

El fin de la filosofía del derecho*

The End of Jurisprudence

Scott Hershovitz
Thomas G. y Mabel Long Professor of Law y professor of philosophy
University of Michigan

Fecha de recepción 11/05/2022 | De aceptación: 01/12/2022 | De publicación: 15/12/2022

RESUMEN.

Por más de 40 años, el debate Hart-Dworkin ha dominado la filosofía del derecho. El debate parte de la premisa de que nuestras prácticas jurídicas generan derechos y obligaciones que son distintivamente jurídicos, y la pregunta en cuestión es cómo se determina el contenido de estos derechos y obligaciones. Los positivistas estipulan que su contenido está determinado en última instancia o exclusivamente por hechos sociales. Los antipositivistas afirman que los hechos morales deben desempeñar un papel en la determinación de su contenido. En este artículo, argumento que el debate se funda en un error. Nuestras prácticas jurídicas no generan derechos y obligaciones que sean distintivamente jurídicos. En el mejor de los casos, generan derechos y obligaciones morales, algunos de los cuales etiquetamos como jurídicos. Defiendo este punto de vista estableciendo analogías con otras prácticas normativas, como hacer promesas, publicar reglas y participar en juegos. Además, trato de explicar por qué parece que las prácticas jurídicas generan derechos y obligaciones distintivamente jurídicos, aunque no lo hagan. Concluyo con algunas reflexiones sobre las preguntas que la filosofía del derecho debería abordar después de superar el debate Hart-Dworkin.

PALABRAS CLAVE.

filosofía del derecho; normatividad; obligación jurídica; positivismo jurídico; antipositivismo jurídico.

ABSTRACT.

For more than forty years, jurisprudence has been dominated by the Hart- Dworkin debate. The debate starts from the premise that our legal practices generate rights and obligations that are distinctively legal, and the question at issue is how the content of these rights and obligations is determined. Positivists say that their content is determined ultimately or exclusively by social facts. Anti-positivists say that moral facts must play a part in determining their content. In this essay, I argue that the debate rests on a mistake. Our legal practices do not generate rights and obligations that are distinctively legal. At best, they generate moral rights and obligations, some of which we label legal. I defend this view by drawing analogies with other normative practices, like making promises, posting rules, and playing games. And I try to explain why it looks like legal practices generate distinctively legal rights and obligations even though they do not. I conclude with some thoughts about the questions that jurisprudence should pursue in the wake of the Hart-Dworkin debate.

KEY WORDS.

Jurisprudence; normativity; legal obligation; legal positivism; legal anti-positivism.

* Traducción realizada por Benjamín Ruiz García. Ph.D. Fellow, Surrey Center for Law & Philosophy (University of Surrey School of Law). Reelectura: Jorge Rubio. Artículo original: Hershovitz, Scott (2015): "The End of Jurisprudence", *The Yale Law Journal*, 214, 1160-1204.

Sumario: 1. Introducción. 2. La botella cazamoscas. 3. Los problemas. 4. El camino de salida. 5. Las reglas de una casa. 6. Las promesas 7. Participar en juegos. 8. ¿Podemos salir de la botella cazamoscas? 9. ¿Deberíamos salir de la botella cazamoscas? 10. Conclusión: el fin de la filosofía del derecho. 11. Bibliografía.

1. Introducción

Durante más de cuarenta años, el debate Hart-Dworkin ha dominado la filosofía del derecho. El terreno del debate ha cambiado varias veces, pero no es difícil señalar lo que está en disputa. Hart y sus sucesores sostienen que el contenido del derecho [*law*] —el conjunto de derechos [*rights*], obligaciones, privilegios y poderes vigentes en el sistema jurídico— está determinado por hechos sociales. Dworkin y sus partidarios responden que los hechos morales desempeñan un papel en la determinación del contenido del derecho. Algunos consideran el debate agonizante, pero lo cierto es que su última década ha sido tan productiva como cualquier otra. Aunque la mayoría de los participantes defienden posturas conocidas desde hace veinte años o más, los argumentos presentados son cada vez más sofisticados. Ellos no han resuelto el debate, pero han profundizado en su comprensión. A pesar de todo, simpatizo con la perspectiva de aquellos que piensan que el debate está estancado: deberíamos seguir adelante.

Deberíamos seguir adelante porque podemos. *Hay una manera de salir de esta botella cazamoscas*¹. De hecho, como Wittgenstein podría haber supuesto, estamos atrapados por nuestra propia confusión, o al menos así me parece ahora. El punto de vista que voy a defender no es del todo nuevo. En años recientes, Mark Greenberg ha desarrollado una postura que comparte mucho en común con él². Sin embargo, Greenberg se ve a sí mismo respondiendo a la pregunta en disputa en el debate Hart-Dworkin, en lugar de moverse más allá de ella. Además, como recientemente Jeremy Waldron observó³, hacia el final de su vida el propio Dworkin parece haber alcanzado algo parecido a la perspectiva que defenderé, y creo que la vislumbró mucho antes. Aún así, durante la mayor parte de su carrera, Dworkin estuvo zumbando

¹ What is your aim in philosophy? “To shew the fly the way out of the fly-bottle”. LUDWIG WITTGENSTEIN, PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS § 309 (3d ed. 1967).

² Para la exposición más reciente y completa de la postura de Greenberg, véase Mark Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, 123 Yale, L.J. 1288 (2014) [en adelante Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*]. Ese es el último de una serie importante de artículos que desarrollan la perspectiva distintiva de Greenberg en la filosofía del derecho. Otros artículos recientes en tal serie incluyen Mark Greenberg, *The Standard Picture and Its Discontents*, en 1 OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW 39 (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011) [en adelante Greenberg, *The Standard Picture*]; y Mark Greenberg, *Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication*, en PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF LANGUAGE IN THE LAW 217 (Andrei Marmor & Scott Soames eds., 2011) [en adelante Greenberg, *Legislation as Communication?*].

³ Jeremy Waldron, *Jurisprudence for Hedgehogs* (N.Y. Univ. Sch. of Law Pub. Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 13-45, 2013), <http://ssrn.com/abstract=2290309> [<http://perma.cc/D2XZ-S34L>]. Greenberg hace la misma observación en *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2, en 1300 n.28.

dentro de la botella cazamoscas con el resto de nosotros, desarrollando y defendiendo una postura que forma parte de la confusión de la que espero liberarnos. Volveré a esta historia más adelante. Por ahora, sólo quiero enfatizar que, en lugar de defender la respuesta de alguien a ella, mi propósito es rechazar la pregunta en el centro del debate Hart-Dworkin. Por supuesto, el fin del debate Hart-Dworkin no marcaría el fin de la filosofía del derecho. No obstante, nos permitiría dirigirla hacia un objetivo diferente. Durante mucho tiempo, la disciplina se ha preocupado por una pregunta que está mal construida. Ahora, es momento de dejarla a un lado y adoptar una mejor. Pero antes de que podamos establecer un nuevo fin para la filosofía del derecho, debemos liberarnos del pasado. Para empezar, deberíamos de recordar cómo se ve la botella cazamoscas desde adentro.

2. La botella cazamoscas

En breve pasaremos al debate Hart-Dworkin, sin embargo, no quiero empezar por ahí. En cambio, quiero comenzar con una señal que está a la vuelta de la esquina de mi casa. Rara vez pienso mucho en la señal, pero plantea todo tipo de acertijos. Algunos son históricos: ¿quién puso la señal en ese lugar?, ¿quién decidió ponerla ahí?, ¿a quién se le ocurrió que diría "LÍMITE DE VELOCIDAD 56"? Además de los acertijos históricos, hay otros sociológicos: ¿las personas se fijan en la señal?, ¿afecta su comportamiento? Incluso otros acertijos son normativos: ¿la señal debería tener un número diferente?, ¿debería estar un poco más adelante en el camino?, ¿debería estar ahí del todo? Y luego está el acertijo que más me interesa, que también es normativo, pero en otro sentido: ¿la señal afecta la forma en que deberían comportarse las personas? Si es así ¿cómo y por qué?, ¿cuáles son las consecuencias normativas del hecho de que la señal esté donde está y diga lo que dice?

Algunas respuestas son bastante sencillas. Para empezar, la señal tiene consecuencias prudenciales. Ésta indica la velocidad a la que es seguro conducir. Suponiendo que la señal llegó ahí de la manera normal, su texto y ubicación reflejan las decisiones tomadas por personas con experiencia en el control del tráfico. Dadas las características del camino y el vecindario que lo rodea, es posible que no sea seguro conducir a una velocidad mucho mayor a los cincuenta y seis kilómetros por hora. Ahora bien, eso podría ser cierto independientemente de la señal, en cuyo caso no crea nuevas razones, sino que exhibe razones que yo ya tengo pero que tal vez no reconozco. Empero, la señal también podría crear nuevas razones. En parte, conducir es un problema de coordinación. Lo más seguro es conducir, más o menos, a la misma velocidad que los demás. Si otros conductores reaccionan a la señal viajando cerca de los cincuenta y

seis kilómetros por hora, la prudencia puede exigir que yo haga lo mismo. Incluso, la prudencia puede tener algo más que plantear. Si es probable que la policía multe a las personas que conducen por encima de las velocidades establecidas en señales como ésta, entonces la prudencia puede exigir que yo mantenga mi velocidad baja para evitar una multa.

La señal tiene también consecuencias morales. Algunas están estrechamente relacionadas con las prudenciales. En la medida en que tenga razones morales para no imponer riesgos excesivos a otros, la presencia de la señal y las reacciones que probablemente otros conductores tengan a ella pueden hacer que yo esté moralmente obligado a conducir a unos cincuenta y seis kilómetros por hora. No obstante, hay otras maneras en las cuales la señal puede hacer una diferencia moral. Tal vez las personas que colocaron la señal en ese lugar tienen la autoridad moral para decidir qué tan rápido se debe conducir. Si es así, yo podría estar moralmente obligado a hacer lo que ellas han instruido. Esto es, podría estar moralmente comprometido a conducir a no más de cincuenta y seis kilómetros por hora. Por otro lado, quizás le he prometido a mi esposa que no obtendré más multas por exceso de velocidad. Si es así, yo podría estar moralmente obligado a no actuar de forma que la policía me multe. Eso exigiría que conduzca por debajo de la velocidad establecida en la señal; más probable, exige que no conduzca muy por encima de ella.

