensa controversia entre los moralistas acerca de la fuerza obligatoria de diversas formas comunes de disposiciones jurídicas. La controversia sobre las leyes "meramente penales", que anticipa varios de los debates de nuestros teóricos analíticos del derecho contemporáneos, emerge a fines del siglo XV, y encuentra una expresión clásica en la obra de Suárez al comienzo del siglo XVII.

La expresión "ley meramente penal" procede de un análisis elemental de la forma de las disposiciones jurídicas. Tales disposiciones pueden revestir (o ser reducidas analíticamente a) una u otra de entre tres formas: (i) "Si p, q, r, entonces XΟΦ"; esta forma fue a menudo denominada, confusamente, *lex moralis*; (ii) "Si p, q, r, entonces XΟΦ: la pena por el incumplimiento es P"; esta forma con dos cláusulas fue denominada *lex poenalis mixta*, pues combinaba la prescripción de una acción (o, por supuesto, omisión) con la prescripción de una pena; (iii) "Si p, q, r, y X (no) hace Φ se le ha de imponer

una pena"; esta directriz condicional a los funcionarios fue denominada *lex pure [o mere] poenalis*, pues su formulación se ocupa solamente (*pure*, o *mere*) de la sanción.¹⁶

Un análisis tan elemental no puede recibir el título altisonante de "teoría". La "teoría de la ley meramente penal" es la teoría que sostiene que algunos preceptos legales que de otra manera podrían interpretarse como que imponen al súbdito una obligación jurídica (y por tanto moral, en virtud de la implicación presuntiva que hemos estado examinando) de hacer Φ debieran más bien interpretarse como que le imponen nada más que la obligación de someterse a la pena P —o, en algunas versiones de la teoría, como que le imponen solamente la obligación disyuntiva de *o bien* hacer Φ *o bien* someterse a la pena P. Un precepto legal que debiera ser interpretado así era una "ley meramente penal".

La razón para esta explicación estriba en lo siguiente. El primer tratado sistemático dedicado a la teoría fue el *De Potestate Legis Poenalis* (1550) de Alfonso de Castro. En su versión de la teoría la razón decisiva para interpretar una ley como que impone sólo la obligación de someterse a la pena era sencillamente la *forma* de la ley. Si la formulación legislativa era una directriz condicional de imponer una pena (*i.e.* la forma *pure poenalis*), entonces la ley debe¹⁷ ser interpretada como que no impone al súbdito ninguna directriz obligatoria de hacer el acto, Φ , cuya no realización era la condición de la pena. Si, por otra parte, el legislador usaba la forma *poenalis mixta*, incorporando una expresa orientación al súbdito de hacer Φ , entonces la ley *debe* ser interpretada como que impone al súbdito una obligación de hacer Φ . Dicho brevemente, en opinión de Castro la única clase de leyes susceptibles de ser impuestas por el derecho que no lograban imponer al ciudadano una obligación directa de hacer Φ era la clase de leyes *pure poenalis* en cuanto a la forma.¹⁸ (El lector moderno habrá advertido que en la "teoría pura del derecho" de Kelsen todos los preceptos legales han de ser presentados analíticamente en la forma *pure poenalis*, pero luego han de ser interpretados como que imponen al ciudadano una obligación [puramente jurídica, naturalmente] de hacer el acto cuya no realización es la condición para la apli-

¹⁶ Se pueden rastrear las denominaciones hasta Castro, *De Potestate Legis Poenalis* (1550); las distinciones son reconocidas por autores anteriores: véase Suárez, *De Legibus*, Libro V, Cap. 4, parág. 2.

¹⁷ "...a menos que uno pueda consultar al legislador personalmente, y que él le diga oralmente qué quiso decir realmente": Castro, *op. cit.*, Libro I, Cap. 5.

¹⁸ Tales leyes, según Castro, imponen solamente (a) una obligación al juez de imponer la pena P, y/o (b) una obligación al ciudadano de someterse a P: *ibid.*, Cap. 9. John Driedo, que se adelantó a Castro en su *De Libertate Christiana* (publicado póstumamente en 1546), deja claro que la última obligación surge solamente "cuando uno ha sido descubierto": Libro 2, Cap. 1.

cación de la pena.¹⁹ El lector debiera considerar, no que Kelsen está equivocado y Castro tiene razón, o viceversa, sino que tanto la reducción analítica como la construcción interpretativa de una "norma secundaria" comprometen a Kelsen con muchas más asunciones sobre el sentido práctico y el valor del derecho que las que él suele admitir.

El motivo de Castro para vincular la obligación a las formas verbales era *limitar* los efectos de una noción de obligación jurídica/moral que, según decía él, había encontrado ampliamente difundida entre los laicos y los confesores y predicadores menos instruidos —la noción de que siempre que se ha dispuesto una pena por el legislador no hay obligación para el súbdito de hacer (o abstenerse de hacer) el acto (u omisión) a que se ha asignado la pena, ni hay en verdad obligación de hacer ninguna otra cosa fuera de someterse a la pena si acaso y cuando le es impuesta. La estrategia de Castro consistía en restringir esta amplia exención de la obligación positiva a la clase relativamente restringida de casos en que las fórmulas del legislador no contenían en absoluto una directriz para el súbdito.

Esta estrategia formalista está expuesta, por supuesto, a muchas objeciones. Sobre todo, ¿no indica acaso el uso por el legislador del término "pena" (y/o del aparato para imponer coercivamente el derecho penal) una directriz implícita al súbdito de que se abstenga del acto u omisión penado? Salvo que admitamos la existencia de esta directriz implícita, ¿no suprimimos acaso la distinción básica entre un *tributo* (por una conducta que el legislador considera compatible con el bien común) y una *pena* (por una conducta que él considera contraria al bien común)?²⁰ En suma, ¿no es acaso "verbalista y pueril"²¹ atender exclusivamente a las fórmulas del legislador para estimar su intención?

Como reacción ante Castro, muy pronto surgió una nueva versión de "teoría de la ley meramente penal" de una serie de autores.²² En esta segunda versión, la forma verbal de una ley tenía poca o ninguna importancia; todas las leyes que establecen o se refieren a penas eran en lo sustancial directivas o perceptivas, incorporaban una directriz tanto para los ciudadanos

¹⁹ Véase Kelsen, *General Theory*, págs. 58-62.

²⁰ Este punto es puesto de relieve por dos opositores a todas las "teorías de la ley meramente penal", Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure* (1556), Libro 1, q. 6, a. 5, y Luis De Molina, *De Iustitia et Iure*, vol. III (1600), tr. 2, disp. 674. Cf. la crítica de Hart a Kelsen y a Holmes en términos similares, *Concept of Law*, págs. 38-39.

²¹ Sylvester Prierias, *Summa Summarum de Casibus Conscientiae* (1515), s.v. "inobedientia", parág. 3, criticando a los principales predecesores de Castro, Henry of Ghent (c. 1280) y la *Summa Angelica* (1486).

²² Son dignos de destacar Martín de Azpilcueta, llamado corrientemente Navarrus (1557), y Gregorio de Valencia (1592); pero sus opiniones difieren en diversos aspectos, y la síntesis expuesta en el texto más arriba no se ha de atribuir de modo preciso a ninguno de ellos.

como para los funcionarios encargados de imponer sanciones, tal como si hubieran estado expresadas en la forma de la *lex poenalis mixta*. Pero estos autores le dieron una interpretación especial a "directivo" o "preceptivo". El legislador, según ellos, disponía de dos métodos para conferir a su directriz fuerza orientadora de la acción: podía *o bien* unir a ella la amenaza de una sanción P, que habría de ser impuesta por sus funcionarios en caso de incumplimiento de la directiva, *o bien* unir a ella una obligación moral (con el resultado de que el súbdito que no cumpliera sufriría en la vida futura las penas impuestas por Dios por el pecado). Así si el legislador elegía establecer una pena P, había de *presumirse* que estaba excluyendo toda obligación moral de su directriz (expresa o implícita) de hacer Φ. Esta expresión se fundaba en el aforismo jurídico "*expressio unius est exclusio alterius*": "Y así el legislador que tiene potestad para obligar bajo una pena tanto eterna [divina] como temporal [humana], al invocar ésta parece excluir aquélla".²³ En un sentido nuevo, por tanto, puede presumirse qué una ley que establece una pena es "meramente penal", i.e. que no impone ninguna obligación moral al súbdito.

Cuesta imaginar una teoría que independice más radicalmente la obligación respecto de toda cuestión relativa a la necesidad racional de medios singularmente adecuados para algún bien común. En esta nueva versión de la teoría de la ley meramente penal, la obligación jurídica (tanto en su sentido puramente jurídico como en su sentido moral)²⁴ equivale nada más que a estar expuesto a sanciones humanas o divinas; por esta razón, si no por otra, queda enteramente a la disposición del legislador imponer o no imponer la obligación (en sus dos sentidos), en cualquier grado, según le plazca.

Suárez, en su *De Legibus* (1612), se opuso a esta segunda versión de la teoría con dos razones estrechamente relacionadas: (a) porque eliminaba de la mayoría de las leyes susceptibles de ser impuestas todo rastro de orientación positiva al ciudadano observante de la ley, y (b) porque asumía una explicación reduccionista de la obligación como equivalente a estar expuesto a una pena. Pero, al mismo tiempo que rechazaba esta radical eliminación de diferencias comúnmente aceptadas y obviamente relevantes para la razonabilidad práctica, Suárez (junto con sus muchos seguidores) compartía no sólo el deseo²⁵ de los nuevos teóricos de que las conciencias de los ciuda-

²³ Navarrus, *Enchiridion sive Manuale Confessariorum* (1557), Cap. 23, n. 55. La presunción no es concluyente; la prueba en contrario acerca de la real intención del legislador es relevante si puede aportarse.

²⁴ Esta distinción entre los sentidos de la obligación jurídica es mía (XI.4), y no es explícita en los debates que estamos analizando aquí. Pienso que el curso de estos debates no se habría visto afectado en lo sustancial si los participantes hubiesen hecho la distinción.

²⁵ Expresado, e.g., por Blackstone en su estudio de la "ley meramente penal": I *Comm.* 58.

danos no fuesen sobrecargadas con demasiadas obligaciones y demasiado onerosas, sino también su creencia de que la intención del legislador es decisiva para determinar el alcance de la obligación. De este modo surge en Suárez una tercera versión de la teoría de la ley meramente penal, que combina hábilmente elementos de las dos versiones anteriores, y prefigura a Holmes en cuanto a su instrumento analítico principal.

En la explicación de Suárez, una "ley meramente penal" es la que, cualquiera sea su forma, ha de ser interpretada como que impone sobre el súbdito (ciudadano) una obligación disyuntiva: *o bien* hacer Φ *o bien* someterse a una "pena" P.²⁶ (Ahora parece deseable escribir la palabra "pena" entre comillas al exponer la teoría, pues la más obvia dificultad de la teoría, aunque no la más básica, reside en explicar cómo P es una pena en absoluto; porque la tesis esencial de la teoría es precisamente que, en el caso de una ley meramente penal, un ciudadano que deja de hacer Φ *no ha infringido la ley en absoluto y no ha dejado de obedecer ninguna directriz* ya sea expresa o implícita, obligatoria o no obligatoria). Suárez rechaza la apelación al aforismo *expressio unius est exclusio alterius*; no toda ley que establece o se refiere a una pena ha de ser interpretada como "meramente penal" en su opinión. Más bien, la intención del legislador de imponer solamente la obligación disyuntiva ha de ser declarada explícitamente, o transmitida "a través de la tradición, la costumbre o el derecho no escrito".²⁷ En ausencia de un principio de interpretación de ese tipo en una determinada comunidad, Suárez sugiere que se utilice el criterio de Castro (i.e. que las leyes *pure poenalis* en cuanto a la forma no impongan al ciudadano ninguna obligación de hacer o de abstenerse de los actos a los que se refiere la cláusula condicional). Pero Suárez evita el formalismo puro añadiendo una salvedad: la severidad de la pena o la importancia intrínseca de la materia²⁸ de la ley puede indicar que el legislador (no obstante la forma de su disposición) debe haber tenido la intención de imponer al ciudadano una obligación unívoca (no meramente disyuntiva).

¿Cuál es la importancia para nosotros de estas viejas teorías? Es doble. En primer lugar, ellas nos fuerzan a refining nuestra concepción sobre el rol de la voluntad del legislador (sus actos de elección o de decisión) en la imposición de la obligación jurídica y de la obligación moral. Este punto se de-

²⁶ *De Legibus*, Libro I, Cap. 14, parág. 7; Libro III, Cap. 27, parág. 3. A veces Suárez la denomina un "precepto hipotético", i.e. someterse a la pena si no se hace Φ: e.g. Libro V, Cap. 4, parág. 8. No sorprende que Suárez también reconozca contratos, promesas, y votos, "meramente penales": Libro III, Cap. 22, parág. 6; Libro V, Cap. 4, parág. 8.

²⁷ *Ibid.*, Libro V, Cap. 4, parág. 8.

²⁸ I.e. las materias a las que se refiere la cláusula condicional de la ley: según mi notación. F. Véase *ibid.*, Libro V, Cap. 4, párrs. 10, 12.

sarrolla en la siguiente sección. En segundo lugar, ellas recomiendan prestar mayor atención a los problemas de conciencia creados por leyes insensibles y gravosas, que cabe encontrar hoy en sistemas jurídicos que por regla general son justos, tan a menudo como las encontraban los teólogos morales en los sistemas jurídicos de los siglos XVI y XVII en Europa. Este punto se desarrolla en el capítulo siguiente.

XI.7. OBLIGACIÓN Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

Todas las versiones de la teoría de la ley meramente penal comparten la asunción de que la obligación es un efecto de la voluntad del legislador, ha de ser explicada por referencia a la fuerza que mueve su voluntad, y puede ser impuesta o no impuesta por él a su elección cuando señala una regla o un modelo de acción que considera deseable para el bien común. Algunas versiones de la teoría (e.g. la de Vázquez²⁹) proponen que él puede excluir toda obligación del modelo de acción que implícita o expresamente está disponiendo para el ciudadano. Otras proponen que él puede regular el grado de obligación. Otras (e.g. la de Suárez³⁰) proponen que, si bien la obligación es esencial si una disposición ha de considerarse como regla jurídica en absoluto, esta obligación puede ser impuesta respecto o bien (i) de la acción, Φ , que él desea o bien (ii) disyuntivamente respecto de esa acción o de la pena (lo que equivale a decir que, bajo determinada condición, él puede excluir toda obligación respecto del modelo de acción dispuesto, Φ).

Una primera dificultad, entonces, con todas las teorías de la ley meramente penal es que casi inevitablemente recurren a ficciones. El hecho es que muy pocos legisladores tienen algún deseo de distinguir entre convertir la conducta en jurídicamente obligatoria y sujetarla a una pena, y aún menos tienen alguna intención o voluntad acerca de las consecuencias morales de lo que promulgan. Rara vez van más allá de la sencilla secuencia de razonamiento de que la común adhesión a algún modelo de acción Φ único es deseable para el bien común, que por tanto Φ debiera ser una exigencia jurídica, y que una sanción P debiera ser establecida (a) para indicar que de aquí en adelante es una exigencia jurídica, (b) para disuadir al desobediente de desobedecer, y (c) con vistas a la serie de consideraciones pedagógicas, retributivas, y reformativas que esbozé en X.1, más arriba. Buscar una intención legislativa de imponer o de excluir la obligación jurídica en el sentido

²⁹ In *Primam Secundae*, disp. 159, cc. 2, 3. La teoría de Vázquez es una versión menos formalista de la teoría de Castro, que enfatiza la intención legislativa más que las fórmulas legislativas.