Muchas personas suponen que la señal tiene otro tipo de consecuencia normativa. Ellas afirman que cualquier cosa que la señal prescriba como cuestión de prudencia o moralidad, exige jurídicamente que yo conduzca a no más cincuenta y seis kilómetros por hora⁴. Esta idea es conocida, aunque debería señalar un problema con ella. Algunas de las personas que hablan de este modo piensan que nuestras prácticas jurídicas generan un dominio distintivo de normatividad jurídica, separado de otros dominios normativos como la moralidad y la prudencia⁵. De acuerdo con la manera de pensar de estas personas,

⁴ Por supuesto que la señal no tiene esta consecuencia por sí sola, y puede que no la tenga en absoluto si no llegó ahí del modo correcto. Si existe una exigencia jurídica de que yo maneje por debajo de la velocidad indicada en la señal, posiblemente es el resultado de una serie complicada de hechos que incluyen, entre otras cosas, la adopción de una ley que autoriza las señales de este tipo. Incluso puede ser que la señal refleje una exigencia jurídica, pero no contribuya a la misma de forma constitutiva.

⁵ Cuando hablo de diferentes dominios de normatividad, lo que tengo en mente son las diferentes formas en que podríamos dividir el espacio normativo. Tomemos, por ejemplo, el espacio de las razones. Dentro de ese espacio, hay razones morales, razones prudenciales, razones epistémicas, razones estéticas y, posiblemente, otros tipos de razones —incluso razones jurídicas. Podemos pensar en cada una de estas categorías para distinguir un dominio normativo, y algunos de estos dominios normativos pueden ser diferentes de otros. Por ejemplo, es posible que nuestras razones estéticas no coincidan con nuestras razones morales, en cuyo caso esos dominios serían diferentes entre sí. No me pronuncio sobre si la moralidad y la estética son distintas, ni tampoco adopto una perspectiva sobre la relación entre la moralidad y la prudencia. La idea que quiero señalar aquí es que algunos filósofos piensan que nuestras prácticas jurídicas generan un dominio de razones jurídicas que es distinto de la moralidad, la prudencia y otros tipos de razones. Véase Jules L. Coleman, *The Architecture of Jurisprudence*,

una lista completa de las consecuencias normativas de la señal tendría que incluir, junto con las morales y prudenciales, sus consecuencias jurídicas distintivas*. Sin embargo, otras personas negarían que las exigencias jurídicas impuestas por la señal estén debidamente enlistadas con sus exigencias morales y prudenciales. Ellas podrían decir que estas últimas exigencias son intrínsecamente normativas, mientras que las exigencias jurídicas sólo necesitan pretender ser normativas aunque, de hecho, podrían no serlo. Esta perspectiva se presenta en una gran cantidad de variantes. La más común sostiene que cuando aludimos a las exigencias jurídicas, nos estamos refiriendo al punto de vista del derecho sobre nuestras exigencias morales. Diré más sobre esto después. Por ahora, sólo quiero hacer notar que si las exigencias jurídicas no son genuinamente normativas, son al menos cuasi-normativas, ya que son vehiculizadas a través de nociones normativas, como las de obligación y derecho. Eso es suficiente para nuestros propósitos. De hecho, la idea de que las señales de tráfico y las prácticas jurídicas en que se insertan tienen consecuencias jurídicas —es decir, consecuencias normativas o cuasi-normativas que son jurídicas, pero no morales o prudenciales— es el cristal que forma la botella cazamoscas. Es justo esa idea la que voy a proponer que rechacemos.

¿Por qué la idea de que las prácticas jurídicas tienen consecuencias estrictamente jurídicas es el cristal que forma la botella cazamoscas? Porque esa es la idea que establece los términos del debate Hart-Dworkin. De hecho, sin esa idea no habría nada que debatir. Permítanme mostrar lo que quiero decir. Supongamos que le digo a usted que cuando se encuentre en este camino particular, está jurídicamente obligado a conducir a no más de cincuenta y seis kilómetros por hora. Ahora, supongamos que usted me pregunta cuál es la razón de eso. Hay dos maneras de entender su pregunta. Es posible que usted quiera saber por qué las personas que establecieron esa exigencia, fijaron esa, en vez de otra diferente. Es decir, es posible que usted quiera saber por qué ellas establecieron la velocidad límite en cincuenta y seis, en vez de cuarenta o setenta y dos. Sin embargo, podría estar buscando algo más. Es posible que usted quiera saber en virtud de qué esta jurídicamente obligado a conducir a no más de cincuenta y seis kilómetros por hora. Es decir, probablemente quiera conocer aquellos hechos en virtud de los cuales se obtiene dicha

121 YALE L.J. 2, 78 (2011) (El derecho pretende crear razones para la acción. Algunos piensan que pretende crear una clase distintiva de razones para la acción —razones jurídicas. Podría decirse que Hart sostenía que las obligaciones jurídicas constituían una clase distintiva de obligación, que no eran meramente una especie de obligaciones morales.”). [Cita tomada de la versión en español de Coleman, 2012: 173].

* N.T.: En esta traducción se incluyen los términos “estricto” y “específico” para dar cuenta del carácter “distintivo” del dominio jurídico de normatividad al que hace referencia el autor. Además, se emplean dichos términos para aludir a las consecuencias normativas “distintivas” de ese dominio.

circunstancia. Después de todo, el que usted se encuentre jurídicamente obligado a conducir a no más de cincuenta y seis kilómetros por hora no es un hecho básico acerca del mundo como lo encontramos, del mismo modo en que podríamos suponer que algunos hechos físicos fundamentales lo son. Hay otros hechos que hacen que el límite de velocidad sea lo que es, y resulta razonable suponer que podríamos averiguar cuáles son esos hechos⁶.

Sin duda, algunos hechos sociales se encuentran entre los otros hechos que determinan el límite de velocidad. En otras palabras, el límite de velocidad es el que es, al menos en parte, por lo que ciertas personas dijeron e hicieron. Podemos estar razonablemente seguros de que alguien decidió establecer el límite de velocidad en cincuenta y seis, en vez de cuarenta o setenta y dos, y esa decisión es uno de los hechos que hacen del límite de velocidad el que es. Todos en el debate Hart-Dworkin están de acuerdo en eso. En lo que no están de acuerdo es en si todos los hechos que figuran en el establecimiento de la exigencia jurídica son hechos sociales o si puede haber (o debe haber) algunos hechos normativos que figuren también en la determinación del contenido del derecho⁷.

⁶ Véase Mark Greenberg, *How Facts Make Law*, en *EXPLORING LAW'S EMPIRE: THE JURISPRUDENCE OF RONALD DWORKIN* 225, 226-27 (Scott Hershovitz ed., 2006) (“Los hechos sin contenido jurídico son hechos metafísicamente básicos o últimos acerca del universo, para los cuales no hay nada que decir acerca de lo que hace que ellos se obtengan. Los hechos con contenido jurídico, como los hechos sobre el significado de las palabras o los hechos acerca de las tarifas de cambio internacionales [...], se obtienen en virtud de hechos más básicos.”).

⁷ Describo el debate Hart-Dworkin tal como lo entienden muchos filósofos que trabajan en la actualidad. Véase Scott J. Shapiro, *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*, en *RONALD DWORKIN* 22, 50 (Arthur Ripstein ed., 2007) (“Los detalles [del debate Hart-Dworkin] han cambiado, pero el problema básico, y su importancia fundamental, sigue siendo el mismo que hace cuarenta años. ¿El derecho está determinado en última instancia sólo por hechos sociales, o los hechos morales también determinan la existencia y el contenido del derecho?”); Greenberg, *supra* nota 6, en 225 (“[U]n debate central—quizás el central—en la filosofía del derecho es un debate sobre si los hechos valorativos se encuentran entre los determinantes del contenido del derecho [...]”); véase también Coleman, *supra* nota 5, en 61 (“La pregunta más básica en la filosofía del derecho, podría argüirse, es de carácter metafísico: ¿cuáles son las fuentes del contenido del derecho?”). [Cita tomada de la versión en español de Coleman, 2012: 155].

Sin embargo, algunos filósofos formularían el debate de manera diferente. Por ejemplo, John Gardner sugiere que la tesis distintiva del positivismo jurídico es la siguiente: “[E]n cualquier sistema jurídico, si una norma particular es jurídicamente válida y, por lo tanto, si forma parte del derecho de ese sistema, depende de sus fuentes, no de sus méritos (donde sus méritos, en el sentido relevante, incluyen los méritos de sus fuentes).” John Gardner, *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, 46 AM. J. JURIS. 199, 201 (2001). Creo que la formulación que presento en el texto identifica mejor lo que está en discusión entre positivistas y antipositivistas, en parte porque muchos antipositivistas destacados rechazan la idea de que el derecho se compone de normas. Véase, e.g. RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 76 (1978) (“En lo que yo insistía no era que el 'derecho' contiene un número fijo de estándares, de los cuales algunos son normas y otros principios. En realidad, lo que quiero es oponerme a la idea de que el 'derecho' sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean.”) [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2012: 140]; véase también Greenberg, *The Standard Picture*, *supra* nota 2, en 59-60 (sugiriendo que “[n]o hay criterios de validez en el sentido de criterios que se apliquen a normas individuales en lugar de al contenido del derecho como un 'todo'). De cualquier manera, el argumento que sigue se puede adaptar para que coincida con la formulación de Gardner del debate; en vez de negar que nuestras prácticas jurídicas generan derechos, obligaciones, privilegios y poderes distintivamente jurídicos, negaríamos que generan normas distintivamente jurídicas (es decir, normas que son jurídicas, pero no morales o prudenciales).