³⁰ De *Legibus*, Libro I, Cap. 14, parág. 4; Libro III, Cap. 20, parág. 4.

moral, ya fijándose en las formas de redacción empleadas, ya buscando detrás de ellas, es buscar algo que normalmente no está ahí para ser hallado. El resultado es una comedia de ficciones: frente al establecimiento de una pena "desproporcionadamente" severa, algunos defensores³¹ de la teoría de la ley meramente penal asumen que la severidad indica una intención legislativa de imponer una obligación estricta de hacer Φ , mientras que otros³² asumen que eso indica la intención de no imponer ninguna obligación de hacer Φ en absoluto. Las dos presunciones son bastante arbitrarias, la segunda (más popular) quizás más que la primera.

Una segunda dificultad llega un poco más a fondo. Todas las versiones de la teoría (y no sólo la de Castro) enturbian la distinción entre tributo y pena. Ahora bien, en diversas situaciones es inevitablemente difícil trazar esta distinción en la práctica: los legisladores que imponen tributos pueden no estar seguros sobre si desean desincentivar una cierta forma de conducta (e.g. fumar) o recaudar fondos de ella, o las dos cosas. Pero sigue siendo deseable de manera importante que los ciudadanos observantes de la ley sepan cuál es su situación en relación con cualquier forma de conducta que estén considerando: ¿es ésta (i) una forma de conducta autoritativamente declarada como incompatible con la dirección común autoritativamente elegida (y por tanto sometida a una pena) o es (ii) una forma de conducta que el legislador quizás (a) aprueba pero halla útil como ocasión para recaudar fondos, o quizás (b) desaprueba pero está dispuesto a conceder a los ciudadanos (incluyendo a los observantes de la ley) más sólo a un precio desincentivador? La distinción entre (i) y (ii) es mucho más significativa para la empresa de ordenar una comunidad con justicia a través del derecho que la distinción entre (ii) (a) y (ii) (b). Pero los teóricos de la "ley meramente penal" arguyen que el recurso de establecer un "delito" y/o disponer una "pena" es sistemáticamente ambivalente entre la forma (i) y la forma (ii) (b). La verdad es que quizás es el recurso más característico del legislador para indicar la forma (i). De manera que los teóricos de la "ley meramente penal" hacen que las regulaciones jurídicas sean menos matizables y por tanto menos aptas como una vía hacia el bien común.

Pero la dificultad realmente básica estriba en la noción misma que da a la teoría su perenne verosimilitud y popularidad. La obligación, se arguye, nace de la decisión del legislador de crear una regla que impone obligación. ¿No puede él, por tanto, decidir crear una regla que no impone obligación,

³¹ E.g. Castro, *op. cit.*, Libro I, Cap. 11; Suárez, *op. cit.*, Libro V, Cap. 4, parág. 10.

³² E.g. A. Lchmkuhl, *Theologia Moralis* (12^a ed., Freiburg: 1914), vol. I, parág. 312; J. Messner, *Social Ethics: Natural Law in the Modern World* (St. Louis: 1949), pág. 211; para una versión más antigua de esta línea de pensamiento, Alphonsus de Liguori, *Theologia Moralis* (1755), Libro III, n. 616.

o una regla que impone una obligación menor, o una regla que impone una obligación disyuntiva ("o Φ o Ψ ")? ¿Acaso la potestad de hacer lo más no incluye la potestad de hacer lo menos? Solamente un análisis riguroso del rol de la decisión o voluntad del legislador en la creación de la obligación jurídica o jurídica/moral nos permitirá resistir, como debiéramos, estas preguntas retóricas.

Las distinciones necesarias, aunque son básicas, son finas, como muestra el que tantos no hayan logrado verlas. Pueden dejarse en claro por referencia a una analogía jurídica. (Esta analogía pretende captar una distinción particular, rebatir una supuesta consecuencia particular, no estar en completa armonía con el derecho en general como aparece en la problemática de esta sección). Considerese un estado federal,³³ en el cual la constitución exigea a los juristas distinguir entre deberes "federales" y deberes "provinciales", por ejemplo porque los tribunales "fедерales" (*i.e.* centrales, en cuanto opuestos a "provinciales") tienen jurisdicción exclusiva sobre los casos que implican derechos y deberes u obligaciones "federales". Un deber federal es el impuesto por, de acuerdo con, o en virtud del derecho federal. Ahora supóngase que una ley federal dispone que todas las personas que se certifiquen como pertenecientes a la clase C tendrán el deber de hacer Φ ; y supóngase además que de acuerdo con la constitución ninguna legislatura provincial podría imponer tal deber. Este deber es impuesto por el derecho federal (y por ende exigible ante los tribunales federales). Sigue siendo un deber u obligación federal sea o no que sólo los funcionarios federales tengan la potestad de certificar que determinadas personas pertenecen a la clase C. Supóngase que los funcionarios provinciales están facultados por el derecho federal o provincial para emitir los certificados relevantes: el deber de las personas certificadas de hacer Φ sigue siendo un deber federal. Seguirá siendo un deber exclusivamente federal incluso si los funcionarios provinciales están facultados para emitir los certificados de acuerdo con criterios especificados por el derecho provincial, o por algún derecho extranjero, o según su propia discreción. Seguirá siendo un deber exclusivamente federal sin importar que la forma del certificado emitido provincialmente sea "se certifica por el presente documento que X pertenece a la clase C", o "X, habiéndose certificado por el presente documento que es miembro de la clase C, debe hacer Φ ", o "se certifica por el presente documento que X está sujeto a una obligación de hacer Φ ", o "por el presente documento se exige a X que

³³ La analogía podría desarrollarse también para un estado unitario, en términos de un ministro, o de una autoridad local, u otro funcionario, investido con la potestad de clasificar a las personas para los fines de una ley parlamentaria existente que impusiera diversas obligaciones a diversas clases de personas.

haga Φ ". Ninguna de estas variaciones en las formas verbales, o en la amplitud de la delegación a los funcionarios no federales, afecta a la fuente de la obligación, que es exclusivamente federal. Las decisiones de los funcionarios no federales de emitir certificados son simplemente hechos cuyo acaecimiento hace surgir la obligación federal para una persona determinada —tal como cumplir los 18 años de edad es un hecho que hace surgir las obligaciones federales en conformidad con las leyes federales relativas a los adultos.

Dicho brevemente, aunque es verdad que la decisión (el acto de voluntad) de un funcionario provincial de hacer que X esté bajo la obligación de hacer Φ tiene el resultado de que X esté bajo tal obligación, no es verdad que por eso "la fuente" de la obligación de X sea ese acto de voluntad del funcionario. El acto de voluntad de algún funcionario es ciertamente una condición necesaria para que X adquiera esta obligación particular, pero ese acto de voluntad no tiene más importancia intrínseca (o significación explicativa en una explicación de la obligación de X) que cualquier otro hecho (*e.g.* cumplir 18) que sea una condición necesaria para que X adquiera esa (o alguna otra) obligación. Y nótese que un funcionario no puede decidir emitir un certificado pero dejar sin efecto la obligación que se sigue de esa emisión.

El análisis precedente no se ve afectado si ampliamos el rango de elecciones abiertas a los funcionarios no federales, *e.g.* certificar que X es miembro de la clase C, o de la clase C₁, o de la clase C₂, o de la clase C_n, con el resultado de que él habría tenido el deber de hacer Φ , ..., o Φ_n , respectivamente. La única consecuencia de ampliar de este modo el rango de opciones es que las decisiones de los funcionarios pueden afectar a la gente de formas más variadas y son quizás más difíciles de adoptar, y en este sentido "de más peso"; las decisiones empero no son "la fuente esencial" de las diversas obligaciones, tal como la propia decisión de X no sería "la fuente" de sus obligaciones de acuerdo con una ley federal que impusiera obligaciones a clases determinadas de personas pero autorizara y exigiera a la gente *elección su propia clase* (sea periódicamente, o de una vez por todas).

Mediante su decisión de disponer que Φ es jurídicamente obligatorio para X, una persona con autoridad para crear leyes hace que (i) Φ sea jurídicamente obligatorio y de este modo (presuntivamente) que (ii) Φ sea moralmente obligatorio. Pero, como el precedente análisis de la imaginada situación jurídica federal debiera haber ayudado a dejar claro, estas consecuencias emanaban no de alguna "fuerza" de la "voluntad superior" del legislador, sino de la interrelación entre (a) el hecho de que él ha decidido de ese modo y (b) un principio "más alto" (*o* "más profundo") que hace ese

hecho jurídicamente y/o moralmente significativo.³⁴ En un análisis estrictamente jurídico, ese principio ulterior consistirá en algún precepto legal que atribuya efecto jurídico a tipos específicos de actos legislativos (pero que igualmente, aunque menos corrientemente en el mundo moderno, podría atribuir efecto normativo a eventos o hechos que no impliquen un acto de voluntad o decisión de nadie determinado de imponer una obligación específica: véase IX.3). Y en la perspectiva más amplia del razonamiento práctico, que incluye pero va más allá de los confines del razonamiento jurídico, los principios ulteriores relevantes serán los principios de que el bien común ha de ser promovido, de que la determinación autoritativa de la solución para los problemas de coordinación favorece el bien común, y que la regulación jurídica es (presuntivamente) un buen método de determinación autoritativa.

En consecuencia, la cuestión de si un legislador puede excluir la obligación moral de sus disposiciones, o modificar el alcance o grado de su fuerza moral, no ha de resolverse preguntando qué obligaciones morales puede o intenta o "quiere" imponer. Más bien, la cuestión ha de resolverse preguntando cuál es, en vista del bien común, la significación, para la razonabilidad práctica, de ciertos hechos —en este caso, el hecho de que un legislador autoritativo ha decidido y dispuesto que Φ es "jurídicamente obligatorio". Y la respuesta correcta a esa pregunta es la proporcionada en las secciones precedentes de este capítulo, *viz.* que en razón de (*a*) la importancia del derecho como modo específico de hacer realidad un elemento fundamental del bien común, *viz.* un orden de interrelaciones humanas flexiblemente estable, equitativo, predecible y positivamente colaborativo, y (*b*) el hecho de que el derecho no será efectivo para ese fin a menos que sus súbditos estén generalmente dispuestos a aceptar sus disposiciones y a actuar conforme a ellas (incluso cuando ellos hubiesen preferido que las disposiciones fuesen distintas), se sigue (*c*) que donde el legislador autorizado dispone que Φ es obligatorio, el efecto, para el jurista, es que Φ es obligatorio (sin que haya grados o intensidades de obligación jurídica), y el efecto para el ciudadano de conciencia recta en cuanto tal (sea o no también jurista) es que Φ es moralmente obligatorio (presuntivamente). De este modo los actos de voluntad del legislador tienen su significación para la razón práctica de otra gente sólo porque pueden ocupar su lugar en una estructura normativa *que no es obra del legislador*. Esa estructura no da cabida a que "intenciones" (o "actos de volun-

³⁴ Esto explica cómo debiera entender uno el *quia* ("porque") en la famosa observación de Tomás de Aquino, todavía viva en el lenguaje jurídico inglés (y en el castellano), según la cual "hay algunas cosas mandadas porque son buenas, o prohibidas porque son malas, pero otras cosas son buenas porque están mandadas, o malas porque están prohibidas [*mala quia prohibita*]": *S.T.*, II-II, q. 57, a. 2 ad 3; cfr. I-II, q. 71, a. 6 ad 4.

tad") legislativas excluyan o modifiquen obligaciones morales; pues tales intenciones, si tuvieran el efecto intentado, debilitarían gravemente la claridad y la certeza y la uniformidad de aplicación que constituyen las bases mismas de la utilidad del derecho como modo específico de realizar el bien común. Por lo tanto *estas* intenciones o actos de voluntad no tienen ningún efecto, *i.e.* son irrelevantes para el razonamiento moral relativo a las propias obligaciones en cuanto ciudadano.

Decir esto no es, por supuesto, negar que un legislador puede crear expresamente (o mediante una genuina implicación) una disposición cuyo correcto análisis jurídico sea que es del tipo disyuntivo identificado por Suárez. Pero esos actos legislativos debieran ser considerados por los juristas y por los ciudadanos asimismo como intentos confusos y abusivos de imponer un tributo por hacer Φ . No imponen *ninguna* forma de obligación de no hacer Φ . Por lo que se refiere a la acción Φ , han de ser tratados más bien como exhortaciones de un legislador a no hacer Φ . Aunque tales exhortaciones tienen alguna relevancia para la apreciación personal del ciudadano sobre las exigencias del bien común, no tienen *ningún* efecto jurídico y en consecuencia no crean *ningún* grado de obligación jurídica ni en el sentido jurídico ni en el sentido moral.

Mi argumento básico contra las teorías de la "ley meramente penal" tampoco, por último, disminuye de ninguna manera la amplitud y la libertad de la autoridad del legislador para elegir el modelo de acción obligatoria de entre todos los posibles modelos alternativos que razonablemente podrían ser hechos obligatorios para el bien común. Tampoco implica ni sugiere que el legislador está limitado a cristalizar obligaciones que ya estaban de alguna manera "ahí" (en virtud de la "ley natural"): véase X.7. Si la comparación que he hecho con una cierta situación jurídica federal parece sugerir tales consecuencias, considérese una analogía parcial adicional. Sucedé a veces que una legislatura central, que posee competencia legislativa *exclusiva* sobre, digamos, la ciudad capital federal, establece el derecho penal de esa ciudad simplemente disponiendo que el derecho penal ahí será el derecho penal de la provincia circundante, cualquiera sea ese derecho a lo largo del tiempo. En tal situación todos los actos de elección sobre el *contenido* del derecho penal que estará vigente en la ciudad son realizados por la legislatura provincial (*i.e.* no federal) —con todo sigue siendo verdad que esa legislatura provincial *no* posee autoridad sobre la ciudad capital, ni posee potestad para excluir, impedir, o modificar la aplicabilidad de sus leyes a esa ciudad. La validez y fuerza obligatoria de las leyes de la provincia en esa ciudad han de ser explicadas por referencia esencialmente a la ley federal superior. Así, también, en el análisis del derecho en general. La amplia discreción del legislador para elegir y conformar el contenido de las obligaciones de sus súb-

(39)

ditos no es incompatible con los principios sobre los que hemos insistido, en el sentido de que la fuerza obligatoria de sus actos de elección no es explícable esencialmente³⁵ por referencia a esos actos en cuanto tales, y que no le corresponde a él imponerla, excluirla, modificarla, o disponer de ella de alguna otra manera.

XI.8. "RAZÓN" Y "VOLUNTAD" EN LA DECISIÓN, EN LA LEGISLACIÓN, Y EN EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO

Aquí podría abandonarse el tema. Pero es posible alcanzar una comprensión más profunda de los seculares debates entre moralistas. ¿Por qué los defensores de la teoría de la ley meramente penal (y de hecho muchos otros) atribuyeron a los actos de voluntad una significación en la explicación del derecho que ellos en verdad no tienen, y que oscurece gravemente el rol positivamente³⁶ explicativo de los varios aspectos relevantes del bien común y de los medios adecuados para promoverlo? Para responder esto será útil adoptar la asunción o el principio, compartido por todas las partes en el debate, de que la interacción de razonabilidad y de pura decisión en la arena político-jurídica se ilumina desarrollando una analogía con el proceso de decisión y la acción propias de un individuo. De inmediato nos damos cuenta de que el más influyente defensor de la teoría de la ley meramente penal, Suárez, ha desarrollado un análisis de la acción individual (que comparte con Vázquez, otro defensor de la teoría de la ley meramente penal) en explícita oposición al análisis ofrecido por Tomás de Aquino, cuyos seguidores llegaron a ser los principales oponentes a la teoría de la ley meramente penal.

Al igual que Tomás de Aquino, Suárez comprende toda acción humana libre y deliberada en términos de una serie (no necesariamente extendida cronológicamente) de componentes que interactúan entre sí. Está la captación inteligente de un fin, valor, u objetivo: atribúyase esto a la propia "razón", la propia capacidad de "ver el sentido" o de comprender lo bueno de ese fin. Pero esto no llegará a la acción a menos que uno esté interesado activamente en, i.e. deseoso de, ese fin, para uno mismo: atribúyase este deseo del fin a la propia "voluntad", la propia capacidad de perseguir objetivos que

³⁵ Si no fuese por la ambigüedad de "formal" en el lenguaje moderno, sería preferible decir "formalmente": en pocas palabras, nuestro argumento se dirige contra la opinión, expresada por Locke en su sexto ensayo sobre la ley natural, de que "la causa formal de la obligación [es] la voluntad de un superior" (von Leyden ed., Oxford: 1954), pág. 185. Conservando la terminología aristotélica usada por Locke, nuestro argumento es que la voluntad de un superior es una entre varias posibles causas "eficientes", no formales, de la obligación.

³⁶ Suárez naturalmente reconoce al bien común y a la justicia un rol negativo o limitador en su explicación del derecho: la voluntad de un legislador no tiene su efecto moral si es *injusta*: *De Legibus*, Libro I, Cap. 9.

uno comprende, o considera, que son valiosos. Luego está la consideración inteligente de las formas de conseguir ese fin, y estimación de su respectiva eficacia, disponibilidad, ventajas, y desventajas: atribúyase esto a la propia "razón". Pero esta consideración y estimación no llegarán a la acción a menos que uno no sólo sea atraído por las diversas ventajas respectivas sino que además esté dispuesto a poner término al proceso potencialmente interminable de comparar posibilidades, ventajas, y desventajas, eligiendo un medio específico y *decidiendo* actuar de tal forma: atribúyase esto a la propia "voluntad". Hasta aquí concuerdan Tomás de Aquino y Suárez.³⁷

Pero en este punto del análisis Suárez (como Vázquez) dice: la propia decisión lo mueve a uno a activarse y a llevar a cabo la propia acción. Estando la decisión atribuida por él, igual que por Tomás de Aquino, a la "voluntad", llegamos al mismo axioma que domina la filosofía jurídica y política de Suárez: es la voluntad la que mueve al hombre a la acción—en el terreno político, la voluntad del superior; en el terreno cuasipolítico del propio control sobre las propias facultades y miembros, la voluntad propia de cada uno. Tomás de Aquino, en cambio, traza una distinción en este punto. Entre la decisión, por la cual uno determina, para sí mismo, qué ha de hacer, y la actividad física o psicosomática por la cual uno efectivamente ejecuta la propia decisión, Tomás de Aquino discierne mediante su análisis un último componente; lo denomina *imperium* ("mandato", imperio). Él lo atribuye a la propia "razón", y afirma que lo que lo mueve a uno a actuar no es, hablando muy estrictamente, la propia decisión sino este *imperium*, esta "orden a uno mismo"³⁸. Suárez objeta: el *imperium* de Tomás de Aquino es, afirma, innecesario y en realidad imposible, "ciertamente una ficción".³⁹

¿Qué es, entonces, el *imperium*, según el análisis de Tomás de Aquino? Es un "acto del intelecto" por el cual uno, por así decirlo, pone ante sí mismo

³⁷ Y Suárez no rechazaría la opinión de Tomás de Aquino de que la "razón" y la "voluntad" no han de ser personificadas o reificadas; es sólo la persona lo que actúa; y, además, las actividades alternantes de las dos capacidades en cuestión son psicológicamente interdependientes por entero y distinguibles sólo analíticamente. "Voluntas est in ratione" y "est appetitus rationalis": S.T., I, q. 87, a. 4; I-II, q. 6 prol.; q. 8, a. 1; II-II, q. 58, a. 4c y ad 1.

³⁸ S.T., I-II, q. 17, a. 1: "...De aquí que, en conclusión, ordenar [o imperar: *imperare*] es un acto de la propia razón, presupuesto un acto de la voluntad en virtud del cual la propia razón [lo] mueve [a uno], mediante el *imperium*, a la ejecución del acto." Hablando de manera más amplia, en el prólogo a la misma *Quaestio 17*, Tomás de Aquino se refiere a fases de la acción que son "mandadas por la voluntad" (*imperatis a voluntate*). Véase también q. 90, a. 1 sed contra, y ad 3.

³⁹ Suárez, *De Legibus* (1612), Libro I, Cap. 5, parág. 6; Cap. 4, parág. 4. A menudo se pasa por alto que, en esto, Suárez fue precedido por el "racionalista" Gabriel Vázquez, quien argumentaba con detalle en el sentido de que la tesis de Tomás de Aquino de un *imperium* entre la propia decisión y la propia ejecución era "innecesaria", "inadecuada", e "inútil": *in Primam Secundae*, disp. 49, Cap. 4 (sobre S.T., I-II, q. 17, a. 1). En realidad pocos años después de la muerte de Tomás de Aquino la gente estaba objetando en los mismos términos.

el propio curso de acción decidido. Tal acto de la mente es necesario para guiar, dar forma, dirigir la actividad física o psicosomática que llevará a efecto la propia intención. Hasta aquí vamos bien. Pero, ¿cómo podemos decir que este mantener el plan presente en la mente, no importa cuán necesario sea para dar al movimiento la forma de "una acción", es lo que lo *mueve* a uno a actuar? Ciertamente, si consideramos el movimiento, al igual que Suárez tanto aquí como en el contexto político, como efecto de una fuerza motora o de empuje,⁴⁰ seremos incapaces de aceptar la afirmación de Tomás de Aquino sobre el *imperium*. Pero Tomás de Aquino considera el movimiento humano no como el efecto de un empujón (sea desde dentro o de un agente externo, por ejemplo un superior), sino más bien como la respuesta de una persona a la atracción de (algo que se considera como) un bien. Así según Tomás de Aquino, el último componente en cualquier acción deliberada, *viz.* los efectivos movimientos corporales o de otro tipo, es una respuesta activa a (a) el bien del fin y (b) la adecuación de los medios, manteniéndose tanto (a) como (b) sucesivamente presentes a la propia atención mediante una representación (que podría expresarse en proposiciones acerca de lo que se ha de o se debe hacer) del modelo de acción que uno ha decidido. Esta representación, el *imperium*, ha de ser atribuida a la propia razón más que a la propia voluntad, porque tiene el carácter de una representación (de una serie de relaciones entre determinados fines y determinados medios) y porque a su vez hace posible introducir un orden inteligible (porque inteligente) en los movimientos físicos o psicosomáticos.

El *imperium* presupone ciertamente "ejercer la voluntad", *i.e.* desear este fin determinado, preferir estos medios, decidir simplemente poner término a la deliberación con la elección. Porque sin estos actos de la voluntad no habría todavía ningún plan de acción y por ende ninguna base plenamente definida para moverse uno mismo de esta manera más que de esa otra. Pero, dando por sentados esos indispensables "actos" de la voluntad (cuya eficacia permanece hasta el final pasando por la propia deliberación y la propia acción hasta su acabamiento), es el *imperium*, la formulación completamente definida ante uno mismo de la propia intención, lo que más directamente lo *mueve* a uno a actuar. Porque, tratándose de un acto de la inteligencia con carácter de representación, puede resplandecer (por decirlo así) a través del *imperium* el atractivo del fin o de los valores en juego, y la estimada conveniencia de los medios seleccionados; y son *estas cosas* las

⁴⁰ Véase, *e.g.*, *De Legibus*, Cap. 5, parág. 15: "La primera [de las características de la ley que se han de hallar en la voluntad y no en la razón] es que la ley [lo] mueve [a uno] y [lo] aplica a la acción..."; Cap. 4, parág. 7: "la ley no sólo ilumina, sino que también proporciona fuerza motriz e impulso; y, en las operaciones racionales, la facultad primaria para mover a la acción es la voluntad".

que explican la propia realización de esta acción total. Las personas son movidas por sus percepciones y apreciaciones del bien, del valor, de la ventaja; las propias decisiones se convierten en las correspondientes acciones consumadas no tanto porque, habiéndose adoptado, lo empujen a uno "por su propia fuerza", sino más bien porque uno puede continuar expresando ante sí mismo la propia decisión de una forma que permite que una relación, captada intelectualmente, entre un fin percibido como valioso y un medio percibido como conveniente permanezca "visible" para uno, "dando sentido" a los propios movimientos a lo largo de su curso.

No tendría sentido tomar partido en este debate sobre las "facultades", si no fuera porque la "psicología" analítica de Tomás de Aquino sobre el acto humano deliberado es sencillamente una manifestación de su comprensión de la totalidad de tales acciones por referencia a los valores que, a través de ellas, las personas pueden procurar y están procurando. En un punto decisivo en su explicación de la obligación (a su vez el aspecto decisivo de la ley, para Suárez), Suárez deja que el fin y los medios juzgados apropiados para conseguirlo se pierdan de vista detrás del puro hecho de la decisión.⁴¹ Repitámoslo: Tomás de Aquino considera la decisión como una condición completamente necesaria para toda acción humana plena; pero considera que la razón más precisa para (y la causa de) el propio obrar de ahora no es que uno ha decidido actuar así en algún momento (no importa cuán cercano), sino que uno ve ahora el sentido de actuar conforme a la propia decisión: y este "ver el sentido" se lleva a cabo mediante una racional representación-ante-uno-mismo-del-curso-de-acción-seleccionado, cuya forma es semejante a y transparenta la inteligente captación-del-valor-y-estimación-de-los-medios que ha hecho de la propia decisión una "decisión racional" antes que un "impulso". Y como Suárez niega esto en su psicología analítica sobre la acción individual, así correspondientemente no ve ninguna necesidad de explicar la obligación poniendo en una estructura de fines y medios la decisión del gobernante de que sus súbditos hagan Φ y estén bajo la obligación de hacer Φ .⁴²

⁴¹ *E.g. op. cit.*, Libro I, Cap. 5, parág. 21: "si uno tiene en mente la fuerza motriz en la ley, de manera que se dice que la ley es el poder en el gobernante que mueve y que hace obligatoria la acción, entonces en ese sentido, es un acto de la voluntad. Si, en cambio, si nos referimos a y consideramos esa fuerza en la ley que nos dirige hacia lo que es bueno y necesario, entonces la ley corresponde al intelecto". Obsérvese la disyunción entre lo "obligatorio" y lo "bueno y necesario".

⁴² Por contraste, para Tomás de Aquino, la obligación es simplemente una necesidad racional de ciertas clases de medios para ciertas clases de fines: *S.T.*, I-II, q. 99, a. 1c; II-II, q. 58, a. 3 ad 2.

En su análisis político-jurídico, Suárez y Vázquez usan naturalmente un concepto de *imperium*, mandato.⁴³ Pero ellos lo conciben primariamente como una expresión de la decisión del legislador (de imponer una obligación); lo importante para ellos es el acto de voluntad (decisión) de ese modo expresado y dirigido a los súbditos. Una y otra vez, Suárez hace ver que a menos que el legislador decida hacer obligatorio el modelo de acción que él prefiere, no será obligatorio.⁴⁴ No es necesario negar esta proposición. El error de Suárez está en inferir de ella que lo que hace la conducta *realmente obligatoria* es, precisa y simplemente, la decisión del legislador de que lo sea. La analogía con el estado federal debiera habernos puesto en guardia contra esta inferencia. Para Tomás de Aquino, por otra parte, lo importante acerca del *imperium* del legislador no es que represente un acto de decisión, y en verdad de una decisión de "imponer una obligación"; ese hecho se da por sentado. Lo importante es que el *imperium* expresado, la "intención del legislador" promulgada, representa para el súbdito un modelo de acción definido e inteligible, el cual, habiendo sido elegido por el legislador para ser obligatorio, puede realmente ser obligatorio a los ojos de un súbdito razonable porque el *imperium* del gobernante puede (en pro del bien común) ser razonablemente tratado por el súbdito como si fuese su propio *imperium*.⁴⁵ Porque, tal como el *imperium* de un individuo, su formulada resolución de actuar, motiva sus movimientos porque transparenta el valor de sus objetivos y la conveniencia de los medios elegidos para conseguirlos, asimismo a los ojos del súbdito el *imperium* del gobernante tiene fuerza para moverlo precisamente porque transparenta el bien común y por ende el súbdito (que reconoce la necesidad de soluciones autoritativas para los problemas sociales) trata la disposición del gobernante como una respuesta relevante a las necesidades de ese bien común.⁴⁶

⁴³ Véase, e.g. *De Legibus*, Libro I, Cap. 5, parág. 13; Libro II, Cap. 2, parágs. 9, 14; Cap. 4, parág. 1; Cap. 5, parág. 13; Cap. 6, parág. 6; etc.; *in Primum Secundam*, disp. 150, Cap. 3, nº 19; disp. 49, Cap. 2, nº 6. Véanse las notas a II.6, más arriba.

⁴⁴ *De Legibus*, Libro I, Cap. 4, parágs. 7, 8; Cap. 5, parágs. 16, 19.

⁴⁵ Véase Tomás de Aquino, *S.T.*, II-II, q. 50, a. 2c y ad 3; q. 47, a. 12c. Cfr. Weber, *On Law*, pág. 328: "En nuestra terminología la dominación será idéntica a un poder autoritario de mando. Para ser más específico, dominación indicará la situación en que: la voluntad manifestada (mandato) del gobernante o de los gobernantes está dirigida a influenciar la conducta de una o más otras personas (los gobernados) y realmente la influencia de hecho de *tal manera que su conducta ocurre en una medida socialmente relevante como si los gobernados hubieran hecho del contenido del mandato la máxima de su conducta por su propio interés*" (énfasis añadido).

⁴⁶ Ésta es la razón por la que, en el más mínimo comienzo de su tratado sobre la ley, Tomás de Aquino arguye que "la ley es algo propio de la razón. Porque la ley es una regla y medida de la acción ... y la regla y medida de los actos humanos es la razón, que es la base [*principium*] de tales actos. Porque ordenar las cosas a un fin es la función de la razón —y el fin es el primer *principium* de las acciones": *S.T.*, I-II, q. 90, a. 1c. Y, por supuesto, el fin u objetivo figura en la propia

Dicho brevemente, al examinar las teorías de la ley meramente penal, con su atribución a la voluntad del legislador de toda fuerza motora y obligatoria, estamos examinando un aspecto limitado o una ramificación de ese vasto movimiento de pensamiento que ha procurado, con un éxito histórico aplastante, expulsar del análisis de la acción individual y política toda atención sistemática a la inteligibilidad de los bienes que pueden ser realizados en la acción.

XI.9. OBLIGACIÓN MORAL Y VOLUNTAD DE DIOS

Aquellos que fundamentaron la obligación jurídica en la voluntad del gobernante trataron de ser consistentes en su comprensión de la obligación. Explicaron la obligación de actuar razonablemente (*i.e.* moralmente) apelando a un ejercicio especial de la voluntad divina, mediante el cual Dios manda que el bien (lo razonable) sea hecho y el mal (lo irrazonable) sea evitado: II.8. Porque ¿en qué podría consistir la obligación moral, si no en el movimiento de la voluntad de un inferior por la de un superior?

Tal enfoque de la explicación de la obligación está conceptualmente desviado, porque se basa en una reducción de la lógica de la razón práctica a una especie de mecánica, en la cual una fuerza mueve o supera a otra. Además, suscita las preguntas: ¿por qué debiera yo obedecer la voluntad de Dios? ¿Cómo puede surgir la obligación de lo que, después de todo, parece ser simplemente un *hecho* más? En la tradición suareciana (que tenía antecedentes, por supuesto, y tiene seguidores hasta el día de hoy) tales preguntas no pueden ser respondidas coherentemente. En II.5-6, más arriba, seguí brevemente la pista de las secuelas del callejón sin salida suareciano, hasta su espectacular desenlace en el desmantelamiento por Hume de la filosofía moral de varios siglos. La fundamentación de la obligación ética en la voluntad de Dios llega a ser un ejemplar de primera clase entre las falacias conceptuales colecionadas para su exhibición en los libros elementales de filosofía.

Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas: es menester desenmarañar cuestiones entremezcladas. Además, el tópico debiera servir como un recordatorio de que mi explicación está todavía incompleta. Porque ciertamente es posible preguntar por qué las necesidades del bien común (tomas como últimas en este capítulo) nos imponen una obligación a usted o a mí. Es posible investigar, también, acerca de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica que estudiamos en el Capítulo V. ¿Exactamente qué se

razón práctica (en el propio razonamiento práctico) bajo la descripción de "bueno", "valioso", etc.: q. 94, a. 2c; III.2, más arriba.

quiere decir con "exigencia"? Y tales cuestiones no son meramente conceptuales o especulativas. Ellas surgen, a veces de modo bastante apremiante, como parte o como prolongación del esfuerzo por encontrar un sentido práctico a nuestra acción y a nuestra vida como un todo. Cabe, por tanto, una explicación más profunda, que intento proporcionar en el Capítulo XIII.

NOTAS

XI.1

La obligación en Aristóteles... Se ha sugerido algunas veces que Aristóteles no tiene en absoluto un concepto de obligación (de lo que podríamos llamar obligación moral). Pero para muchas pruebas de lo contrario, véase *Gauthier-Jolif*, II, 2, págs. 568-75.

Obligación, "deber", y supererogación... Véase, e.g., Joel Feinberg, "Supererogation and Rules" (1961) 71 *International J. Ethics* 276-88; Roderick M. Chisholm, "Supererogation and Offence" (1963) 5 *Ratio* 1-14 (los dos en J. Thomson y G. Dworkin, eds., *Ethics*, New York: 1968).

División de la ética en "deontológica" y "teleológica"... La de Aristóteles ciertamente se sale de esta categorización: véase J. M. Cooper, *Reason and Human Good in Aristotle* (Cambridge, Mass.: 1975), págs. 87-8. Así lo hace la de Tomás de Aquino, y así también la ética de este libro.

XI.2

Promesa y contrato... Sobre la relación entre las promesas y el moderno derecho angloamericano de los contratos (y sus antecedentes), véase E. Allan Farnsworth, "The Past of Promise: an Historical Introduction to Contract" (1969) 69 *Columbia L. Rev.* 576-607.

El significado focal de "prometer"... Para gran parte del siguiente análisis de la obligación promisoria, véase G. E. M. Anscombe, "On Promising and its Justice, and whether it needs be respected in *foro interno*" (1969) 3 *Critica* 61-78. Para una explicación similar, que difiere en detalles, véase J. Raz, "Promises and Obligations" en Hacker y Raz, *Essays*, págs. 210-27; en la misma tradición, Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), Libro II, Cap. xi, págs. ii-iv.

Obligación basada, por la doctrina de los actos propios (estoppel), en expresiones de una intención de actuar en las que otros han confiado... Véase Neil MacCormick, "Voluntary Obligation and Normative Powers" (1972) *Proc. Aris. Soc.*, Supp. vol. 46, págs. 59-78; *Australia v. France*, I. C. J. Rep. 1975, 253 en págs. 267-8, y el comentario de Thomas M. Franck, (1975) 69 *Am. J. Int. L.* 612-20. La confianza más que la promesa es cada vez más la base del derecho norteamericano de los contratos, pero esto se desarrolla a parejas con una teoría de la responsabilidad por "riesgo" que prescinde de la "obligación" de los contratos, o por lo menos la reinterpreta radicalmente: véase Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* (rev. ed., New Haven: 1954), págs. 159-68; para los orígenes de la teoría del riesgo, véase Oliver Wendell

Holmes, *The Common Law* (1881; ed. Mark de Wolfe Howe, Cambridge, Mass.: 1963), pág. 235; para la crítica de la correspondiente teoría de la obligación de Holmes, véase XI.5.

"Explicaciones de primer nivel" de la obligación promisoria... Véase Raz, *Practical Reason*, págs. 52-3, 56-8, para una exposición y crítica de la análoga "teoría de las normas como prácticas".

"Del estado al contrato"... Véase Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (10^a ed., 1884; ed. F. Pollock [1906] Boston: 1963), pág. 165; sobre "The Early History of Contract", véase *ibid.*, Cap. ix; sobre la relevancia más amplia de los principales aspectos del análisis del contrato de Maine, véase Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence* (Manchester, 2^a ed.: 1972), Cap. 6 y págs. xvi, xxiv. Tanto Maine como Gluckman muestran que el surgimiento del concepto moderno de contrato promisorio es, en sistemas jurídicos muy diversos, (i) la lucha por separar la noción focal de una intención expresa y aceptada de asumir una obligación respecto de la noción de que ninguna obligación puede surgir sin alguna transferencia, o ejecución parcial, o por lo menos algunas formalidades; y (ii) la lucha por admitir que las obligaciones creadas por un contrato no necesitan conformarse a ningún tipo preexistente de obligación referida a la propiedad o al estado. Poco importa si esta línea de desarrollo, como progresión lineal, es universal o no lo es: Leopold Pospisil, *Anthropology of Law* (New York: 1971), pág. 150, proporciona alguna razón para pensar que no lo es.

XI.3

La obligación jurídica posee fuerza invariable... Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: 1977), Caps. 2 y 3, subraya que la obligación derivada de las *reglas* jurídicas no tiene la dimensión de peso. Aunque también afirma que hay *principios* jurídicos que sí crean obligaciones de peso variable, él está primariamente interesado en afirmar que tales principios tienen peso jurídico precisamente en virtud de su peso moral, y que la "teoría jurídica" es una rama de la teoría, o ideología, moral o política. De esta manera, él minimiza la medida en que el pensamiento jurídico puede y de hecho se aísle del flujo general del razonamiento práctico. El presente capítulo no tiene interés en afirmar o negar que "como hecho sociológico" todas las obligaciones jurídicas son (tratadas como) del mismo peso, o que en una "teoría del derecho" de un moralista todas las obligaciones jurídicas poseen el mismo peso; su interés es explicar las razones prácticas para un postulado operativo del pensamiento jurídico, y las consecuencias del postulado en el razonamiento jurídico.

No hay conflictos entre reglas que imponen deberes... La opinión de Dworkin de que "tales conflictos serían situaciones de emergencia, situaciones que exigirían una decisión que alteraría el conjunto de pautas de una forma dramática", y las razones que la apoyan (*op. cit.*, págs. 74-7), han de preferirse a la opinión de Raz de que los "conflictos" son cosa corriente ("Legal Principles and the Limits of Law" [1972] 81 *Yale L. J.* 823).

Explicación de la obligación por referencia a las reacciones humanas ante el incumplimiento... El mejor intento, que complementa las ideas de Kelsen con las de Hart, es Raz, *Legal System*, págs. 147-59. Otras fuentes bien conocidas son Hobbes, *De Cive* [1651], Cap. XIV, págs. 1, 2; Austin, *Province*, págs. 14-15.

(43)

XI.4

Representación esquemática de las reglas que imponen obligación... Para una versión más completa en el mismo sentido, véase G. H. von Wright, *Norm and Action* (London: 1963), Cap. V. En mi notación Φ corresponde a lo que es denominado "un modelo de conducta" por Hart, "un acto definido por una norma" (*a norm act*) por Raz, "una idea de acción" por Alf Ross, "un frástico" por R. M. Hare, "contenidos normativos" o más precisamente "actos genéricos" por von Wright.

La obligación moral de obedecer el derecho... M. B. E. Smith, "Is there a *prima facie* Obligation to Obey the Law?" (1973) 82 *Yale L. J.* 950, arguye que no hay ninguna obligación, ni aun *prima facie*, de obedecer el derecho en cuanto tal ("genéricamente"); al enfrentar una exigencia jurídica (e.g. detenerse ante un semáforo) uno está moralmente autorizado a comenzar a razonar desde cero, i.e. a juzgar qué es lo moralmente exigido en la situación aparte del hecho de que hay una regla de derecho que exige determinada conducta en esa situación. Pero al evaluar el destino de una sociedad cuyos miembros tuvieran este enfoque, i.e. que sostuvieran que no había obligación *prima facie* de obedecer el derecho, Smith dice (pág. 969) "debemos asumir que los miembros de esa sociedad aceptan otras reglas morales (e.g. "No dañar a otros", "Cumplir las promesas", "Decir la verdad") que les proporcionarán un incentivo moral para obedecer el derecho en la mayoría de las circunstancias". No logra ver que todos los argumentos que él aduce contra la obligación genérica de obedecer el derecho podrían aducirse igualmente contra esos otros principios o normas morales —la estrategia general de su argumento consiste en postular circunstancias en las que, si uno comenzara a razonar desde cero, uno concluiría que no había razón suficiente para hacer lo que un precepto legal disponía, o, alternativamente, que había suficiente razón para hacerlo incluso en ausencia de ese precepto legal. Esta estrategia general eliminaría fácilmente las obligaciones de cumplir las promesas, no decir mentiras, etc. Incluso en sus propios términos cuasiutilitaristas, la estrategia es poco sólida porque no advierte los drásticos efectos "de segundo orden" que se seguirían de que todo el mundo estuviera dispuesto a comenzar a razonar desde cero en cada situación, i.e. dispuesto a escoger con cuidado entre las opciones prescindiendo de las consideraciones "estructurales" derivadas de arreglos y compromisos pasados, de la adhesión general a los valores básicos, o de las disposiciones autoritativas en la comunidad. Algunos de estos efectos están bien examinados en D. H. Hodgson, *Consequences of Utilitarianism* (Oxford: 1967).

Fuerza excluyente de las reglas jurídicas... Para ejemplificaciones muy fuertes, considérense dos enseñanzas de Tomás de Aquino: (i) que un funcionario público no hace mal al ejecutar una sentencia judicial que él sabe que está equivocada (no porque la ley aplicada sea injusta, sino porque el acusado es inocente), pues "no le compete discutir la sentencia de su superior legítimo": *S.T.* II-II, q. 64, a. 6 ad 3; (ii) de manera semejante, un juez no debe contravenir los preceptos legales sobre la prueba, los medios probatorios, los veredictos, etc., con el fin de conseguir la absolución de alguien que él sabe que es inocente (por pruebas jurídicamente inadmisibles). Lo más que puede hacer es someter los "hechos" jurídicamente establecidos a exámenes más severos en un esfuerzo por encontrar algún error en el proceso de su determinación: *S.T.*, II-II, q. 64, a.

6 ad 3; q. 67, a. 2c. Nótese que un contemporáneo de Tomás de Aquino mayor que él, San Buenaventura, discrepaba del rigorismo de la segunda enseñanza.

XI.5

Obligación y pena en el contrato... Desde mediados del siglo XVII, el derecho inglés ha tratado las "penas" (en cuanto distintas de auténticas estimaciones de daños anticipadas convencionalmente) inexigibles: véase A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract* (Oxford: 1975), págs. 128-25. Pero la forma típica de contrato escrito en la Europa medieval, la fianza condicional en que según el derecho inglés se apoyaría la acción de cobro, puede considerarse como un contrato disyuntivo, como parece considerarlo Simpson: *ibid.*, pág. 6. "El cumplimiento de lo que podría llamarse el acuerdo subyacente no es impuesto como un deber; el cumplimiento más bien es relevante sólo en cuanto que proporciona una excepción contra la acción de cobro de la pena": pág. 112. Pero él también aporta muchas pruebas de que los tribunales y los juristas nunca perdieron de vista el acuerdo sustancial subyacente "al que el obligado está primariamente vinculado" (Stanton, J., en el *Eyre of Kent*, 1313-14, citado en *ibid.*, pág. 115). En verdad, de modo bastante inconsistente con sus observaciones precedentes, Simpson concluye en la pág. 123 que "la institución de la fianza penal y la práctica de los tribunales de confirmar esas fianzas ejemplificaban" "la idea de que la función real de las instituciones contractuales es asegurar, hasta donde sea posible, que los acuerdos sean cumplidos" —y aquí "acuerdos" debe referirse al "acuerdo sustancial, subyacente" oculto "bajo la forma jurídica" (pág. 112). Así que no hay nada de holmesiano en la técnica medieval, adaptada a una época "donde los hombres no podían confiar entre sí; y la máquina del derecho era débil" (pág. 124).

Influencia de la Summa Angelica y de otras Summae Confessoriarum en el derecho inglés... Véase Simpson, *op. cit.*, págs. 337-405.

Holmes acerca del contrato... Véase Mark de Wolfe Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The Proving Years 1870-1882* (Cambridge, Mass.: 1963), págs. 224, 233-40. Obsérvese la prueba (*ibid.*, pág. 234, n. 25) de que Holmes mismo no aceptaba que su análisis equivaliera a decir que el promitente asume una obligación disyuntiva (de cumplir o bien ser responsable de los perjuicios). El hecho es que Holmes realmente deseaba deshacerse del concepto de obligación ("deber") en este contexto: véase *ibid.*, págs. 236, 76-9.

XI.6

Historia de las teorías de la "ley meramente penal"... Una "teoría de la ley meramente penal" se halla formulada claramente por primera vez en Ángelo de Clavasio, *Summa Angelica de Casibus Conscientialibus* (1486; con al menos 30 ediciones por 1520), un manual para confesores que influyó en el desarrollo del derecho inglés (e.g. de los contratos) por intermedio del primer y más duradero texto de estudio para estudiantes del derecho inglés, el *Doctor and Student* de St. German. La teoría seguía resonando en textos confusos de la séptima y posteriores ediciones de los *Commentaries* de Blackstone. Véase I *Commentaries* (7^a ed., 1775), 58 n., donde afirma erróneamente

que sigue el *De Obligatione Conscientiae* (1660) de Robert Sanderson. El mejor estudio accesible es William Daniel, *The Purely Penal Law Theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suárez* (Rome: 1968), que proporciona referencia y citas de todos los autores aquí mencionados. Critica eficazmente (pág. 112) a D. C. Bayne, *Conscience, Obligation and the Law* (Chicago: 1966), que es, no obstante, una obra valiosa. La historia de la teoría es, naturalmente, considerablemente más compleja de lo que puede sugerir nuestra breve exposición.

"Obligación" en las teorías de la ley meramente penal... A lo largo de la controversia entre moralistas acerca de las "leyes meramente penales", "obligación" significa primariamente (pues los protagonistas de la disputa eran moralistas) la obligación moral de hacer Φ que presuntivamente implica cualquier obligación jurídica de hacer Φ , y secundariamente la obligación jurídica misma como podría ser reconocida en el razonamiento o en las conclusiones de un juez (que ha de ser tajantemente distinguida, por supuesto, de la "obligación jurídica" en el sentido restringido [holmesiano] de mera sujeción a la pena P en el caso de no hacer Φ). Nótese, sin embargo, que incluso un moralista fuertemente contrario a las teorías de la "ley meramente penal" puede sucumbir ante la engañosa simplificación según la cual uno tiene una "obligación jurídica" si y sólo si uno está sujeto a P en caso de no hacer Φ : véase Domingo de Soto, *De Justitia et Jure* (1556), Libro X, q. 5, a. 7.

Motivos de la estrategia formalista de Castro... Véase Daniel, *op. cit.*, págs. 46, 77-83, 164-70. El principal seguidor de Castro en este aspecto es Gabriel Vázquez, *in Primam Secundae*, disp. 159, Cap. 2. A la objeción de que las disposiciones "meramente penales" no merecen el nombre de ley, Vázquez se inclina a replicar que él está de acuerdo, o que pueden llamarse leyes porque imponen una obligación al juez de infligir una pena: *ibid.*, Cap. 3.