En términos generales, hay tres posturas en el debate. De acuerdo con los *positivistas jurídicos excluyentes*, el contenido del derecho está determinado solamente por hechos sociales. Si esta perspectiva es correcta, una vez que nos disponemos a explicar por qué usted está jurídicamente obligado a manejar a no más de cincuenta y seis kilómetros por hora, entonces podemos señalar sólo hechos acerca de lo que las personas han dicho, hecho, pensado y así sucesivamente. Sería un error de nosotros mencionar cualquier hecho normativo sobre lo que la gente debería decir, hacer o pensar. La razón por la que sería un error es que hechos como esos no desempeñan ningún papel en la determinación del contenido del derecho. Los *antipositivistas* sostienen la perspectiva opuesta. Ellos piensan que para explicar de manera completa por qué el límite de velocidad es cincuenta y seis, junto con los hechos sociales, debemos señalar algunos hechos normativos. Un antipositivista podría argumentar, por ejemplo, que debemos incluir los hechos morales que determinan la relevancia jurídica de las acciones realizadas por diferentes personas o instituciones. Algo como una posición intermedia es ocupada por los *positivistas incluyentes*, quienes sostienen que los hechos morales podrían desempeñar un papel en la determinación del contenido del derecho, aunque únicamente si las prácticas sociales les asignan ese papel. El positivismo incluyente es una forma de positivismo porque afirma que los hechos sociales son los determinantes últimos del contenido del derecho y que el derecho podría ser determinado sólo por hechos sociales. Aun así, permite que las personas puedan elegir que el contenido de su derecho dependa de hechos morales, como parecen hacer, por ejemplo, cuando prohíben castigos *crueles* o confieren derechos *iguales* respecto de protecciones jurídicas.

Las últimas décadas de la filosofía del derecho han visto una batalla campal entre estas perspectivas. No obstante, a pesar de todas sus diferencias, comparten algo en común, lo cual no debería sorprendernos, ya que lo que comparten es una condición que las hace entrar en conflicto. Las tres perspectivas ofrecen una respuesta a la misma pregunta. Esta pregunta es ¿cuáles hechos determinan el contenido del derecho? De diferentes maneras, las tres perspectivas pretenden ofrecer una explicación metafísica de nuestros derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos. En otras palabras, ellas pretenden decirnos en virtud de qué contamos con los derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos que tenemos.

3. Los problemas

Enmarcado de esta forma, el debate Hart-Dworkin es importante. El derecho puede hacer una gran diferencia en nuestras vidas y a menudo no estamos de acuerdo sobre lo que establece. Una explicación de cómo y por qué el derecho exige lo que exige debería aclarar esas controversias y tal vez, incluso, contribuir a su solución⁸. Entonces, no es ningún misterio que el debate Hart-Dworkin haya llamado nuestra atención durante tanto tiempo. De cualquier forma, sigue siendo sumamente difícil resolverlo y quiero repasar rápidamente algunos de los problemas que lo hacen así.

Comencemos tratando de descifrar la metafísica de una sola obligación jurídica. Suponga que le pregunta a un abogado por qué usted está jurídicamente obligado a conducir a no más de cincuenta y seis kilómetros por hora en la calle cerca de mi casa. Él podría decirle que una oficina administrativa estableció el límite de velocidad en ese camino y colocó la señal para informarle de ello. Aún así, usted podría preguntar: ¿por qué esa secuencia de eventos influye en lo que estoy jurídicamente obligado a hacer? Y él podría replicar que la oficina administrativa actuó conforme a una ley adoptada por la legislatura estatal y firmada por el Gobernador. Insatisfecho, usted reformula su pregunta: ¿por qué las acciones de la legislatura y el Gobernador tienen algún impacto en lo que estoy jurídicamente obligado a hacer? Si no está molesto con usted, él podría hacer referencia a la constitución estatal, la cual establece que la legislatura está autorizada a adoptar leyes, sujeta al veto del Gobernador. Siempre a la contra, usted insiste una vez más: ¿por qué el texto de la constitución estatal tiene alguna influencia en lo que estoy jurídicamente obligado a hacer? Si su abogado recuerda la filosofía del derecho, él sabrá que Hart tenía una respuesta a esta pregunta.

De acuerdo con Hart, todo sistema jurídico tiene una regla fundacional —llamada regla de reconocimiento— que identifica las otras reglas que son parte de ese sistema⁹. Aquellas establecen los derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos de la gente. La regla de reconocimiento no es validada por alguna otra regla. De hecho, es una regla social —es decir, una regla cuya existencia y contenido son establecidos por una práctica social¹⁰. En términos generales, el tipo de práctica correcta

⁸ Véase SCOTT J. SHAPIRO, LEGALITY 29 (2011) (sugiriendo que la “resolución de ciertas disputas jurídicas depende de la posibilidad de resolver también ciertas disputas filosóficas”). [Cita tomada de la versión en español de Shapiro, 2014: 58].

⁹ H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 100 (3ra ed. 2012).

¹⁰ Véase *id.* en 110.

existe cuando la mayoría de los funcionarios jurídicos converge en los criterios para identificar el derecho, consideran que su concurrencia proporciona un estándar común y se entienden obligados a cumplirlo¹¹. El contenido de la regla de reconocimiento es establecido por los criterios en los cuales confluyen los funcionarios jurídicos y ante los que adoptan la actitud adecuada. Si su abogado recuerda todo esto, podría decirle que la práctica de los funcionarios jurídicos consiste en reconocer como reglas jurídicas a las reglas creadas de acuerdo con los procedimientos de la constitución estatal.

La teoría de Hart es elegante. De cualquier manera, ha atraído muchas críticas, e incluso algunos positivistas se inquietan con ella. Se preocupan porque parece autorizar inferencias que van en contra del famoso precepto de David Hume que establece que no se puede derivar un deber de un ser¹². Hart nos invita a derivar un enunciado normativo (es decir, una afirmación sobre lo que usted está jurídicamente obligado a hacer) a partir de enunciados descriptivos sobre la práctica social entre los funcionarios jurídicos. Sin embargo, si Hume está en lo correcto, las inferencias de enunciados meramente descriptivos a enunciados normativos no son válidas. Por supuesto, Hume podría haberse equivocado y algunos filósofos así lo piensan. Con todo, cualquiera que defienda un positivismo jurídico como el de Hart debe mostrar que Hume está mal o sortear su precepto relativo a que no se puede derivar un deber de un ser.

Muchos positivistas contemporáneos toman el segundo camino y ofrecen una gran variedad de estrategias diferentes. Quiero destacar la estrategia más común, tanto porque me parece la más prometedora como porque formará parte del argumento a seguir. Como mencioné, algunas personas piensan que existe un ámbito de normatividad estrictamente jurídico, separado de otros dominios normativos como la moralidad y la prudencia¹³. Hart sostuvo una perspectiva como ésta; él pensó que el concepto de obligación era normativo, aunque no moral¹⁴. Otros positivistas, sin embargo, piensan que el derecho usa el mismo concepto de obligación que la moralidad, de modo que las afirmaciones acerca de las

¹¹ Para la introducción de Hart a la idea de regla social, véase *id.* en 55-56.

¹² Véase DAVID HUME, A TREATISE OF HUMAN NATURE 469-70 (Lewis Amherst Selby-Bigge ed., 1978); véase también SHAPIRO, *supra* nota 8, en 46-47; Coleman, *supra* nota 5, en 77-78.

¹³ Véase *supra* nota 5 y el texto que la acompaña. Si usted aún encuentra esta idea elusiva, el siguiente ejemplo podría ayudar. Suponga que usted crea una lista de todas sus obligaciones y empieza con sus obligaciones morales. Una vez que las ordena, usted se pregunta si tiene obligaciones que aún no están en la lista. Si la respuesta es sí, y cree que las obligaciones jurídicas forman parte de las que aún no ha enlistado, entonces usted piensa que existe un dominio jurídico de normatividad que es diferente del dominio moral, al menos en el sentido que aquí interesa.

¹⁴ H.L.A. HART, ESSAYS ON BENTHAM: JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY 160-61 (1982).

obligaciones jurídicas de una persona son en realidad afirmaciones acerca de sus obligaciones morales. Empero, ellos consideran que estas afirmaciones se caracterizan de una manera importante. Afirmar que una persona tiene una obligación jurídica no es decir que tiene una obligación moral y punto. Más bien, es aseverar que tiene una obligación moral *desde el punto de vista del derecho*¹⁵. En este sentido, cuando usted habla de sus obligaciones jurídicas, se está refiriendo a las obligaciones morales que el derecho supone que tiene, que es más o menos similar a hablar de las obligaciones que su abuela considera que usted tiene. Una afirmación sobre qué obligaciones cree su abuela que usted tiene sería un enunciado descriptivo, no uno normativo; y lo mismo ocurre con las afirmaciones sobre las obligaciones jurídicas, según los positivistas que sostienen este tipo de postura¹⁶. Para ponerlo en el lenguaje que usé antes, en esta imagen, las afirmaciones sobre las obligaciones jurídicas son cuasi-normativas; parecen ser normativas, pero en realidad no lo son.

Esta estrategia puede ayudar a los positivistas a escapar de Hume, pero plantea nuevas preguntas. Es fácil comprender la idea de que mi abuela tenga puntos de vista sobre lo que estoy moralmente obligado a hacer. Sin embargo, la idea de que el derecho tenga un punto de vista sobre lo que estoy moralmente obligado a hacer es más elusiva. La idea no puede ser que el derecho tiene puntos de vista de la misma manera en que mi abuela los tiene¹⁷. Ahora bien, si el punto de vista del derecho no es el de alguna persona particular, nosotros debemos identificar de qué forma se combinan todos los aspectos diferentes de la práctica jurídica para generar el punto de vista del derecho; y estamos lejos de hacer obvio cómo esto sucede. De hecho, Mark Greenberg ha argumentado que las prácticas jurídicas son siempre

¹⁵ Véase SHAPIRO, *supra* nota 8, en 184-88; véase también JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASONS AND NORMS 171-77 (1975); Coleman, *supra* nota 5, en 78 (El derecho pretende crear razones para la acción. Algunos piensan que pretende crear una clase distintiva de razones para la acción —razones jurídicas. Podría decirse que Hart sostenía que las obligaciones jurídicas constituían una clase distintiva de obligación, que no eran meramente una especie de obligaciones morales. Otros, nuevamente incluyendo positivistas como Raz y yo mismo, piensan que el derecho pretende tener un impacto en lo que tenemos razones morales para hacer.”). [Cita tomada de la versión en español de Coleman, 2012: 173].