Navarro, Gregorio de Valencia, y la "segunda teoría de la ley meramente penal"... Véase Daniel, *op. cit.*, págs. 64-70, 82-8, 175-200, que la denomina una teoría de "benigna suposición" (*sc.* respecto de la intención del legislador de (no) obligar). Las objeciones de Suárez contra esta versión de la teoría son estudiadas en *ibid.*, en págs. 188, 205; véase Suárez, *De Legibus*, Libro III, Cap. 22, parág. 10; Libro V, Cap. 3, parágs. 11-12. Daniel, *op. cit.*, págs. 86-7, 91, subraya correctamente la importancia de la suposición de Navarro y de muchos otros (animados por la desafortunada expresión medieval teológica, jurídica y canónica, que distinguía entre *obligatio ad culpam* y *obligatio ad poenam*) de que la *culpa* (moral), al igual que la pena humana, era un tipo de sanción, que el legislador podía imponer o no imponer.

"Teoría de la ley meramente penal" como un alivio respecto de leyes onerosas... Véase especialmente Daniel, *op. cit.*, Cap. 4, sobre la discusión teológica acerca de (i) las severas leyes españolas, del siglo XVI, que prohibían recoger madera, y (ii) el impuesto a las ventas (la *alcabala*, impuesta por primera vez en España en 1341, y que se elevó al 10 por ciento o más en el siglo XVI).

Suárez y la "tercera teoría de la ley meramente penal"... Véase Daniel, *op. cit.*, págs. 88-92, 94-113, 158-62, 200-6. La teoría de Suárez ha seguido siendo influyente hasta el día de hoy.

XI.7

La distinción entre tributo y pena... Tal como lo han advertido Soto, Bartolomé Medina y otros (véase Daniel, *op. cit.*, págs. 41-4), es demasiado simple la distinción, también utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos (véase *e.g.* *United States v. La Franca* (1930) 282 US 568 en 572), que concibe un tributo como una contribución compulsiva a los gastos necesarios para el bien común. Hay una tercera categoría, la de las leyes que imponen un tributo a la conducta (*e.g.* la exportación de cereales, fumar cigarrillos) con el fin de desincentivarla (o: permitirla a cierto precio: *lex concessoria*). Holmes utilizó descaradamente la existencia de casos limítrofes entre tributo y pena para reforzar su total negación de la distinción (desde el punto de vista "estrictamente jurídico", *i.e.* el punto de vista del "hombre malo", por supuesto): "The Path of the Law" (1897) 10 *Harv. L. Rev.* 457 en 461.

XI.8

Tomás de Aquino y Suárez acerca de la "razón" y la "voluntad"... Respecto de Tomás de Aquino, véase S.T., I-II, qq. 10-17. S. Pinckaers ofrece síntesis útiles en la edición de la *Éditions du Cerf de la Somme Théologique*, 1a-2ae, qq. 6-17 (2^a ed., París: 1962), págs. 408-49, y más brevemente Thomas Gilby en el vol. 17 de la traducción de Blackfriars (1966), apéndice I. Detrás de Tomás de Aquino en estas materias está Aristóteles, *Et. Nic.*, esp. VI, 2: 1139a17-b 6 (no obstante la incomprendición de Aristóteles por parte de Tomás de Aquino en diversas cuestiones de detalle: véase Gauthier-Jolif sobre 1139b 4-5 y III, 5: 1113a 6-7). Respecto de Suárez, véase *De Legibus*, Libro I, Caps. 5 y 6; Libro II, Cap. 3; párrags. 4-9, y los textos citados en T. E. Davitt, *The Nature of Law* (St. Louis: 1951), Cap. VI; D. P. O'Connell, "Rationalism and Voluntarism in the Fathers of International Law" (1964) 13 *Indian Yearbook Int. Aff.* Parte II, págs. 3-32. Las diferencias reales entre Tomás de Aquino y Suárez, enfatizadas en el texto, no deben llevar a concluir que Suárez era un voluntarista puro; más bien, él se inclina por la opinión (*De Legibus*, Libro I, Cap. 5, párrags. 20-2) de que "para la ley hay dos requisitos: impulso y dirección, o (por decirlo así) bondad y verdad, *i.e.* un juicio recto acerca de las cosas que se han de hacer y una voluntad eficaz que empuje a la ejecución de esas cosas; y así la ley puede ser tanto un acto de la voluntad como un acto de la razón". Un buen resumen de las semejanzas y diferencias es Walter Farrell, *The Natural Moral Law according to St. Thomas and Suarez* (Ditchling: 1930).

Excursus sobre las teorías voluntaristas de la obligación

Muchas explicaciones de la obligación, tanto promisoria como jurídica, han empleado, más o menos oscuramente, la noción de que es creada por la voluntad —del promisorio, o de un superior cuya voluntad "mueve" la del inferior. A menudo esto va unido a la noción de que la voluntad del subdito es movida por la amenaza de sanción (o, a veces, por la perspectiva de un premio): *Of Laws in General* de Bentham es un buen ejemplo, y puede interpretarse tanto en el sentido de que afirma como en el de que niega que la sanción (o el premio) es estrictamente esencial para la obligación jurídica en su

esencia formal (como distinta de su eficacia). (Para una ambigüedad, o ambivalencia, similar véase Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* [1672] I, Cap. vi, parág. 9). En *A Fragment of Government* (1776), Cap. V, párrgs. vi, vii, Bentham había definido el deber en términos de sanción: "Es mi deber hacer esto, cuando soy susceptible de ser castigado, según el derecho, si no lo hago... Uno puede concebir tres clases de deberes; políticos, morales, y religiosos; que corresponden a las tres clases de *sanciones* por medio de las cuales ellas son impuestas... El deber político es creado por el castigo: o al menos por la voluntad de las personas que tienen en sus manos el poder de castigar... Véase también *ibid.*, Cap. I, parág. xii, nota, donde el deber está definido simplemente en términos de expresiones de la voluntad de un superior; asimismo *Of Laws*, págs. 93, 294. Véase *Of Laws*, págs. 54, 134, 136 n., 248, 298, para pasajes que enfatizan la importancia de las sanciones, en ausencia de las cuales "la obligación sería una telaraña" (pág. 136 n.) [¿pero sería inconcebible?] y la ley "no podría tener nada de la eficacia de lo que es realmente una ley" (pág. 248). En la pág. 298 Bentham lidia directamente con la cuestión y concluye: "una expresión de voluntad, y la expresión del motivo en que se apoya el cumplimiento de esa voluntad, pueden realmente existir la una sin la otra...". Esto queda reflejado en su definición formal de "una ley" en la oración que da comienzo a su obra (pág. 1). En definitiva, los indicios de un cambio de opinión después del *Fragment* son insuficientes, pero las ambigüedades son una prueba significativa de la fuerza de la teoría voluntarista de la obligación.

En todo caso, está claro que en la extensa filosofía jurídica de Francisco Suárez, por ejemplo, la obligación como la fuerza motora de la voluntad de un superior que mueve a la voluntad de un inferior (y véase II.6, más arriba) se distingue con claridad y adecuada firmeza respecto de la sujeción a la pena o sanción (como uno esperaría de un teórico que todavía suscribe la distinción medieval entre la "fuerza directiva" de la ley, y su "fuerza coactiva"). Acerca de la obligación como la fuerza motora de la voluntad del superior, véase e.g. *De Legibus* (1612), Libro II, Cap. vi, párrgs. 7, 10, 22 (donde nunca se hace referencia a la sanción). Para la distinción entre el "poder" o "fuerza vinculante" "directiva" y "coactiva" de las leyes, véase e.g. Libro III, Cap. xxxii, párrgs. 5, 6 (que sin embargo confunde imponer una obligación con inducir o "forzar" exitosamente), Cap. xxxiii, párrgs. 1, 8, 9; Libro VII, Cap. xix, parág. 3. La prueba central que da Suárez para su versión de la "teoría de la ley meramente penal" (véase XI.6, más arriba) es como sigue: "el legislador puede hacer una ley que oblige en conciencia y que al mismo tiempo imponga una pena a los infractores de la ley, y él también puede hacer una ley que oblige en conciencia sin asignar ninguna pena para la infracción; por lo tanto él también puede hacer una ley que oblige solamente a [someterse a] la pena debida...": Libro V, Cap. iv, parág. 3. Dicho brevemente, el hecho de que uno esté sujeto a una pena jurídicamente establecida en caso de no hacer Φ simplemente no implica, en opinión de Suárez, que hacer Φ sea obligatorio (jurídica o moralmente).

Una variante específica, pero no insignificante desde el punto de vista histórico, de la teoría voluntarista de la obligación promisoria fue sugerida por Hobbes en su *De Corpore Politico* (1650), Parte I, Cap. 3 (Raphael, *British Moralists*, parág. 102): "Hay una gran similitud entre lo que nosotros llamamos *injuria* o *injusticia* en las acciones y en el trato entre los hombres en el mundo, y lo que se llama absurdo en los argumentos y debates de la Escuela. Porque así como el que es llevado a contradecir una afirmación

sostenida antes por él mismo, se dice que es reducido al absurdo... así hay en todo rompimiento de un pacto una contradicción propiamente dicha. Porque el que pacta quiere hacer, u omitir, en el tiempo por venir. Y el que hace cualquier acción, la quiere en ese momento presente, que es parte del tiempo futuro contenido en el pacto. Y por tanto el que viola un pacto, quiere hacer y no hacer la misma cosa, lo cual es una contradicción palmaria. Y así la injuria es un absurdo en el trato [sc. en las acciones y transacciones], así como el absurdo es una especie de injusticia en el debate". El argumento reaparece de una forma ligeramente diferente en un punto crítico del *Leviathan* (1651), Cap. 14 (*British Moralists*, párrgs. 59, 61), con especial referencia al deber, o al estado de estar "obligado", creado por los "contratos" ("pacto" recibe aquí un significado especial, más restringido que en el *De Corpore Politico*). En el *Leviathan* el argumento de la autocontradicción está simplemente yuxtapuesto a la mejor conocida opinión de Hobbes de que "los vínculos, por los cuales los hombres son... obligados... reciben su fuerza, no de su naturaleza, (pues nada es más fácilmente quebrantable que la palabra de un hombre) sino del temor a alguna consecuencia mala por el quebrantamiento". El argumento de la autocontradicción tiene dos debilidades obvias. La primera es su equívoco entre querer hacer Φ en un determinado momento y querer en un determinado momento hacer Φ . La segunda es que cuando dos proposiciones se contradicen entre sí, *cualquiera* puede ser falsa, y no hay ninguna razón *a priori* para preferir una a la otra; pero un acto de voluntad promisorio debe ser preferido *a priori* al acto de voluntad que rompe la promesa si el primero ha de considerarse como que impone obligación.

Cuando Kant asumió el argumento de la autocontradicción, parece haber identificado la primera debilidad (el equívoco) pero no la segunda: véase su *The Science of Right*, Primera Parte, sec. 7: "Este derecho [a lo que ha sido prometido] no se ha de anular por el hecho de que el promitente habiendo dicho en un momento, 'Esta cosa será tuya', diga un tiempo después, 'Mi voluntad ahora es que la cosa no sea tuya'. En tales relaciones de derecho racional, las condiciones se mantienen igual que si el promitente hubiera hecho las dos declaraciones de su voluntad, 'Esto será tuyo', y también 'Esto no será tuyo', sin intervalo de tiempo entre ellas; lo cual se contradice manifiestamente a sí mismo". Junto a esto léanse las secs. 10, 17, y 19 y la Segunda Parte, secs. 45, 46, y 47.

Toda la estrategia de explicar la obligación en términos de actos de voluntad que entre sí se inducen, se bloquean o se anulan, fracasa porque se aparta de la genuina "lógica de la voluntad", que es la lógica del razonamiento práctico, esto es, de los valores y de su realización, de las exigencias de los principios básicos que *deben* satisfacerse si los bienes humanos (incluido el bien de la razonabilidad) han de ser participados tan plenamente como pueden serlo. La necesidad racional que llamamos obligación (en cualquiera de sus formas) puede ser explicada solamente prestando atención (como uno en la práctica la presta cuando "decide" cualquier cosa) a los bienes que están en juego en la conformidad o no conformidad con un curso de acción propuesto o dispuesto.

En la filosofía jurídica moderna, la teoría que atribuye significación a los "actos de voluntad" y a sus "contenidos" no se propone directamente con el fin de explicar la obligación, sino para explicar la "naturaleza" o "estatus ontológico" de las normas. Véase G. H. von Wright, *Norm and Action* (London: 1963), págs. 120-1, donde Von Wright declara su adhesión a la "teoría voluntarista de las normas". Él pregunta (pág.

148): "¿Pueden los mandatos o las normas en general, contradecirse entre sí alguna vez? Yo querría poder hacer ver a mis lectores la gravedad de este problema... Es grave porque, si no hay dos normas que puedan contradecirse lógicamente entre sí, entonces tampoco puede haber una lógica de normas... Así por tanto, si las normas han de contar con una lógica, debemos ser capaces de apuntar a algo que sea imposible en el ámbito de las normas...". Después de un análisis adicional concluye (pág. 151): "La única posibilidad que yo puedo ver de mostrar que normas que son prescripciones pueden contradecirse entre sí [sc. de modo que su coexistencia en un cuerpo de normas sea lógicamente imposible] está en referir la noción de prescripción a alguna idea sobre la unidad y la coherencia de una voluntad... una voluntad *consistente* o *coherente* o *racional*". Su "teoría voluntarista" le impide, sin embargo, explicar por qué la inconsistencia *es irracional*. Bien conocidas son las luchas de Kelsen con el problema, las cuales comienzan y (tras muchos intentos) terminan con la aceptación de que en una teoría voluntarista pura de las normas las normas contradictorias *sí pueden coexistir* dentro del mismo sistema: véase Kelsen, *General Theory*, págs. 401-6, 437; para los esfuerzos intermedios, véase *The Pure Theory of Law* (Berkeley: 1967), págs. 72, 74, 205-8; para la aceptación final, (1963) XIII *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 2 citado traducido en Alf Ross, *Directives and Norms* (London: 1968), págs. 157-8.

XI.9

La obligación moral "explicada" por referencia a la voluntad de Dios... Por ejemplo, véase Suárez, *De Legibus* (1612), Libro II, Cap. 6, parágs. 5-24: e.g. "la ley de la naturaleza, como es verdadera ley divina, puede también sobreponer su propia obligación moral, derivada de un precepto, por encima de lo que puede llamarse la natural, malicia o virtud inhérente a la materia respecto de la cual tal precepto es impuesto" (parág. 12); "...en vista del hecho de que ninguna verdadera [*propria*] prohibición u obligación preceptiva es creada sólo en virtud de un juicio [i.e. acerca de la malicia de una acción determinada], pues un efecto tal no puede ser concebido separado de una voluntad, es en consecuencia evidente que existe, como añadida, la voluntad [*divina*] de prohibir el acto en cuestión, en razón de que es malo" (parág. 13); "...y si no existiera tal prohibición, esa acción no poseería el carácter consumado y perfecto (por decirlo así) de culpa..." (parág. 19); "el mero dictamen de la inteligencia separado de la voluntad... no puede imponer sobre otro ser una obligación determinada. Porque la obligación es cierto impulso [*motio*] moral a la acción; e impeler [*movere*] a otro a actuar es obra de la voluntad" (parág. 22). Puesto que Suárez está bajo la presión de la tradición teológica para admitir que una acción puede ser identificada como contraria a la propia obligación, y que la realización de ella puede ser descrita como culpable, *sin referencia a la voluntad de Dios*, su esfuerzo por ser consistente con su propio concepto de obligación es sólo verbalmente exitoso; una y otra vez en estos párrafos está a punto de decir que incluso *sin referencia a ningún precepto divino*, los actos (o su evitación) pueden ser obligatorios (o culpables, pecaminosos); esto se delata en su repetida afirmación de que la obligación impuesta por la voluntad divina subyacente a la ley natural es "una especie de obligación *adicional*" (parágs. 12, 13), una "obligación especial" (parágs. 11, 17, 22).

47

Antecedentes de Suárez sobre la fuerza para imponer obligación de la voluntad divina... Véase Suárez, *De Legibus*, Libro II, Cap. 6, parág. 4, donde se citan algunos autores del siglo XIV, entre los cuales los más relevantes son Ockham, *Super quatuor libros Sententiarum* (c. 1318), Libro II, q. 19 ad 3 y 4, y Peter d'Ailly, *Quaestiones... super libros Sententiarum* (1375), Libro I, q. 14, a. 3. Entre éstos y Tomás de Aquino, Suárez intenta mantener una "vía media" (parág. 5). Particularmente rotundo en favor de la opinión de que la obligación sólo puede derivar de la voluntad de un superior es el gran predecesor de Suárez en el renacimiento español de la escolástica, Vitoria: véase su *De eo ad quod tenetur homo cum primum venit ad usum rationis* (1535), Parte II, parág. 9, citado por Suárez, *De Legibus*, Libro II, Cap. 6, parág. 5; citado en II.6, más arriba.

CAPÍTULO XII

LEYES INJUSTAS

SUMARIO: XII.1. Una preocupación subordinada de la teoría de la ley natural.— XII.2. Los tipos de injusticia de la ley.— XII.3. Los efectos de la injusticia sobre la obligación.— XII.4. “*Lex injusta non est lex*”.— Notas.

XII.1. UNA PREOCUPACIÓN SUBORDINADA DE LA TEORÍA DE LA LEY NATURAL

El largo recorrido por los capítulos precedentes habrá convencido quizás al lector de que una teoría de la ley natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la afirmación de que “las leyes injustas no son leyes”. En realidad, no sé de ninguna teoría de la ley natural en la que esa afirmación, o cualquier cosa parecida, sea algo más que un teorema subordinado. La principal preocupación de una teoría de la ley natural es explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien de los seres humanos, quienes, porque viven en comunidad, enfrentan problemas de justicia y derechos, de autoridad, derecho, y obligación. Y, en la perspectiva de la teoría del derecho, la preocupación principal de una teoría de la ley natural es identificar de esa manera los principios y los límites del imperio del derecho (X.4), y encontrar las formas en que las leyes razonables, con toda su positividad y mutabilidad, han de ser derivados (no deducidos, normalmente: X.7) de principios inmutables —principios que reciben su fuerza de su razonabilidad, no de cualesquiera actos o acontecimientos originantes. No obstante, incluso el lector que no ha sido llevado a creer que la “ley natural” puede resumirse en el eslogan “*lex injusta non est lex*” querrá que se diga algo más sobre ese eslogan y sobre el efecto de los actos injustos de autoridad sobre nuestras responsabilidades en cuanto personas razonables.

La base última de la autoridad de un gobernante es el hecho de que tiene la oportunidad, y en consecuencia la responsabilidad, de promover el bien común mediante el establecimiento de soluciones para los problemas de coordinación de una comunidad: IX.4. Normalmente, aunque no de manera necesaria, la fuente inmediata de esta oportunidad y de esta responsabilidad

es el hecho de que es designado por o de acuerdo con alguna regla autoritativa como portador de autoridad con respecto a determinados aspectos de esos problemas: IX.4, X.3. En cualquier caso, la autoridad carece de utilidad para el bien común a menos que las disposiciones de los que poseen la autoridad (o las que surgen a través de la formación de reglas autoritativas consuetudinarias) sean tratadas como razones excluyentes, *i.e.* como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común....: IX.1, IX.2. Los principios expuestos en las tres oraciones precedentes controlan nuestra comprensión tanto de los tipos de injusticia en la producción y en la administración de las leyes, como de las consecuencias de tal injusticia.

XII.2. LOS TIPOS DE INJUSTICIA DE LA LEY

En primer lugar, puesto que la autoridad se deriva exclusivamente de las necesidades del bien común, el uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo. Al formular este juicio, no debemos dejarnos desviar por el hecho de que la mayoría de los sistemas jurídicos no permiten que el ejercicio de potestades “constitucionales” sea impugnado judicialmente por que ese ejercicio haya sido motivado de manera indebida. Estas restricciones al control judicial se justifican, si acaso, por consideraciones pragmáticas o bien por el principio de separación de poderes. En cualquier caso, no tienen ninguna aplicación respecto del hombre razonable que juzga las exigencias de la autoridad sobre él. Por otra parte, es bastante posible que una ley inadecuadamente motivada pueda ser compatible en cuanto a sus contenidos con la justicia e incluso promover el bien común.

En segundo lugar, puesto que la asignación de la autoridad está determinada normalmente por reglas autoritativas que dividen la autoridad y la jurisdicción entre distintos funcionarios públicos, un funcionario puede, a sabiendas o no, aprovechar su oportunidad de afectar la conducta de la gente adoptando disposiciones que exceden sus atribuciones. Excepto en situaciones de “emergencia” (X.5) en que la ley (incluso la constitución) debiera ser dejada de lado y en las que la fuente de la autoridad retorna a su base última (IX.4), un acto *ultra vires* es un abuso de poder y una injusticia contra aquellos que son tratados como sometidos a él. (La injusticia es “distributiva” en la medida en que el funcionario se arroga indebidamente un exceso de autoridad, y “comutativa” en la medida en que el funcionario procura inde-

bidamente someter a otros a sus propias decisiones). Los juristas se sorprenden a veces al oír clasificar como abuso de poder las acciones *ultra vires* de un funcionario, pues están acostumbrados a pensar tales acciones como “nulas y sin efecto” ante el derecho. Pero tal sorpresa está fuera de lugar; las reglas jurídicas acerca de los actos nulos y anulables son reglas acerca de “cómo se ha de juzgar”, que ordenan a los jueces considerar las acciones, que son empíricamente más o menos efectivas, *como si* no hubiesen acontecido (al menos en cuanto actos jurídicos), o *como si* a partir de determinada fecha hubieran sido eliminados por un acto *intra vires* de derogación o de anulación. De manera harto razonable, los pretendidos actos jurídicos de los funcionarios se presumen normalmente legítimos, y son tratados como tales tanto por los demás funcionarios como por los ciudadanos comunes, a menos y hasta que se disponga judicialmente otra cosa. De aquí que los actos oficiales *ultra vires*, incluso aquellos que no son inmunes-por-razones-pragmáticas contra impugnaciones judiciales exitosas, normalmente someterán a las personas a efectos que no pueden deshacerse con posterioridad; y provocar tales efectos (o la probabilidad de que acontezcan) es un abuso de poder y una imposición injusta.

En tercer lugar, el ejercicio de la autoridad en conformidad con el imperio del derecho normalmente favorece mucho el bien común (incluso cuando restringe la búsqueda eficiente de otros objetivos); es un aspecto importante de la justicia commutativa que exige tratar a las personas como titulares de la dignidad de dirigirse a sí mismas (X.4), y de la justicia distributiva que exige proporcionar a todos una igual oportunidad de comprender y de cumplir la ley. De este modo el ejercicio de la autoridad jurídica que no se conforma a las debidas exigencias de manera y de forma es un abuso y una injusticia, a menos que los interesados consientan, o deban consentir, a un procedimiento acelerado para eliminar el “papeleo” que en las circunstancias perjudicaría la justicia sustancial (cfr. VII.7).

En cuarto lugar, lo que se ha dispuesto puede no adolecer de ninguno de estos defectos de intención, de autor, y de forma, y no obstante ser injusto desde el punto de vista sustancial. Puede ser distributivamente injusto, al asignar algún aspecto de los bienes comunes, o algún beneficio de la vida o de las actividades comunes, a una clase que no tenga razonablemente derecho a eso según ninguno de los criterios de justicia distributiva, al mismo tiempo que se le niega a otras personas; o al imponer sobre algunos una carga de la que otros son eximidos, sin ningún criterio justo. Puede ser commutativamente injusto, al negar a uno, a algunos, o a todos, un derecho humano absoluto, o un derecho humano cuyo ejercicio en las circunstancias es posible, consistente con las exigencias razonables del orden público, la salud pública, etc., y compatible con el correcto ejercicio tanto de otros derechos humanos como de los mismos derechos humanos por otras personas (VII.4-5, VIII.7).

XII.3. LOS EFECTOS DE LA INJUSTICIA SOBRE LA OBLIGACIÓN

¿De qué manera afecta la injusticia, en cualquiera de las formas precedentes, a la obligación de obedecer la ley?

Es esencial especificar el sentido exacto de esta pregunta. Cualquier teoría del derecho sensata reconocerá que es concebible que alguien que pronuncia la pregunta puede significar con “obligación de obedecer la ley” o bien (i) la posibilidad empírica de ser sometido a una sanción en el caso de inobservancia; o (ii) obligación jurídica en sentido intrasistemático (“obligación jurídica en sentido jurídico”) en el cual la premisa práctica de que la obediencia a la ley es socialmente necesaria es un principio estructural aislado del resto del razonamiento práctico; o (iii) obligación jurídica en sentido moral (*i.e.* la obligación moral que presuntivamente se sigue de la obligación jurídica en sentido jurídico o intrasistemático); o (iv) obligación moral que no deriva del carácter jurídico del establecimiento-de-la-obligación sino de alguna fuente “colateral” (que será explicada dentro de poco). Ninguna de estas interpretaciones es absurda, y una teoría del derecho sensata mostrará hasta qué punto las respuestas a cada una serán diferentes entre sí y hasta qué punto están interrelacionadas.

Un método poco sensato de teoría del derecho procurará expulsar la pregunta, en alguno de sus sentidos, a “otra disciplina”,¹ o incluso declarar que esos sentidos son sin sentidos. Así John Austin:

Ahora bien, decir que las leyes humanas que contradicen la ley divina no son vinculantes, es decir, no son leyes, es *enunciar un completo sin sentido*. Las leyes más perniciosas, y por tanto aquellas que son más opuestas a la voluntad de Dios, han sido y son de continuo impuestas como leyes por los tribunales de justicia. Supongamos que un acto inocuo, o positivamente beneficioso, es prohibido por el soberano bajo pena de muerte; si yo realizo este acto, seré juzgado y condenado, y si objeto contra la sentencia que ella es contraria a la ley de Dios, quien ha mandado que los legisladores humanos no prohíban actos que no tienen consecuencias malas, el Tribunal de Justicia demostrará que mi razonamiento no es concluyente haciéndome colgar, siguiendo la ley cuya validez yo he impugnado.²

No necesito comentar el tono de este tratamiento de la ley injusta y de la objeción por motivos de conciencia. Lo que nos interesa es la torpeza metodológica de las palabras en bastardilla, la incapacidad de admitir que una y la misma formulación verbal puede poseer significados diferentes aunque

¹ Cfr. Hart, *Concept of Law*, pág. 205.

² *Province*, pág. 185 (énfasis añadido).

no necesariamente desconectados y expresar cuestiones cuyas interrelaciones y diferencias pueden ser exploradas con provecho.

El primero de los cuatro sentidos concebibles de la pregunta enumerados más arriba es, en la práctica, el que es menos probable que tenga en mente cualquiera que plantea la pregunta. (De todas formas, es el único sentido que Austin reconoce explícitamente). No es probable que alguien que pregunta cómo afecta la injusticia a su obligación de conformarse a la ley esté pidiendo información sobre la cuestión de hecho prácticamente importante pero teóricamente banal, “¿Es o no es probable que yo sea colgado por no cumplir con esta ley?”

El segundo de los cuatro sentidos enumerados de la pregunta sobre la obligación puede, a primera vista, parecer vacío. Porque, ¿qué sentido tiene preguntar si hay una obligación en sentido jurídico de conformarse a una disposición que es obligatoria en sentido jurídico? Esta objeción, sin embargo, es demasiado apresurada. En mi análisis de las características formales del orden jurídico (X.3), del imperio del derecho (X.4), y de la obligación jurídica (XI.4), enfaticé la manera en que la empresa de ejercer la autoridad por medio del derecho procede mediante el establecimiento de un sistema de reglas que deriva su autoridad no de la conveniencia intrínseca de su contenido sino del hecho de haber sido dispuestas de acuerdo con reglas que regulan cómo han de ser dispuestas. Enfaticé el grado en que el sistema resultante es concebido, en el pensamiento jurídico, como internamente completo (“no hay lagunas”) y coherente, y por ende como separado (por decirlo así) del flujo ilimitado del razonamiento práctico acerca de qué es justo y beneficioso para el bien común. Traté estas características “modelo” del sistema jurídico y del pensamiento jurídico no como simples elementos de alguna “lógica jurídica” (¡la cual, en cuanto lógica, ciertamente podría diferir mucho de ese modelo!), sino como respuestas prácticamente razonables a la necesidad de seguridad y de predecibilidad, una necesidad que es realmente una cuestión de justicia y de derechos humanos. Pero todo esto no debiera oscurecer la medida en que el pensamiento jurídico de hecho sí permite (y razonablemente) que el sistema de reglas sea penetrado por principios de razonabilidad práctica que derivan su autoridad de su conveniencia (según justicia y en favor del bien común) y no, o no solamente, de su origen en algún acto pasado de disposición o en algún uso establecido. El sistema jurídico, incluso cuando se lo concibe estrictamente como un conjunto de contenidos significativos normativos (con abstracción de las instituciones, los procesos, el personal, y las actitudes), es más abierto que lo que el modelo sugiere —es decir, más abierto al flujo ilimitado del razonamiento práctico, en el cual puede juzgarse que una disposición, válida según los criterios formales de validez del sistema (“reglas de reconocimiento”), es, o ha llegado a ser, injusta y, por tanto, después de todo, total o parcialmente inaplicable.

En algunos sistemas jurídicos esta apertura a alegatos lisos y llanos sobre la injusticia de una ley existente o propuesta es particularmente evidente, como en los Estados Unidos de América. En otros, como en el derecho inglés, es menos obvia pero de todos modos es familiar para los juristas, por ejemplo a través de la "regla de oro" de que las leyes (*statutes*) han de interpretarse de manera que se evite el "absurdo" o la injusticia, y a través de los debates, bastante frecuentes en los tribunales superiores, sobre la conveniencia de enmendar o de abandonar reglas o doctrinas de derecho común (*common law*) bien establecidas. Normalmente se descubrirá, a la luz de un examen riguroso, que quienes ponen en duda o minimizan la presencia en el pensamiento jurídico profesional de principios de justicia sin límites definidos están formulando una pretensión constitucional, *viz.* que la judicatura debe dejar el cambio y el desarrollo del derecho en manos de la legislatura. A la inversa, normalmente se descubrirá que quienes subrayan la omnipresencia de tales principios y minimizan el alcance de las reglas de tipo "blanco-o-negro" para resolver los problemas prácticos están propugnando la pretensión constitucional contradictoria. Con otras palabras, lo que se presenta³ como una controversia acerca del "sistema jurídico" *qua* conjunto de contenidos significativos normativos es en lo sustancial, usualmente, una controversia acerca del "sistema jurídico" *qua* orden constitucional de instituciones.