¹⁶ Véase SHAPIRO, *supra* nota 8, en 188.

¹⁷ Para una discusión sobre lo que puede significar decir que el derecho tenga un punto de vista, véase Coleman, *supra* nota 5, en 22, el cual sugiere que “[h]ablar del ‘punto de vista del derecho’ es una manera de expresar una idea acerca del derecho: a saber, que hay una teoría moral subyacente en la existencia del derecho, según la cual las directivas del derecho no sólo resultan estar conectadas sistemáticamente, lo que satisface las exigencias de racionalidad y coherencia, sino que también resultan ser moralmente legítimas.” [Cita tomada de la versión en español de Coleman, 2012: 112].

consistentes con varios conjuntos posibles de exigencias jurídicas¹⁸; de tal manera que los hechos sociales, por sí mismos, no pueden determinar el punto de vista del derecho.

Hay mucho más que decir aquí, pero no estamos buscando resolver el debate Hart-Dworkin. Sólo estamos tratando de apreciar por qué es tan constante. Así que pasemos a un nuevo conjunto de problemas. Comenzamos con la respuesta de Hart a la pregunta de cómo se constituye el contenido del derecho y luego consideramos una inquietud que muchos positivistas tienen sobre la teoría de Hart. Sin embargo, no hemos dicho nada sobre las inquietudes que Dworkin planteó al respecto. Deberíamos ocupar algún tiempo en ellas, ya que, después de todo, estamos intentando comprender de forma correcta el debate Hart-Dworkin.

A lo largo de los años, Dworkin formuló muchas objeciones al positivismo de Hart. De cualquier manera, podemos resumir la parte principal de su análisis en dos críticas. Por un lado, Dworkin sostuvo que los funcionarios jurídicos no convergen en los criterios para identificar el derecho de la forma en que Hart lo suponía¹⁹. Él afirmó que esos criterios se cuestionan constantemente, y no sólo en la periferia²⁰. Por ejemplo, tomemos lo que usted podría pensar que es una pregunta básica que cualquier regla de reconocimiento respondería: ¿cuál es la regla jurídica creada por un acto legislativo? Al menos en este tema, los funcionarios jurídicos no están de acuerdo. Algunos piensan que la regla creada es la regla que expresa el texto, independientemente de lo que el legislador haya tenido la intención de adoptar²¹. Otros consideran que la regla jurídica creada es la regla que la legislatura intentó adoptar, independientemente de si esa regla se plasmó de manera completa o precisa en el texto que se aprobó²². Hart había afirmado que la regla de reconocimiento es indeterminada en cualquier tópico en el que los funcionarios jurídicos no logran converger, con la consecuencia también de que el derecho es en esos temas indeterminado²³.

¹⁸ Véase Greenberg, *supra* nota 6, en 235 (argumentando que “las prácticas jurídicas no pueden determinar el contenido del derecho por sí mismas porque no pueden determinar unilateralmente su propia contribución al contenido del derecho”).

¹⁹ Véase RONALD DWORKIN, *LAW’S EMPIRE* cap. 1 (1986).

²⁰ *Id.* en 40-43.

²¹ Véase, e.g., ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 16-18 (1997).

²² La famosa —o infame— decisión en *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143, U.S. 457 (1892), ejemplifica este enfoque. La Corte resolvió: “Es una regla conocida, que una cosa pueda estar en la letra de la ley y aun así no formar parte de ella, debido a que no está en su espíritu, ni en la intención de sus creadores.” *Id.* en 459. Sin embargo, hay muchos casos recientes en los cuales los tribunales han considerado que la regla jurídica generada por un acto legislativo no es la regla expresada en el texto de la ley. Véase e.g., *Saadeh v. Farouki* 107 F.3d 52 (D.C. Cir. 1997) (discutido en Greenberg, *Legislation as Communication*, *supra* nota 2, en 242-43).

²³ HART, *supra* nota 9, en 150-54.

Sin embargo, Dworkin hizo notar que las disputas de este tipo no llevan a los funcionarios jurídicos a concluir que el derecho es indeterminado. Incluso cuando los jueces pueden ver claramente que no han confluído en los criterios para identificar las leyes de su comunidad, insisten en que hay un derecho que aplicar²⁴.

La segunda crítica de Dworkin fue que Hart no pudo explicar todas las formas en que los funcionarios jurídicos están en desacuerdo acerca de lo que establece el derecho²⁵. Algunas veces ellos desacuerdan acerca de lo que dice el derecho porque discrepan sobre algún u otro hecho social. Hart no tiene problemas con eso; de cualquier manera, Dworkin hizo notar que algunas veces los funcionarios jurídicos no concuerdan respecto de lo que establece derecho, a pesar de estar de acuerdo en todos los hechos sociales²⁶. De acuerdo con la teoría de Hart, esta clase de desacuerdos son misteriosos: dado que los hechos sociales constituyen el derecho, cualquier desacuerdo sobre lo que dice el derecho debe basarse en una discrepancia sobre algún u otro hecho social. Esto coloca a Hart en la incómoda posición de negar la posibilidad de desacuerdos que parecen bastante rutinarios²⁷.

En *Law's Empire*, Dworkin presentó una teoría diferente de cómo se determinan nuestros derechos, obligaciones, privilegios y poderes. En términos generales, Dworkin señaló que el contenido del derecho se determina en función de los principios que mejor ajustan y justifican las prácticas políticas del pasado acerca del uso de la fuerza por parte del Estado²⁸. De acuerdo con Dworkin, las personas que coinciden en todos los hechos sociales pueden, sin embargo, no estar de acuerdo sobre lo que establece el derecho en virtud de que ellas tienen desacuerdos morales sobre qué principios ajustan y justifican de mejor manera la historia política de la comunidad²⁹. Aquellos que sostienen que la regla jurídica creada por un acto legislativo es la que el legislador intentó adoptar, podrían pensar así debido a que en parte creen que funciona mejor para los valores de la democracia. En cambio, quienes sostienen que el texto predomina, podrían pensar así porque de alguna forma consideran que la democracia funciona mejor vinculando a la

²⁴ DWORKIN, *supra* nota 19, en 37-39.

²⁵ *Id.* en 5-11, 33-43.

²⁶ *Id.* en 5.

²⁷ *Id.* en 5-11, 33-43.

²⁸ *Id.* en 93.

²⁹ *Id.* en 87-88.

legislatura a las palabras que eligió. Las partes de un debate como este desacuerdan sobre los criterios para identificar el derecho en su comunidad, y saben que lo hacen. Ahora, ellas no sólo piensan que sus respuestas son mejores, sino correctas³⁰; y eso, sugería Dworkin, explica el hecho de que consideren al derecho como determinado, aunque discrepen sobre lo que éste establece.

Por supuesto, a los positivistas no les convence todo esto. Ellos argumentan que su enfoque puede explicar el tipo de desacuerdos que Dworkin hizo notar, y que, de cualquier forma, dudan que sean genuinos³¹. Por otra parte, a algunos positivistas les preocupa que, si funcionara de la manera en que Dworkin afirma que lo hace, el derecho no podría cumplir con los propósitos que se supone cumple (aunque, debo aclarar, no están de acuerdo sobre cuáles son los propósitos del derecho o, en primer lugar, si tiene algún propósito)³². Finalmente, algunos positivistas aducen que Dworkin queda en un aprieto debido a la existencia de normas y sistemas jurídicos moralmente aberrantes³³. Ahora bien, debo decir —ya que será pertinente tenerlo en mente después— que esta última preocupación es exagerada. Dworkin nunca sostuvo que hay límites morales para la existencia de normas y sistemas jurídicos particulares, del modo en que algunos juristas naturalistas de antaño podrían haberlo hecho³⁴. Entonces, él no queda en un aprieto por la mera existencia de normas o sistemas jurídicos perversos. Sin embargo, éstos sí plantean un problema a su perspectiva. El problema es que esas normas parecen imponer obligaciones jurídicas, a pesar de que no pueden ser justificadas por ningún principio moralmente atractivo. Por ejemplo, parece correcto afirmar que la Ley de Esclavos Fugitivos [*Fugitive Slave Act*]

³⁰ *Id.* en 10.

³¹ Para algunos intentos de dar cuenta desde un marco positivista de los tipos de desacuerdos que Dworkin hizo notar, véase SHAPIRO, *supra* nota 8, en 381-84; y Jules L. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, 11 J. LEGAL STUD. 139. 156-62 (1982).

³² Es posible ver argumentos de este estilo en Shapiro *supra* nota 8, en 310, el cual señala que el derecho no podría resolver asuntos del modo que planea hacerlo si funciona como Dworkin afirma que lo hace; y en JOSEPH RAZ, *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS* 208-10, (1994), el cual afirma que el derecho no podría cumplir la función mediadora de la autoridad si opera del modo en que Dworkin afirma que lo hace. Sin embargo, Hart se mantuvo escéptico sobre si el derecho tiene un propósito “más allá de proveer guías para la conducta humana o estándares de crítica a tal conducta”. HART, *supra* nota 9, en 249. Para una discusión más extensa sobre los propósitos y el positivismo, véase Scott Hershovitz, *The Model of Plans and the Prospects for Positivism*, 125 ETHICS 152 (2014).

³³ Véase, e.g., John Gardner, *Law's Aims in Law's Empire*, en *EXPLORING LAW'S EMPIRE: THE JURISPRUDENCE OF RONALD DWORKIN* 207, 217, 222-23 (Scott Hershovitz ed., 2006) (sugiriendo que el reconocimiento de Dworkin de que hay un sentido en el cual el derecho Nazi era notoriamente derecho, lo compromete con una forma de positivismo).

³⁴ Dworkin trazó una distinción entre (i) el concepto *sociológico* del derecho, el cual utilizamos para designar ciertas estructuras institucionales como sistemas jurídicos; (ii) el concepto *taxonómico* del derecho, el cual empleamos cuando distinguimos reglas individuales o estándares como leyes; y (iii) el concepto *doctrinal* del derecho, que usamos cuando hacemos afirmaciones sobre lo que el derecho de una comunidad en particular exige. Véase RONALD DWORKIN, *JUSTICE IN ROBS* 2-5 (2006). Dworkin expuso que su interés siempre fue en el concepto doctrinal, no en los conceptos sociológico o taxonómico. Véase *id.* en 234.

obligaba a los jefes de policía federales a arrestar a las personas acusadas de ser esclavos fugitivos, a pesar de la grave injusticia que suponía*. Cualquier antipositivismo plausible debe explicar esto, o justificarlo, y muchos consideran que los intentos de Dworkin por hacerlo son insatisfactorios.

El tema no es que los críticos de Dworkin tengan razón; tal vez la tengan y tal vez no. Como dije, no trato de resolver el debate Hart-Dworkin. Sólo busco transmitir una idea rápida de los problemas que acompañan a cualquier intento de explicar la metafísica de nuestros derechos, obligaciones, privilegios y poderes distintivamente jurídicos; y quizás la única conclusión de la que estoy seguro es esta: hay muchos de ellos.

4. El camino de salida

Hay muchos de ellos y hay mucho más de los que acabamos de indagar en el debate Hart-Dworkin. Hay libros al respecto y habrá muchos más. De cualquier manera, no tiene que haberlos. Hay una salida al debate y, de hecho, la salida es tan simple como la entrada: para escapar del debate, simplemente podríamos abandonar la idea que lo inicia. Es decir, podríamos abandonar la idea de que, además de sus consecuencias morales y prudenciales, las prácticas jurídicas tienen consecuencias estrictamente jurídicas. Esto puede sonar radical, más adelante intentaré que no lo parezca tanto, pero por ahora, sólo tengamos en cuenta que si abandonáramos esta idea, todavía nos preguntaríamos qué exige el derecho de nosotros. La única diferencia sería que cuando lo hiciéramos, consideraríamos que estamos realizando una indagación moral, o tal vez prudencial, en lugar de una estrictamente jurídica. Es decir, supondríamos que estamos preguntando qué razones morales o prudenciales nos dan nuestras prácticas jurídicas para actuar³⁵. Desde luego, podría ser difícil identificar las consecuencias morales y prudenciales de nuestras prácticas jurídicas. Con todo, cualesquiera que sean los desafíos que esas indagaciones puedan plantear,

* N.T.: La Ley de Esclavos Fugitivos fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1850. Establecía que los jefes de policía federales tenían la obligación de cooperar en la detención de toda persona que, de acuerdo con la simple declaración del reclamante, era sospechosa de ser un esclavo en fuga. En el caso de que dichos funcionarios no cumplieran con esta exigencia, la Ley prescribía la imposición de una multa de 1000 dólares. Además, la Ley disponía que los detenidos no podían ofrecer testimonio alguno en su favor y tampoco solicitar un juicio con jurados.

³⁵ Como señalé anteriormente, las razones morales y prudenciales no son los únicos tipos de razones; tenemos razones estéticas, razones epistémicas y también de otros tipos. Véase *supra* nota 5. En este ensayo, me enfoco en las consecuencias prudenciales y morales de nuestras prácticas jurídicas porque tales prácticas generalmente buscan ajustar las razones prudenciales y morales, más que las razones de otra índole. No obstante, nada de lo que expreso debería ser tomado de un modo que indique que las prácticas jurídicas no afectan otro tipo de razones. De hecho, estoy seguro de que sí lo hacen.

no presentarán ningún problema metafísico de tipo estrictamente jurídico, que los filósofos del derecho podrían tomar como su tarea a resolver.

Ahora bien, no debería sorprendernos que podemos hacer a un lado el debate Hart-Dworkin si negamos la existencia de su objeto. La pregunta es si deberíamos dejarlo a un lado y, aunque podríamos agradecer la oportunidad de prescindir de un debate complicado, el hecho de que el debate sea difícil no nos da un buen motivo para negar la existencia de su objeto. (La metafísica de la conciencia es difícil de descifrar, pero eso no nos da muchos motivos, si es que los hay, para dudar que la conciencia existe.) A pesar de todo, la posibilidad de que podamos dejar a un lado el debate Hart-Dworkin plantea una pregunta: ¿teníamos buenas razones para adoptarlo como central? Como acabamos de ver, la idea de que las prácticas jurídicas tienen consecuencias distintivamente jurídicas nos mete en muchos problemas. Si no tenemos un buen fundamento, deberíamos abandonarla. Lo mismo sucede con el debate Hart-Dworkin.

Sospecho que la mayoría de las personas piensa que es obvio que las prácticas jurídicas tienen consecuencias estrictamente jurídicas, y con razón. Solemos establecer una distinción entre lo que estamos jurídicamente obligados a hacer y lo que estamos moralmente obligados a hacer, y estamos abiertos a la posibilidad de que las exigencias jurídicas y morales no coincidan. A menudo nos enfrentamos a exigencias jurídicas que dudamos vayan acompañadas de exigencias morales, y a menudo nos enfrentamos a exigencias morales que sabemos no están respaldadas por exigencias jurídicas. La forma más sencilla de entender esto es suponer que las prácticas jurídicas generan derechos, obligaciones, privilegios y poderes estrictamente jurídicos, que pueden diferir y de hecho difieren de sus contrapartes morales.

Esta es una perspectiva simple y poderosa; en caso de ser correcta, entonces no podemos escapar del debate Hart-Dworkin o de los problemas que conlleva. Si tenemos derechos, obligaciones, privilegios y poderes distintivamente jurídicos, entonces no podemos evitar hacer preguntas metafísicas sobre su constitución. Sin embargo, no creo que esta perspectiva sea correcta. De hecho, creo que hay algo bastante misterioso en ella. El mundo está lleno de prácticas que se asemejan al derecho, en cuanto tienen como objetivo dar forma a las normas que gobiernan nuestras vidas. De cualquier manera, no asumimos que la gran mayoría de estas prácticas generan su propio dominio distintivo de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, del modo en que esta perspectiva supone que lo hacen las prácticas jurídicas. En la siguiente sección quiero ilustrar este misterio con una serie de relatos que tienen poco que ver con el

derecho. Lo que espero mostrar es que podemos navegar por prácticas normativas cada vez más complejas, sin crear los problemas que les preocupan a los filósofos del derecho. Si tengo razón, entonces deberíamos preguntarnos si podemos navegar por el derecho sin crear esos problemas también.

5. Las reglas de una casa

Podemos empezar pensando en las consecuencias normativas de otra señal. Pero esta vez buscamos algo que no esté conectado con el derecho, o al menos no de forma muy directa. Así que probemos esto: imagine que usted renta una casa en la playa. Cuando llega, nota un señal en el vestíbulo que dice: “Deje sus preocupaciones en la puerta”. ¿Usted debería dejar sus preocupaciones en la puerta? Tal vez. Depende de cuáles sean sus preocupaciones y por qué visita la playa. Si sus preocupaciones no son apremiantes y el objetivo del viaje es la relajación, entonces, quizás, usted debiera dejar sus preocupaciones en la puerta. En cambio, si ha venido a la playa porque es un lugar tranquilo para trabajar en los asuntos que le importan, entonces usted probablemente no debiera abandonar sus preocupaciones en el punto indicado.

Por supuesto, todo eso sería cierto incluso si no hubiera ninguna señal que le ordenara dejar sus preocupaciones en la puerta. ¿La señal desempeña algún papel en la determinación de si usted debiera o no dejar sus preocupaciones en la puerta? Por supuesto, ésta podría desempeñar un papel causal en la determinación de si usted abandona o no sus preocupaciones. El recordatorio puede ponerlo a pensar en relajarse. Aunque es difícil ver cómo la señal se vincula con la pregunta de si usted debería dejar sus preocupaciones en la puerta. Después de todo, es complicado imaginar que el dueño de la casa tenga derecho a exigir que usted lo haga. Incluso si lo tiene, no es claro si él tuvo la intención de exigirlo a través de la señal. A él sólo podría haberle gustado la forma en que ésta se veía. Por supuesto, sería una historia diferente si su cónyuge le indicara que se relaje. Su exigencia podría darle una razón, pero la señal no.

Ahora, supongamos que la señal dice: “No fumar”. ¿Debería abstenerse de fumar? Sin duda, usted tiene razones para no fumar que son independientes de lo que la señal expresa. Fumar es dañino, para usted y para los demás. No obstante, a diferencia de la primera señal, al menos si suponemos que el propietario la puso ahí, ésta sí tiene consecuencias normativas. En la medida en que usted esté interesado en evitar conflictos con el propietario, la señal le ofrece una razón prudente para evitar fumar, y probablemente también le ofrece razones morales. La señal dice que el dueño de la casa no quiere que usted fume; y

como el humo se queda ahí, él tiene cierto interés en si usted lo hace. De hecho, la señal podría incluso obligarlo a usted a no fumar, bajo el supuesto plausible de que el dueño de una casa tiene derecho a decidir si se puede fumar en ella³⁶. Por supuesto, podríamos preguntarnos si él ha hecho lo suficiente para invocar ese derecho. Es posible que él debiera haberle avisado por adelantado si tenía la intención de restringir su hábito de fumar, en lugar de ponerla en una señal que sólo vería al llegar.