Dicho brevemente, incluso en órdenes jurídicos bien desarrollados a cargo de una casta profesional de juristas, hay (y razonablemente) un buen número de oportunidades para plantear "intrasistémicamente", por ejemplo ante un tribunal de justicia, la cuestión de si acaso lo que de otra manera sería una obligación jurídica indubitable no es realmente obligatorio (*jurídicamente*) porque es injusto. Por otro lado, puesto que tiene poco sentido meditar acerca de la fuerza para imponer-obligación-jurídica de contenidos significativos normativos que las principales instituciones jurídicas de una comunidad (*viz.* los tribunales) tratan como carentes de eficacia jurídica, es ocioso seguir planteando la cuestión en este sentido (el segundo de los cuatro enumerados) después de que el más alto tribunal ha dictaminado que a su juicio la ley controvertida no es injusta o, si es injusta, de todos modos es ley, jurídicamente obligatoria, y susceptible de ser impuesta judicialmente. No sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho (*law*) negando la obligatoriedad jurídica *en el sentido jurídico o intrasistémico* de una regla recientemente declarada jurídicamente válida y obligatoria por la más alta institución del "sistema jurídico". (La preocupación de Austin por hacer ver este punto, en el pasaje

³ Como en Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: 1977), Caps. 2-4.

donde alude al juez que lo hará colgar, era completamente razonable. Lo irrazonable era que no lograra reconocer (*a*) la limitada relevancia del punto, y (*b*) la existencia de preguntas que pueden expresarse con el mismo lenguaje pero que no son respondibles intrasistémicamente de modo definido).

La pregunta en su *tercer* sentido, por tanto, se plantea de forma nítida cuando uno está seguro de que las instituciones jurídicas de la propia comunidad no aceptarán que la ley en cuestión se vea afectada por la injusticia que uno disierne en ella. La pregunta puede formularse de este modo: Habida cuenta de que la obligación jurídica implica presuntivamente una obligación moral, y que el sistema jurídico es en general justo, ¿me impone una ley injusta determinada alguna obligación moral de conformarme a ella?

De manera notoria, muchos (llamémoslos "positivistas") proponen que esta pregunta no sea abordada por la "teoría de derecho" sino que sea dejada a "otra disciplina", sin duda a la "filosofía política" o a la "ética". Ahora bien, no es un objetivo de este libro conducir una polémica contra la concepción de nadie acerca de los límites de la teoría del derecho. Baste con mencionar algunas desventajas de esta propuesta. En primer lugar, la división propuesta es artificial en la medida en que los argumentos y contrargumentos que se propone expulsar de la teoría jurídica se hallan de hecho (como observábamos en los párrafos precedentes) en boca de los abogados en los tribunales y de los jueces que emiten sus sentencias. Por supuesto, los argumentos sobre la justicia y la obligación que hallan acogida en los tribunales de una comunidad determinada en un momento determinado pueden ser argumentos que serían rechazados por una filosofía política o una ética crítica o correcta. Pero ellos forman parte del mismo ámbito de discurso. Uno no comprenderá ni la "lógica" ni la "sociología" del propio sistema jurídico, o de cualquier otro, a menos que uno se dé cuenta (no simplemente en general sino en detalle) de cómo tanto los argumentos en los tribunales, como la formulación de normas por juristas "teóricos", se ven afectados, permeados en realidad, por el vocabulario, la sintaxis, y los principios de la "ética" y de la "filosofía política" de esa comunidad, o de su élite o casta profesional. A su vez, uno no comprenderá bien la ética o la filosofía política de esa comunidad o casta a menos que uno haya reflexionado acerca de los problemas intrínsecos de la "ética" y de la "filosofía política", *i.e.* sobre los aspectos básicos del bienestar humano y sobre las exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica. Por último, uno no comprenderá bien estos problemas y principios *intrínsecos* a menos que uno se dé cuenta de la medida en que el lenguaje con que uno los formula para sí mismo, y los conceptos que uno "hace propios", son a su vez los símbolos y conceptos de una determinada cultura humana, una cultura que se ha elaborado en sus tribunales de justicia y en sus escuelas de derecho, tanto como en cualquier otro lugar.

Este conjunto de consideraciones proporcionan la primera razón por la que yo mismo no aceptaría la propuesta de expulsar a alguna “otra disciplina” la cuestión de la obligatoriedad moral de una ley injusta.

La segunda razón, no desconectada de la primera, se halla en el argumento, desarrollado en el Capítulo I y que no es del caso repetir aquí, de que una teoría del derecho que aspire a ser algo más que la lexicografía de una determinada cultura no puede resolver sus problemas teóricos de definición o de formación de conceptos salvo que recurra por lo menos a algunas de las consideraciones sobre valores y principios de razonabilidad práctica que constituyen la materia de estudio de la “ética” (o “filosofía política”). Puesto que en ese nivel básico no puede haber una distinción tajante entre las “dos disciplinas”, no está claro por qué la distinción, si hay tal, debiera ser considerada tan importante en otros niveles.

La tercera razón (que no sorprende, a la luz de lo que acabo de decir) es que el programa de separar de la teoría del derecho todas las cuestiones o suposiciones sobre la significación moral de la ley no es llevado a cabo consistentemente por quienes lo proponen. Sus obras están repletas de suposiciones más o menos indiscutidas tales como que las características formales del orden jurídico contribuyen a que haya razonabilidad práctica al crear, mantener y obedecer la ley; que estas características formales tienen alguna conexión con el concepto de justicia y que, viceversa, los juristas están justificados para pensar ciertos principios de justicia como principios de *legalidad*; ⁴ y que el hecho de que una disposición sea *jurídicamente* válida da alguna razón, si bien no concluyente, para tratarla como *moralmente obligatoria* o para considerar *moralmente* permisible actuar de acuerdo con ella.⁵ Pero no puede mostrarse que esté justificada ninguna de estas suposiciones, ni podrían discutirse siquiera, sin traspasar la propuesta frontera entre teoría del derecho y filosofía moral o política —de la forma como yo la he “traspasado” sistemáticamente en los cinco capítulos precedentes. De este modo el estado de la literatura académica da testimonio en favor, por decirlo así, de lo que una correcta filosofía de la razón práctica establece en abstracto: los principios de la razonabilidad práctica y sus exigencias forman una unidad de investigación que puede subdividirse en “moral”, “política”, y “jurídica” sólo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de las tres.

¿Qué hemos de decir, entonces, como respuesta a la pregunta de si aca-
so una ley injusta crea una obligación moral *de la manera* en que la ley justa
lo hace *por sí misma*? La respuesta correcta comienza por recordar que las

⁴ Véase Hart, *Concept of Law*, págs. 156-7, 202.

⁵ Véase *ibid.*, págs. 206-7.

disposiciones de quienes poseen autoridad tienen fuerza obligatoria presuntiva (ante los ojos de la persona razonable que piensa sin limitaciones acerca de qué hacer) únicamente en razón de lo que es necesario si el bien común ha de ser asegurado y realizado.

Todos mis análisis de la autoridad y de la obligación pueden resumirse en el siguiente teorema: el gobernante no tiene, hablando muy estrictamente, ningún derecho a ser obedecido (XI.7); pero tiene la autoridad de dar orientaciones y de crear leyes que son moralmente obligatorias y que él tiene la responsabilidad de hacer cumplir. Él posee esta autoridad en beneficio del bien común (cuyas necesidades pueden también, sin embargo, hacer autoritativas las opiniones —como en la costumbre— o las disposiciones de hombres que no tienen ninguna autoridad). Por lo tanto, si él usa su autoridad para adoptar disposiciones contrarias al bien común, o contrarias a cualquiera de los principios básicos de la razonabilidad práctica, esas disposiciones carecen por completo de la autoridad que de otro modo tendrían *en virtud de ser tuyas*. Dicho con más precisión, las disposiciones adoptadas en favor de la conveniencia partidista, o que exceden (sin justificación por emergencia) la autoridad jurídicamente delimitada, o que imponen cargas inequitativas sobre los súbditos, o que ordenan hacer cosas que nunca deben hacerse, sencillamente no logran, por sí mismas, crear ninguna obligación moral en absoluto.

Esta conclusión debiera entenderse con precisión. En primer lugar, no debería concluirse que una ley que en sí misma es beneficiosa para el bien común y compatible con la justicia se ve privada de su autoridad moral por el hecho de que el acto de producirla se hizo injusto por los motivos partidistas de su autor. De la misma manera que no debiéramos retraernos de juzgar injusto el acto de producción por el hecho de que la motivación indebida no sea, en un sistema determinado, fundamento para el control judicial, así tampoco debiéramos tomar la posibilidad de un control judicial con dicho fundamento, disponible en ciertos otros sistemas de derecho, como base suficiente para concluir que un ciudadano privado (a quien no está confiado el deber de corregir a los funcionarios o instituciones rebeldes) está facultado para considerar que los motivos indebidos de los autores de una ley justa lo eximen de su deber moral de obedecer. En segundo lugar, no debería concluirse que la injusticia distributiva de una ley exime de su obligación moral a aquellos que *no* se ven injustamente sobrecargados por ella.

Entendida con esas precisiones, mi respuesta a la pregunta en su tercer sentido corresponde a la posición clásica: *viz.* que para el fin de juzgar las propias obligaciones jurídicas en el sentido moral, uno está facultado para dejar de lado las leyes que son “injustas” en cualquiera de las formas mencionadas. Tales leyes carecen de la autoridad moral que en otros casos les

viene simplemente de su origen, "pedigrí", o fuente formal. De esta manera, entonces, *lex injusta non est lex* y *virtutem obligandi non habet*,⁶ sea o no "jurídicamente válida" y "jurídicamente obligatoria" en el sentido restringido de que (i) emana de una fuente jurídicamente autorizada, (ii) de hecho será impuesta por los tribunales y/o por otros funcionarios, y/o (iii) habitualmente se habla de ella como de una ley semejante a otras leyes.

Pero al mismo tiempo debo añadir que estos hechos recién mencionados, en los que el jurista *qua* jurista (normalmente pero, como he observado, no de manera exclusiva) puede razonablemente concentrarse, no son irrelevantes para el moralista, el hombre razonable con su perspectiva sin restricciones.

En este punto surge nuestra pregunta en el cuarto de los sentidos que enumeré al inicio de esta sección. Puede suceder, por ejemplo, que si mis conciudadanos me *ven* desobedecer o pasar por alto esta "ley", probablemente se debilitará la eficacia de otras leyes, y/o el respeto general de los ciudadanos por la autoridad de un gobernante o de una constitución en general deseables, con probables malas consecuencias para el bien común. Este hecho colateral, ¿no crea una obligación moral? La obligación consiste en cumplir la ley, pero no debiera ser considerada como un caso de lo que he llamado "obligación jurídica en el sentido moral". Porque no se basa en el bien de *ser* observante de la ley, sino sólo en la conveniencia de no tornar ineficaz las partes justas del sistema jurídico. De aquí que no exigirá cumplir las leyes injustas según su tenor o "intención legislativa", sino sólo el grado de cumplimiento que sea necesario para evitar que "el derecho" (como un todo) "sea despreciado". Este grado de cumplimiento variará según el tiempo, el lugar, y las circunstancias; en algunos casos límite (*e.g.* el de los jueces u otros funcionarios que aplican el derecho) el grado de cumplimiento moralmente exigido puede equivaler al cumplimiento total o virtualmente total, tal *como si* la ley en cuestión hubiera sido una ley justa.

⁶ Tomás de Aquino, *S.T.*, I-II, q. 96, a. 6c; él se remite al análisis en el a. 4, el cual (habiendo citado la observación de Agustín [véase XII.4, más adelante] de que las leyes injustas no parecen ser leyes) concluye: "Así que tales leyes [injustas] no obligan en el foro de la conciencia (excepto quizás cuando se ha de evitar dar un ejemplo corrupto [*scandalum*] u ocasionar desorden público [*turbationem*] —pues para evitar estas cosas, un hombre debe ceder su derecho)". Añade que esta última fuente "excepcional" o forma de obligación de obedecer la ley no existe cuando la injusticia de la ley consiste en que promueve algo que nunca debe ser hecho (prohibido por la ley divina). Más tarde habla de modo semejante sobre las sentencias injustas de los tribunales (pues "la sentencia del juez es como una ley particular para un caso particular": II-II, q. 67, a. 1c): *e.g.* II-II, q. 69, a. 4c, donde se menciona otra vez el *scandalum* y la *turbatio*. Véase también II-II, q. 70, a. 1 ad 2 (la obligación *de jure naturali* de guardar un secreto puede prevalecer sobre la ley humana que exige atestiguar).

Así, si una disposición injusta es, de hecho, análoga a otras leyes por su fuente formal, por su recepción por los tribunales y funcionarios, y por su común aceptación, el buen ciudadano puede estar (si bien no siempre) bajo la exigencia moral de conformarse con esa disposición en la medida necesaria para evitar debilitar “el derecho”, el sistema jurídico (de reglas, instituciones y disposiciones) como un todo. El gobernante, con todo, tiene la responsabilidad de derogar, no de imponer, su ley injusta, y en este sentido no tiene ningún derecho a que sea obedecida. Pero el ciudadano, o el funcionario, puede tener entretanto la obligación disminuida, colateral, y, en un sentido importante de la expresión, extra-jurídica, de obedecerla.

Los párrafos precedentes simplifican en exceso los problemas creados para la conciencia de los ciudadanos razonables por la irrazonabilidad en la legislación. Dejan de lado los problemas de identificar la inequidad en la distribución de cargas, o el ejercicio de la autoridad extralimitado o erróneamente motivado. Dejan de lado los dilemas que enfrentan los funcionarios de recta conciencia encargados de la aplicación de leyes injustas. Dejan de lado todas las cuestiones relativas al momento en que puede ser beneficioso para el bien común reemplazar a un legislador persistentemente injusto, recurriendo a medios que están prohibidos por un tipo de leyes normalmente justificadas tanto en su creación como en su aplicación. Dejan de lado la cuestión de si, a pesar de que normalmente es indebido hacer que sean despreciadas las leyes justas, puede haber circunstancias en las que se justifique usar la propia desobediencia pública, sea a una ley en sí misma injusta o a una ley en sí misma enteramente justa, como un instrumento para provocar la reforma de las leyes injustas. Y dejan de lado la cuestión de si, tras la caída de un régimen injusto, la responsabilidad de declarar injustas sus leyes injustas y de anular y deshacer sus efectos jurídicos y de otro tipo debiera ser asumida por los *tribunales* (basándose en que a un tribunal de justicia-según-el-derecho no debe exigírsele que atribuya efecto jurídico a leyes radicalmente injustas), o por *legislación retroactiva* (basándose en que el cambio de un régimen jurídico a otro debe ser explícito).

Puede decirse mucho sobre esas cuestiones, pero poco que no dependa en gran medida de variables sociales, políticas y culturales. Es universalmente verdadero que uno posee un derecho (-libertad) absoluto de no realizar actos respecto de los cuales alguien posee un derecho (-exigencia) absoluto a que uno no realice (VIII.7). Pero más allá de esto, uno no debiera esperar orientaciones para la acción generalmente utilizables, pero precisas, en circunstancias en que las fuentes normalmente autoritativas de orientación precisa han colapsado parcialmente.

XII.4. "LEX INJUSTA NON EST LEX"

San Agustín en su temprano diálogo sobre el libre albedrío hace decir a uno de sus personajes, harto despreciosamente, "una ley que fuese injusta no parecería ser ley".⁷ Platón y Cicerón habían expuesto la misma tesis en un estilo menos retorcido,⁸ y Aristóteles hizo a menudo observaciones similares;⁹ pero la formulación agustiniana gozó por largo tiempo de mayor notoriedad. Tomás de Aquino la citó, pero en ese lugar y en otros ofreció sus propias versiones más mesuradas: las leyes injustas (con lo cual quería decir, como explicó cuidadosamente, las leyes defectuosas en cualquiera de las formas mencionadas en XII.2, más arriba) son "más actos violentos que leyes",¹⁰ "no ley sino corrupción de la ley".¹¹ Más precisamente, dice que una ley tal es "no una ley *simpliciter* [i.e. en sentido absoluto, o en su sentido focal], sino más bien una suerte de perversión de la ley"; pero, como añade de inmediato, sí posee el carácter de ley en un aspecto importante: es el mandato de un superior a sus subordinados (y bajo este aspecto está pensado para hacer a los miembros de la comunidad "buenos", mediante su obediencia al mandato —no [por supuesto] buenos *simpliciter*, sino buenos en relación con aquel régimen [tiránico, irrazonable]).¹²

⁷ *De libero arbitrio*, I, v, 11: "lex esse non videtur quae justa non fuerit".