Pero para nuestros propósitos no importa si usted debería abstenerse de fumar o, en realidad, dejar sus preocupaciones en la puerta. El asunto con estos relatos radica en lo que no he dicho acerca de ellos. Al clasificar las consecuencias normativas de estas señales, no he sugerido que haya un dominio distintivo de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, exclusivo de la casa en renta o sus señalamientos. Por ejemplo, no sugerí que la primera señal generó una obligación del tipo “casa en renta” de dejar sus preocupaciones en la puerta, separada y diferente de las obligaciones morales que pudiera haber creado. Además, no sugerí que, desde el punto de vista de la segunda señal, fumar estuviera moralmente prohibido, independientemente de que la señal impusiera o no tal prohibición moral. Sin embargo, las descripciones que ofrecí de estas situaciones no parecen limitadas por no invocar esta maquinaria conceptual. De hecho, es difícil ver cómo la noción de una obligación del tipo “casa en renta”, o la sugerencia de que una señal tiene un punto de vista, podría arrojar alguna luz sobre la situación. Hay una señal que expresa que usted debería dejar sus preocupaciones en la puerta; no le da ninguna razón para hacerlo. En contraste, si la señal dijera “Prohibido fumar”, le daría varias razones para no fumar, y quizás también le impondría una obligación. Eso es todo lo que hay, y no necesitamos invocar algún tipo especial de normatividad, o cuasi-normatividad, exclusivo de la casa en renta o sus señalamientos, para dar sentido a esas situaciones.

Vamos a complicar el relato para ver si algo cambia. Supongamos que cuando usted entra a la casa en renta ve una lista pegada a la pared, etiquetada como "Reglas de la casa". En la lista se lee:

1. No fumar.
2. Saque la basura cuando se vaya.

³⁶ Me refiero a que el dueño puede tener este derecho simplemente por una cuestión de moralidad, al margen del funcionamiento de cualquier sistema jurídico. Si tiene dificultades para entender este ejemplo debido a que usted cree que la propiedad es un concepto meramente jurídico, debería pasar tiempo con mi niño pequeño, quien no sabe nada acerca de derecho, pero tiene posturas sólidas sobre lo que es suyo. Mientras tanto, podría cambiar la señal por una nota en la puerta puesta por un vecino.

3. No use el triturador de basura, no funciona.
4. La salida es a las 11:00 a. m. Si se queda más tiempo, se le cobrará una noche adicional de estadia.
5. ¡Diviértase!

¿Cuáles son las consecuencias normativas de las Reglas de la casa³⁷? La quinta regla es similar a la señal que le pide dejar sus preocupaciones en la puerta. Podría hacerlo pensar en divertirse, pero no tiene relación con si debería hacerlo. En contraste, las primeras cuatro reglas parecen tener consecuencias tanto prudenciales como morales. El hecho de que el propietario se haya tomado el tiempo de escribir las reglas sugiere que a él le importa si usted hace lo que le indica, y las cuatro reflejan asuntos respecto de los cuales el propietario tiene derecho para realizar exigencias. La segunda regla es interesante; le indica a usted que saque la basura cuando se vaya, pero parece probable que la obligación que genera esta regla sea sacar la basura *para el momento* en que se vaya, no *cuando* se vaya. Esto se debe a que es difícil ver algún propósito en sacar la basura cuando se vaya, siempre y cuando lo haga antes y no genere basura después de hacerlo. Aunque el dueño de la casa probablemente tiene el derecho de exigirle a usted que saque la basura, la cuestión de si lo hace al salir o un poco antes no parece afectar a sus intereses, por lo que sería extraño atribuirle el derecho a determinar el momento.

O eso me parece. Aunque la pregunta interesante no es si todo esto es correcto, sino si hay algo que se me escapa por no haber buscado las consecuencias normativas de las Reglas de la casa, que no son ni morales ni prudenciales. Una vez más, es difícil ver cómo el planteamiento de un tipo especial de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, exclusiva de las Reglas de la casa, arrojaría alguna luz sobre

³⁷ Usamos la palabra "regla" de diferentes maneras. A veces, usamos "regla" para referirnos a cierto tipo de texto. Por ejemplo, puedo preguntar si usted tiene una copia de las reglas, o si ha tenido oportunidad de leerlas. En otras ocasiones, usamos "regla" para referirnos a cierto tipo de norma o estándar con el cual podemos evaluar el comportamiento. Las reglas en el primer sentido expresan reglas en el segundo sentido, aunque la relación entre ellas es complicada por varias razones. Primero, una regla (texto) puede ser ambigua, de modo que no exprese una sola regla (norma). En segundo lugar, una regla (norma) puede expresarse a través de diferentes textos. Y tercero, varias reglas diferentes (normas) pueden estar relacionadas con una regla escrita (texto). Éstas pueden incluir, entre muchas otras posibilidades: la norma expresada por el texto, la norma que el autor del texto pretendía expresar y la norma que el autor del texto pretendía imponer a los demás al escribir el texto. En esta parte, cuando aludo a las Reglas de la casa con mi propia voz (o a las reglas particulares que aparecen en esa lista), me estoy refiriendo al texto publicado en la pared, no a ninguna de las normas que puedan estar relacionadas con éste. Sin embargo, a veces imaginaré a personajes hablando sobre las Reglas de la casa de manera que quede claro que se están refiriendo a las normas que la publicación del texto hace que ellos consideren vinculantes para sí mismos o para otros. Es importante recordar que estos personajes pueden o no tener razón sobre las consecuencias normativas de la publicación de ese texto; éste puede no haber tenido consecuencias normativas, o consecuencias normativas diferentes de las que suponen que ha tenido.

la situación. Así que compliquemos el relato de nuevo. Supongamos que las reglas pegadas en la pared están precedidas por el siguiente enunciado: “El administrador de la propiedad está autorizado a hacer cumplir las Reglas de la casa y agregar los cargos correspondientes a su recibo”. Esta es la primera vez que hemos oído hablar del administrador de la propiedad. Si él ha estado al acecho todo el tiempo, podríamos haber considerado que estaba autorizado a añadir los cargos correspondientes al recibo, incluso sin este enunciado. Pero si tuviéramos alguna duda sobre el papel del administrador de la propiedad, esto ayuda a aclarar las cosas. El enunciado indica que el dueño de la casa ha delegado al administrador de la propiedad la autoridad para imponer cargos adicionales, y es difícil ver algo malo en eso, al menos en los hechos que tenemos.

Exactamente qué cargos puede agregar el administrador de la propiedad constituye un asunto complicado. Si usted fuma o intenta hacer funcionar el triturador de basura, parecería apropiado cobrarle el costo de reparar cualquier daño causado. Si no saca la basura, es probable que una multa pequeña sea correcta. La cuarta regla especifica que si usted excede el período de alquiler, se le cobrará una noche adicional. Eso no parece una penalidad grave y la regla le informa sobre ella, por lo que es plausible que al administrador de la propiedad se le permita cobrarle la suma especificada, sujeta quizás a una excepción de poca importancia [*de minimis exception*] si sólo se pasa unos minutos. Por supuesto, el administrador de la propiedad no puede penalizar su falta de diversión, independientemente de lo que estipulen las reglas.

¿Qué sucede si el administrador de la propiedad agrega un cargo adicional a su recibo, pero no por una mala conducta de acuerdo con las Reglas de la casa? ¿Significa que él ha hecho algo no permitido por el hecho de que su mandato se limita a hacer cumplir las Reglas de la casa? No, probablemente no. Si usted derribó un jarrón y el cargo es para repararlo o reemplazarlo, sería obtuso reclamar que derribar los jarrones no va en contra de las Reglas de la casa. Presumiblemente, en ausencia de una indicación relativa a que está autorizado para hacer cumplir las Reglas de la casa, al administrador de la propiedad se le permitiría imponer cargos para reparar daños de este tipo³⁸; y no es atractivo aplicar aquí la máxima que

³⁸ Por supuesto, sujeto a defensas normales (por ejemplo, que el vaso fue colocado de manera negligente).

establece que la mención explícita de una cosa implica la exclusión de otras [*expressio unius est exclusio alterius*].

Ahora tenemos una especie de funcionario encargado de hacer cumplir las Reglas de la casa y estamos empezando a involucrarnos en el tipo de argumentos que ocupan a los abogados. Hemos preguntado si se requiere una notificación antes de que se pueda imponer una penalidad, si una regla es objeto de una excepción de poca importancia y si la autorización explícita para realizar algunos actos implica la falta de autorización para realizar otros. Sin embargo, una vez más, parece que podemos describir y evaluar esta situación muy bien sin imaginar que existe un dominio distintivo de normatividad, o cuasi-normatividad, creado por las reglas de la casa en renta, y es difícil ver qué beneficio obtendríamos al invocar esas nociones.

Pero démosle otra oportunidad. Supongamos que usted sale unos minutos tarde y el administrador de la propiedad le dice: “Mire, no creo que esto sea justo, pero estoy obligado a cobrarle el alquiler de una noche adicional. Esas son las reglas de la casa”. ¿El administrador de la propiedad le está diciendo que tiene una obligación no moral del tipo “casa en renta” de cobrarle una noche adicional de alquiler? Me resulta difícil imaginar que lo hace, ya que hay formas mucho más plausibles de entender lo que él plantea. Para empezar, el administrador de la propiedad podría pensar que está moralmente obligado a hacer algo que considera injusto. Él podría considerar que el dueño de la casa tiene el derecho de establecer el cobro y las condiciones para imponerlo. Es decir, podría verse a sí mismo más o menos como un contador en el asunto. Si ese es el punto de vista del administrador de la casa, podría agregar: “Lo siento, sólo estoy haciendo mi trabajo”.

Otra posibilidad es que el administrador de la propiedad pretenda comunicar que se ve obligado a incluir el cargo, no que está obligado a hacerlo. Es decir, podría estar tratando de expresar que incluye el cargo al recibo porque no quiere arriesgarse a que el propietario le reproche por no hacerlo. Si esta es la postura del administrador de la propiedad, podría agregar: “Lo siento, necesito mantener mi trabajo”. Desde la devastadora crítica de Hart a Austin, los filósofos del derecho han guardado una distinción entre verse obligado y estar obligado, y de manera útil. De cualquier forma, no hay razón para pensar que los

administradores de propiedades son cuidadosos con la distinción de los filósofos, la cual no parece haberse filtrado en el uso común³⁹.

Por supuesto, los hechos que hemos imaginado son muy sutiles, por lo que no puedo afirmar con certeza cómo deberíamos interpretar lo que dice el administrador de la propiedad. Aunque sí sé esto: el administrador de la propiedad puede manejar la situación en la que se encuentra sin suponer que las Reglas de la casa dan lugar a su propio dominio distintivo de normatividad, o que ellas tienen un punto de vista sobre cómo debería comportarse; y debido a que él no necesita esas nociones, sería extraño que nosotros las empleáramos cuando interpretamos su afirmación de que está obligado a cobrar la renta de una noche adicional.

Pero podemos intentarlo una vez más, modificando este último ejemplo. Supongamos nuevamente que usted sale tarde y que el administrador de la propiedad le dice que está obligado a cobrarle la renta de una noche adicional. Esta vez, sin embargo, él agrega que no va a incluir ese cargo porque lo considera injusto. ¿El administrador de la propiedad está invocando un tipo especial de normatividad exclusivo de la casa en renta? Una vez más, soy escéptico, ya que hay formas mucho más plausibles de entender lo que expresa. Como antes, el administrador de la propiedad podría pensar que, de acuerdo con su función, está obligado a hacer lo que el dueño de la casa le ha indicado que haga, lo considere justo o no. Si tiene razón, al negarse a imponer el cargo, él no está a la altura de la responsabilidad de la función. Negarse puede no estar justificado, pero es una omisión que es fácil de entender, ya que todo el tiempo las personas experimentan conflictos entre las funciones que ocupan y las decisiones que tomarían si estuvieran libres de las limitaciones del puesto. Aunque, por supuesto, hay otra manera de dar sentido a lo que señala el administrador de la propiedad. Al referirse a su obligación de imponer el cargo, él podría simplemente querer decir que se siente compelido a hacerlo, aunque tiene planeado resistirse. Por supuesto, necesitaríamos conocer más sobre la situación para saber cuál es la mejor manera de interpretar al administrador de la propiedad. A pesar de todo, una vez más, el administrador de la propiedad puede

³⁹ La primera definición de “obligar” en el OED es: “Enlazar (a una persona) moralmente; poner (a una persona) bajo una obligación moral; constreñir, compeler, forzar. *Obligate Definition*, OXFORD ENGLISH DICTIONARY (3ra ed. Mar. 2004), <http://www.oed.com/view/Entry/129686> [<http://perma.cc/39XF-BZFX>].

manejar la situación sin suponer que las Reglas de la casa generan un tipo especial de normatividad, o incluso cuasi-normatividad; y porque él puede, nosotros también podemos.

Podríamos seguir, volviendo estos ejemplos cada vez más complicados y similares al derecho. No obstante, eso sería tedioso y no tenemos motivos para pensar que algo cambiaría. A cada paso, habría consecuencias morales y prudenciales en relación con los hechos sociales que constituyen la situación. Sin embargo, no hay razón para pensar que llegaríamos a un punto en el que tendríamos que proponer una clase distintiva de obligaciones no morales del tipo “casa en renta” para dar sentido al contexto. No hay razón para pensar que tendríamos que atribuir un punto de vista a una señal o a un conjunto de reglas, y eso debería darnos una pausa. Si no necesitamos recurrir a estas ideas para comprender las formas en que las personas se involucran con las reglas publicadas en una casa en renta, tal vez no necesitemos apelar a ellas para comprender las maneras en que las personas se involucran con el derecho.

6. Las promesas

Adoptar la última idea significaría adelantarnos. Antes de pasar al derecho, deberíamos ver si podemos extender a otras prácticas normativas la lección aprendida de los supuestos de las casas en renta. Podemos comenzar con las promesas, que son una de las herramientas más comunes que utilizamos para dar forma a las normas que gobiernan nuestras vidas. Una vez más, podemos trabajar a través de una serie de casos para ver si se generan los problemas que preocupan a los filósofos del derecho.

Supongamos que yo le prometo a usted que mañana a medio día lo llevaré al supermercado. Antes de la promesa, yo no estaba obligado a hacerlo. Después de la promesa, estoy obligado y eso es justo lo que yo pretendía. Eso es bastante simple, pero ahora supongamos que el momento ha llegado y sus necesidades han cambiado. Usted no necesita ir al supermercado, necesita ir al médico, ya que está preocupado por un cambio repentino en su visión. ¿Estoy obligado a llevarlo? Quizás queramos saber más. (¿Qué tan lejos está el consultorio del médico?, ¿Podría conseguir otro viaje?, ¿Cuánto tiempo tomaría eso?) Sin embargo, yo me inclino a pensar que estoy obligado a llevarlo. Definitivamente, lo pensaría así si el tiempo comprometido fuera similar al que ya comprometí cuando prometí llevarlo al supermercado. Dada la urgencia de la situación, probablemente pensaría así, aunque no lo fuera. Además, si estoy obligado a llevarlo al médico, es plausible que esta obligación sea consecuencia de mi promesa de llevarlo al supermercado. Si no hubiera hecho esa promesa, es posible que usted no hubiera tenido el

derecho a reclamar mi tiempo⁴⁰. Si eso es correcto, entonces este es un caso en el que mi promesa me obliga a hacer algo que no es lo que prometí hacer, lo cual es un indicio de que no tenemos control total de la importancia moral de nuestras promesas.

Ahora, imaginemos que prometo que voy a matar a su primo. Antes de la promesa, no estaba obligarlo a hacerlo. Después de la promesa, aún no estoy obligado, en tanto que una persona no puede obligarse a sí misma a cometer un homicidio. Por supuesto, usted y yo podríamos no reconocer eso. Podríamos ser miembros de una mafia que piensan que una persona que da su palabra está obligada a hacer lo que dijo que haría, incluso si es malo. No obstante, esa es una de las tantas formas en las cuales los mafiosos se encuentran moralmente equivocados. Una promesa de cometer homicidio no crea una obligación de cometer homicidio. De hecho, si genera obligaciones, es probable que sean obligaciones de abandonar el plan o frustrarlo antes de que ocurra.

Una vez más, la pregunta interesante no es si todo esto es correcto. La pregunta es si falta algo en el análisis debido a que no supuse que una promesa da lugar a un dominio específico de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, diferente y separado de las consecuencias morales y prudenciales que la promesa podría generar; y una vez más, la respuesta es no. No ganaríamos nada sugiriendo que, desde el punto de vista de mi primera promesa, yo estoy moralmente obligado a llevarlo a usted al supermercado. Además, no avanzaríamos al suponer que mi segunda promesa generó una obligación promisorias de matar a su primo, aun cuando no acarree una obligación moral de hacerlo⁴¹. Por lo que a nosotros respecta, los casos de promesa son similares a los supuestos de las casas en renta. Una vez que exponemos los hechos sociales y repasamos las consecuencias morales y prudenciales de esos hechos, no queda nada por hacer. No necesitamos buscar otras consecuencias normativas, o cuasi-normativas, de las promesas.

Y aunque hasta ahora sólo hemos considerado un puñado de casos, empieza a parecer que aquí hay una lección general a desarrollar. Cuando publicamos reglas o hacemos promesas, nuestro objetivo es dar

⁴⁰ Por supuesto, nuestra relación puede ser tal que yo esté obligado a dejar lo que estoy haciendo y llevarlo a usted al médico, ya sea que lo haya prometido o no. En ese caso, mi obligación de llevarlo al médico no sería una consecuencia de mi promesa.

⁴¹ Desde luego, a veces hablamos de las obligaciones promisorias. Aunque las obligaciones promisorias son sólo una especie de las obligaciones morales. Véase Allen Habib, *Promises*, STAN. ENCYCLOPEDIA PHIL. (2014), <http://plato.stanford.edu/entries/promises>[<http://perma.cc/58F7-7MSJ>] (distinguiendo las obligaciones promisorias de “otros tipos de obligaciones morales”). La palabra “promisoria” señala el origen de las obligaciones que surgen de las promesas. No señala que existe un dominio distintivo de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, generado por las promesas, sin tomar en cuenta sus consecuencias morales. Véase el *infra* texto que acompaña a la nota 51.

forma a las normas que gobiernan nuestras vidas. No obstante, no damos forma a esas normas creando, de la nada, nuevos tipos de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, exclusivas de esas actividades. Más bien, damos forma a esas normas al modificar los hechos sociales de manera que tengan consecuencias morales o prudenciales. Si el derecho se parece a las prácticas como publicar reglas y hacer promesas, podríamos esperar que las prácticas jurídicas den forma a las normas que gobiernan nuestras vidas de la misma manera⁴². Es decir, podríamos esperar que las prácticas jurídicas den forma a las normas que gobiernan nuestras vidas modificando los hechos sociales de manera que tengan consecuencias morales y prudenciales; no creando, de la nada, un nuevo tipo de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, exclusiva de la práctica jurídica.

7. Participar en juegos

¿El derecho es similar a prácticas como publicar reglas o hacer promesas? Aquí hay una diferencia que podría parecer importante: las prácticas normativas que hemos analizado hasta ahora tenían como objetivo someter a las personas a normas aisladas o pequeños conjuntos de ellas vagamente relacionadas. Las prácticas jurídicas, sin embargo, buscan someter a las personas a conjuntos amplios de normas que guardan relaciones sistemáticas entre sí. Ahora, deberíamos tener cuidado de no exagerar demasiado esta diferencia, ya que usted puede prometer cumplir un sistema de normas. Por ejemplo, podría prometer seguir los principios del judaísmo ortodoxo. De cualquier manera, todavía hay una diferencia aquí, ya que esos principios no son establecidos por esa promesa; en el mejor de los casos, la promesa establece la norma aislada de que usted debería cumplir esos principios. Nuestras prácticas jurídicas son mucho más ambiciosas que esto. En conjunto, pretenden someter a las personas a sistemas de normas y, de hecho, sistemas que regulan nuestras vidas de manera ubicua. Por ello, nosotros podríamos preguntarnos si el hecho de que las prácticas jurídicas tengan como objetivo someter a las personas a sistemas de normas nos da motivos para pensar que generan su propio dominio distintivo de normatividad.