⁸ Platón, *Leyes*, IV: 715b: "Las sociedades [en que los vencedores en la competencia por los cargos se reservan la conducción de los asuntos públicos exclusivamente para sí mismos] no son estados constitucionales [*out einai politeias*], del mismo modo que las leyes, en la medida en que no benefician el interés común de toda la comunidad, no son verdaderas leyes [*out orthous nomous*]; los hombres que benefician a un partido, decimos nosotros, son facciosos, no ciudadanos, y sus así llamados derechos son palabras vacías" (trad. A. E. Taylor); cfr. también 712e-713a; *Político*, 293d-e; *Rep.* IV: 422e; Cicerón, *De Legibus*, II, v, 11 (citado en nota a X.4, más arriba).

⁹ *E.g. Pol.* III, 4: 1279a 17-22; 5: 1280b 7-9; IV, 4: 1292a 31-34 ("...parece que sería una crítica razonable decir que tal gobierno-de-los-muchos no es una constitución en absoluto; pues donde las leyes no gobiernan no hay constitución... una organización de este tipo, donde todas las cosas son administradas mediante resoluciones [*ad hoc*] de la asamblea no es ni siquiera una democracia en sentido propio...").

¹⁰ "magis sunt violentiae quam leges": S.T., I-II, q. 96, a. 4c. Cfr. q. 90, a. 1 ad 3: "magis iniqüitas quam lex".

¹¹ "non lex sed legis corruptio": S.T., I-II, q. 95, a. 2c. Ésta es la frase adoptada por St. German, *Doctor and Student*, Diálogo Primero (Latín) (1523, 1528), Cap. 2 ("non sunt statuta sive consuetudines sed corruptele" cuya traducción en la versión inglesa [1531] es "*no prescriptions statutes nor customs but things void and against justice*" ["no leyes imperativas ni costumbres sino cosas nulas y contrarias a la justicia"]); el inglés del Diálogo Segundo [1530], Cap. 15, es elíptico pero más afortunado: "*where the law of man is in itself directly against the law of reason or else the law of God and then properly it cannot be called a law but a corruption*" ["cuando la ley del hombre es en sí misma directamente contraria a la ley de la razón o a la ley de Dios entonces no puede llamarse correctamente ley sino corrupción"]).

¹² "lex tyrannica, cum not sit secundum rationem, non est simpliciter lex, sed magis est

De este modo Tomás de Aquino evita cuidadosamente decir de plano que “una ley injusta no es ley: *lex injusta non est lex*”. Pero a fin de cuentas poco habría importado que hubiese dicho justamente eso.¹³ Porque la afirmación o bien es un sin sentido, abiertamente contradictorio, o por el contrario es una dramatización de la tesis expuesta de modo más exacto por Tomás de Aquino cuando dice que una ley injusta no es ley en el sentido focal del término “ley” [*i.e. simpliciter*] no obstante que es ley en un sentido secundario de ese término [*i.e. secundum quid*].

Quizás podemos explayarnos un poco sobre esto. La tradición central de pensamiento iusnaturalista en que se halla incorporada la doctrina de la “*lex injusta...*” no ha elegido utilizar los eslóganes atribuidos a ella por los críticos modernos, por ejemplo que “*lo que es totalmente inmoral* no puede ser ley”,¹⁴ o que “*determinadas reglas* no pueden ser ley debido a su iniquidad moral”,¹⁵ o que “*estas cosas malas* no son ley”,¹⁶ o que “*nada inicuo* puede tener *en ninguna parte* el estatus de ley”,¹⁷ o que “*las exigencias moralmente inicuas...* [no son] *en ningún sentido ley*”,¹⁸ o que “*no puede haber* una ley injusta”.¹⁹ Por el contrario, la tradición, incluso en sus formulaciones más rudas,²⁰ ha afirmado que LAS LEYES injustas no son ley. ¿No deja claro esta fórmula en sí misma, más allá de toda duda razonable, que la tradición no está incurriendo en “una negativa, hecha *de una vez para siempre*,

quaedam perversitas legis. Et tamen inquantum habet aliquid de ratione legis intendit ad hoc quod cives sint boni; non enim habet de ratione legis nisi secundum hoc quod est dictamen aliquujus praesidentis in subditis; et ad hoc tendit ut subditi legis sint bene obedientes; quod est eos esse bonos, non simpliciter sed in ordine ad tale regimen”: *S.T.*, I-II, q. 92, a. 1 ad 4; véanse también las notas a esta sección, más adelante.

¹³ Sí dice que un juicio injusto de un tribunal no es un juicio (*injustum judicium judicium non est*): *S.T.*, II-II, q. 70, a. 4 ad 2. Pero recuérdese (sección VIII.3) que al enumerar los significados de *jus*, Tomás de Aquino había observado que incluso un juicio injusto puede ser denominado *jus* (porque es el *deber* del juez hacer justicia): *S.T.*, II-II, q. 57, a. 1 ad 1. Lo que vemos aquí (como tan a menudo en la filosofía social clásica) no es una contradicción sino una subordinación flexible de las palabras a un centro de interés cambiante.

¹⁴ Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958), 71 *Harv. L. Rev.*, 593, reimpresso en Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law* (Oxford: 1977), 17 en pág. 33 (énfasis añadido).

¹⁵ *Ibid.* (énfasis añadido).

¹⁶ *Ibid.*, pág. 34 (énfasis añadido).

¹⁷ Hart, *Concept of Law*, pág. 206 (énfasis añadido).

¹⁸ *Ibid.* pág. 205 (énfasis añadido).

¹⁹ Arthur C. Danto, “Human Nature and Natural Law”, en S. Hook (ed.), *Law and Philosophy* (New York: 1964), pág. 187 (énfasis añadido), que atribuye esta “sentencia” a “los defensores tomistas de la ley natural”.

²⁰ E.g. Blackstone, I *Comm.* 41 (citado en las notas a II.2, más arriba).

a reconocer las leyes malas como válidas *para cualquier propósito*?²¹ Lejos de “negar validez jurídica a las reglas inicuas”,²² la tradición otorga explícitamente (al hablar de “leyes injustas”)²³ validez jurídica a las reglas inicuas, ya con el fundamento de y en el sentido de que estas reglas son aceptadas en los tribunales como orientaciones para la decisión judicial, ya con el fundamento de y en el sentido de que, a juicio del hablante, ellas satisfacen los criterios de validez establecidos por las reglas jurídicas constitucionales o de otro tipo, ya con estos dos fundamentos y en estos dos sentidos. La tradición llega incluso a decir que puede haber una obligación de conformarse a algunas de tales leyes injustas con el fin de apoyar el respeto hacia el sistema jurídico como un todo (lo que denominé una “obligación colateral”: XII.3).²⁴

No es necesario repetir aquí el análisis de los enunciados normativos ofrecido en la sección IX.2. Se recordará que tales enunciados pueden intentar, con una y la misma forma gramatical, afirmar (E₁) qué se justifica o es exigido por la razonabilidad práctica *simpliciter*, o (E₂) qué es considerado como justificado o exigido por la creencia o práctica de algún grupo, o (E₃) qué se justifica o es exigido si se justifican determinados principios (pero sin tomar ninguna postura sobre la cuestión de si esos principios o reglas *están* efectivamente justificados). Y se recordará cuán natural y frecuente es pasar desde el punto de vista expositivo (H₃-E₃) o sociológico/histórico (H₂-E₂) al punto de vista plenamente crítico (H₁-E₁), dentro de una sola oración. *Lex injusta non est lex* es una oración de este tipo: implica (i) que algún contenido significativo normativo posee para alguna comunidad el estatus (E₂/E₃) de ley, (ii) que esa ley es injusta (un juicio crítico de razonabilidad práctica, sea correcto o incorrecto), y (iii) que cumplir esa ley (E₁) no se justifica ni es exigido por el principio de razonabilidad práctica, derivado y condicional o rebatible, de que las leyes imponen obligaciones morales.

Platón, Aristóteles, Agustín, y Tomás de Aquino no llamaron la atención sobre la distinción entre el punto de vista expositivo intrasistemático, el punto de vista histórico/sociológico, y el punto de vista de la razonabilidad práctica ilimitada o sin restricciones. La dieron por sentada, y pasaron fácilmente de uno a otro mientras trataban el punto de vista mencionado en último lugar como su preocupación primaria: “sostenemos que, en todas las materias de esta clase [acerca de las acciones y pasiones humanas], lo que le parece ser así al hombre maduro de sabiduría práctica [el *spoudaios*] real-

²¹ Hart, *Concept of Law*, págs. 206-7 (énfasis añadido); y véase pág. 152, donde atribuye esa opinión a “la tradición tomista”.

²² *Ibid.*, pág. 207.

²³ Y tales referencias no se hallan sólo en el contexto de las formulaciones del tipo “non est lex”: véase e.g. S.T., I-II, q. 94, a. 6 ad 3.

²⁴ S.T., I-II, q. 96, a. 4c y ad 3.

mente es así".²⁵ Sí emplearon un instrumento técnico para señalar su conciencia de la diversidad de puntos de vista, y de la consiguiente diversidad de intenciones en oraciones idénticas. El instrumento consistía en distinguir entre significado focal ("X *simpliciter*", "vere X", "X *proprie*", etc.) y significados secundarios ("X *secundum quid*", "X *secundum aliquem modum*", "X *secundum similitudinem*", "X *cum aliqua adjectione*", etc.) dentro de uno y el mismo discurso o disciplina teórica.²⁶

Ahora bien, este instrumento técnico se justifica y en realidad es indispensable en cualquier filosofía de los asuntos humanos, dada la variedad de proyectos e intereses humanos, razonables e irrazonables (I.3). Pero mientras que nos permite registrar los grados en que los elementos de algún concepto complejo son realizados por varios estados de cosas determinados, juzgados todos desde un solo punto de vista, el instrumento no registra, de un modo todo lo explícito que sería deseable, la diferencia entre los significados de proposiciones que resulta de diferencias de *punto de vista* o de *fines* teóricos o prácticos. El instrumento sí permite que un uso de los términos que es el uso primario o exclusivo desde un punto de vista sea admitido como un uso secundario en el discurso que está controlado por algún otro punto de vista. Pero no logra (i) hacer explícito cuál es la diferencia de puntos de vista, y (ii) clarificar la relación de interdependencia o de dependencia en un solo sentido o, como puede suceder, de independencia entre los diversos puntos de vista y entre sus respectivos usos lingüísticos. De aquí la necesidad de complementar las formulaciones tradicionales (véase también X.2) de la manera en que lo he intentado en IX.2 y en la presente sección.

NOTAS

XII.2

Los tipos de injusticia de la ley... Véase Tomás de Aquino, *S.T.*, I-II, q. 96, a. 4c; St. German, *Doctor and Student*, Diál. Primero, Cap. 4; Suárez, *De Legibus*, Libro I, Cap. 9, parágs. 12-16.

²⁵ Aristóteles, *Et. Nic.*, X, 5: 1176a 16-17; el primer conjunto de palabras entre paréntesis es insertado por Tomás de Aquino en su comentario *ad loc.*, in *Eth.* X, lec. 8, parág. 2062. Véase también *Et. Nic.*, I, 8: 1099a 11-15; III, 4: 1113a 22-33; X, 6: 1176b 26; y las notas a V.1, más arriba.

²⁶ Las frases latinas se hallan todas en el comentario de Tomás de Aquino al análisis de Aristóteles sobre "ciudadano" y "ciudadanía" (*Pol.* III, 1: 1274b 32-1275b 34); Tomás de Aquino, in *Pol.* III, i. Véase I.3-4, más arriba.

XII.3

Consecuencias de la injusticia de las leyes... Véase Suárez, *De Legibus*, Libro I, Cap. 9, págs. 11-12, 20.

Los motivos injustos para legislar pueden dejarse de lado si la ley en sí misma es razonable... Véase *De Legibus*, loc. cit.; *Doctor and Student*, I, Cap. 26.

Obligación moral colateral de obedecer la ley... Véase S.T., I-II, q. 96, a. 4. Una obligación tal puede derivar de tipos de razones bastante diferentes; e.g. del deber con respecto a la propia familia de evitar el castigo que se seguiría de infringir la ley.

Deshacer los efectos de leyes injustas... El célebre debate entre Hart y Fuller sobre este punto se reduce a una cuestión de sutilezas constitucionales, de consecuencias meramente simbólicas, y de comodidad para decidir los detalles: cfr. (1958) 71 *Harv. L. Rev.* en págs. 618-20 (Hart) y 655 (Fuller); Fuller, *Morality of Law*, Apéndice.

XII.4

"Lex injusta non est lex"... Una vigorosa formulación moderna es P. T. Geach, *The Virtues* (Cambridge: 1977), pág. 128: "Los universitarios discuten fuertemente acerca de si las leyes que violan estos principios son leyes o (como las llamaba Tomás de Aquino) mera violencia. Naturalmente no importa si uno las *llama* leyes o no: la cuestión es qué consecuencias se siguen. Una legislación injusta existe *de facto*, como institución: pero no es un deber de justicia obedecerla, aunque pueda ser imprudente ignorarla. Y aunque una persona privada no debiera juzgar a la ligera que una ley es injusta, su contradicción con la Ley de la Naturaleza y la paz y la justicia de la sociedad puede ser tan manifiesta que un juicio tal sea seguro. Una masa suficiente de legislación injusta puede justificar que un hombre estime que la autoridad civil es una mera banda de malhechores. Pienso que Old John Brown juzgó correctamente de ese modo acerca de los estados esclavistas norteamericanos de su época. La rebelión, sin embargo, es otro asunto, porque los males que puede provocar son muy grandes: si Old John Brown juzgó correctamente sobre esto es un asunto que debemos dejar entre Old John Brown y su Hacedor...". El mismo Tomás de Aquino fue algo así como "un universitario", y su explicación es (como he tratado de mostrar) un poco más matizada que la de Geach. Pero ciertamente habría estado de acuerdo con que (excepto para algún fin especial) "no importa si uno las *llama* leyes o no: la cuestión es qué consecuencias se siguen".

Tomás de Aquino acerca de las leyes tiránicas y "ley" y "bueno" simpliciter... El pasaje de S.T., I-II, q. 92, a. 1 ad 4, traducido en el texto y reproducido en nota a pie de página, es la respuesta de Tomás de Aquino a alguien que objetara (contra su tesis según la cual el sentido de la ley es hacer a los hombres buenos) que hay leyes tiránicas, dirigidas por su autor para su propio beneficio y no para hacer a los hombres buenos. La respuesta de Tomás de Aquino concede significativamente que de hecho hay tales leyes, y trata de mostrar que, aunque no son "leyes" en el sentido más estricto, participan de la naturaleza de la ley no sólo en cuanto que son directivas de un gobernante dirigidas a sus súbditos *sino también* en cuanto que poseen (de una forma desviada) el mismo tipo de función social. Véase también el cuerpo del artículo que ilustra adicionalmente el uso resuelto por Tomás de Aquino de la técnica del significado focal: "Si la intención

del legislador se dirige al bien verdadero, a saber, el bien común medido según la justicia divina, la consecuencia será que los hombres por medio de la ley [*i.e.* por cumplirla] se harán buenos *simpliciter*. Si, en cambio, la intención no se dirige al bien sin restricciones [*simpliciter*], sino a lo que sirve a su propia utilidad o placer, o contra la justicia divina, entonces la ley hará a los hombres buenos, no *simpliciter* sino relativamente [*secundum quid*], a saber, en relación con tal régimen. Este tipo de bondad puede hallarse incluso en cosas intrínsecamente malas; como cuando hablamos de un ‘buen ladrón’, queriendo decir que obra eficientemente.” Cfr. también *Et. Nic.*, VI, 9: 1142b 30-31.