Por supuesto, las prácticas jurídicas no son el único tipo de actividades que tienen como objetivo someter a las personas a sistemas de normas. Las prácticas que constituyen juegos también lo hacen; y vale la pena pensar en los juegos con cierto detalle, ya que a menudo los filósofos usan a los juegos como

⁴² Jeremy Waldron traza con mayor profundidad la analogía entre las promesas y el derecho en Waldron, *supra* nota 3.

analogías para pensar en el derecho. Podemos trabajar con el ajedrez, que en su forma más organizada es sorprendentemente parecido al derecho. Tiene un organismo rector —la Federación Internacional de Ajedrez (FIA) [*International Chess Federation*— que publica las reglas oficiales (en realidad, se llaman “leyes”), organiza torneos, califica a los árbitros y crea clasificaciones. De manera plausible, todas esas acciones tienen consecuencias normativas. Es decir, de manera plausible afectan las razones que las personas tienen para actuar —moralmente, prudencialmente, o (ya que estamos trabajando con un juego) simplemente con el propósito de divertirse, o una oportunidad para manifestar los tipos de excelencia que hacen posible los juegos como el ajedrez. Con todo, ahora podríamos preguntarnos: aparte de esta clase de consecuencias normativas, ¿las reglas de la FIA generan un dominio específico de normatividad, o cuasi-normatividad, tal que haya razones u obligaciones del tipo FIA que no sean también razones u obligaciones de otras especies?⁴³.

Una vez más, será útil trabajar con un ejemplo, así que intentemos esto. Imagine que usted está en medio de una partida de ajedrez y, sin poner atención, toma un peón con la mano izquierda y lo devuelve al tablero con la derecha. Su oponente objeta. Usted luce confundido y él le explica que las reglas de la FIA disponen que un movimiento debe hacerse con una sola mano. Él tiene razón en eso; en medio de una larga sección que aborda casi todas las preguntas que podrían surgir en relación con el acto de mover piezas en un tablero de ajedrez, las reglas estipulan que “[c]ada movimiento debe hacerse con una sola mano”⁴⁴. Otras reglas en esa sección disponen que un jugador debe anunciar su intención de ajustar cualquier pieza si no planea moverla⁴⁵; mover la primera pieza que deliberadamente toca si es propia⁴⁶; y, si es permitirlo hacerlo, enrocar cuando toque intencionalmente a su rey y la torre⁴⁷. Estas reglas, y varias más que las acompañan, se encuentran relacionadas entre sí. No tendría mucho sentido tener sólo una o dos de ellas, pero en conjunto ayudan a garantizar que un jugador no pueda tantear la reacción de su oponente a un movimiento antes de completarlo. Además, otorgan claridad sobre cuándo un jugador

⁴³ De nuevo, cuando me refiero a reglas de la FIA, aludo al texto que la FIA ha publicado, no a cualquiera de las diferentes normas que pueden ser relacionadas con ese texto. Véase *supra* nota 37.

⁴⁴ *Laws of Chess*, FIDE § 4.1 (Nov. 2008), [http://www.fide.com/component/handbook/?id=124 &view=article](http://www.fide.com/component/handbook/?id=124&view=article) [<http://perma.cc/577J-5BEF>].

⁴⁵ *Id.* § 4.2.

⁴⁶ *Id.* § 4.3a.

⁴⁷ *Id.* § 4.4a.

está comprometido con un movimiento, de modo que no se le permita reevaluarlo. Entonces, cuando su oponente objeta que usted cambió de manos durante un movimiento, él se queja de que no cumplió con un sistema de reglas detalladamente elaborado para mejorar el juego.

Pero, ¿usted realmente incumplió las reglas? Para responder, necesitamos saber más sobre el contexto de la partida. Después de todo, el mero hecho de que la FIA haya publicado reglas para jugar al ajedrez no afecta en sí mismo lo que debe hacer cualquiera que juegue al ajedrez. Sin duda, las reglas de la FIA son reglas que uno podría seguir para jugar una partida de ajedrez. De cualquier manera, no son las únicas de este tipo y hasta que sepamos más sobre el contexto de la partida, no podemos afirmar si las reglas de la FIA tienen alguna consecuencia normativa para usted. Por lo que sabemos, podrían ser como la señal que expresaba: "Deje sus preocupaciones en la puerta". Así que es posible que no respondan en absoluto a la pregunta de qué debería hacer usted.

Por supuesto, es fácil imaginar circunstancias en las cuales las reglas de la FIA tengan consecuencias normativas para usted. Por ejemplo, si está jugando en un torneo regulado por la FIA, presumiblemente usted está obligado a seguir las reglas y, si no lo hace, está sujeto a la sanción correspondiente. Esta obligación se debe en parte a la promulgación de las reglas por la FIA, pero también a su decisión de participar, sabiendo que esas reglas habían sido elegidas para regular el torneo. La imagen se ve bastante diferente si usted está jugando una partida casual con un amigo. Al menos que se reúna con amigos que se tomen muy en serio el ajedrez, es difícil imaginar que cambiar de manos a la mitad de un movimiento esté mal, independientemente de lo que establezcan las reglas de la FIA. Si su amigo se opone, usted lo hará reconsiderar, recordándole que está jugando una partida casual, que no se rige por reglas absolutas. Si él insiste en que no hizo lo que exige la regla, usted puede replicar que esa regla no le exige nada.

Necesitamos analizar esta discusión con cuidado. En cierto sentido, su amigo tiene razón al decir que usted no hizo lo que exige la regla de la FIA. No hizo lo que exige la regla en el sentido de que no cumplió con el estándar que especifica el texto; pero, por supuesto, eso no cuenta como una objeción si usted no tiene motivos para satisfacer ese estándar. En otras palabras, usted puede sostener que la adopción de una regla por parte de la FIA que exige que los jugadores realicen movimientos con una sola mano no tiene consecuencias normativas para las personas que participan en una partida casual de ajedrez; y si insiste con esa afirmación, yo pensaría que tiene la razón. Una partida casual de ajedrez parece más apta para regirse por las reglas ampliamente conocidas del ajedrez que por el conjunto más completo de reglas

de la FIA, en ausencia de un acuerdo previo sobre qué reglas están en juego. Dije antes que las reglas de la FIA mejoran el juego, pero eso sólo será cierto cuando el objetivo de la partida sea jugar de la manera en que las reglas lo facilitan. Si el objetivo es simplemente divertirse, es casi seguro que las apelaciones a las reglas de la FIA se interpondrán en el camino.

Pero una vez más la pregunta no es si todo esto es correcto. La pregunta es si falta algo en mi análisis debido a que no busqué obligaciones no morales del tipo FIA para jugar como dicen las reglas; y una vez más, la respuesta es no. La FIA adoptó una regla que dice que los jugadores de ajedrez deben hacer cada movimiento con una sola mano. Esa regla es parte de un sistema que mejora el juego, al menos para algunos propósitos. Cuando elige jugar en un torneo de ajedrez sancionado por la FIA, usted está obligado a seguirla, pero cuando juega una partida casual de ajedrez, usted no lo está. Como hemos visto repetidamente, podemos manejar estas situaciones muy bien sin suponer que las reglas de la FIA dan lugar a una obligación no moral del tipo FIA de hacer cada movimiento con una sola mano, o que las reglas de la FIA tienen un punto de vista sobre cómo los jugadores deben mover las piezas de ajedrez. Es decir, podemos afrontar estas situaciones muy bien sin suponer que las reglas de la FIA dan lugar a su propio dominio distintivo de normatividad, o incluso de cuasi-normatividad.

De cualquier manera, quiero profundizar un poco más aquí. Cuando la FIA adoptó sus reglas, no generó un nuevo tipo de normatividad. Las reglas de la FIA rigen el comportamiento de las personas sólo en la medida en que ellas tienen razones para seguirlas. No obstante, en algunas circunstancias, podríamos buscar poner entre paréntesis la pregunta de si las personas tienen tales razones y hacer la pregunta más específica de cómo deberían comportarse si las tuvieran. Por ejemplo, podríamos querer imaginar cómo sería una partida de ajedrez si se rigiera por las reglas de la FIA, sin suponer que las reglas de la FIA son de hecho las reglas que rigen. No hay duda de que podemos hacer este tipo de ejercicio y lo hacemos a menudo. Entonces, podríamos pensar que hay una especie de cuasi-normatividad relacionada con las reglas de la FIA. De hecho, podríamos incluso ir tan lejos como para afirmar que las reglas de la FIA tienen un punto de vista sobre cómo deberían jugar al ajedrez las personas: deberían jugar al ajedrez de acuerdo con los estándares que especifican las reglas.

Sin duda, podemos hablar de esta manera. La idea que he tratado de desarrollar es que no necesitamos hablar de esta manera y, por lo general, no lo hacemos. Sin embargo, no deberíamos evitar este tipo de discurso sólo porque es superfluo, deberíamos evitarlo porque corre el riesgo de crear mucha confusión

y quiero explicar aquí por qué. Las reglas de la FIA no existen en el vacío. Ellas tienen una historia y es sólo a la luz de ésta que alguien tiene alguna razón para ocuparse de ellas. El hecho más importante de su historia es, por supuesto, que fueron adoptadas por la FIA. Cuando usted combina ese hecho con otros, puede resultar que una partida de ajedrez en particular se rija por los estándares que expresan las reglas de la FIA. Como dije antes, este parece ser el caso cuando la partida de ajedrez es parte de un torneo de la FIA, en el cual los jugadores eligen participar.

Pero incluso en esas circunstancias, es posible que la partida no se rija por los estándares que expresan las reglas de la FIA. En cambio, la partida puede conducirse por los estándares que la FIA pretendía adoptar, que pueden o no haber sido capturados de manera completa o precisa en el texto que sus autoridades tenían frente a ellas cuando votaron; o puede ser que la partida se rija por los estándares que servirían mejor a los propósitos que tenía la FIA cuando adoptó el texto, incluso si esos estándares son un poco diferentes a los estándares reflejados en el mismo; o puede ser que alguna combinación de estas circunstancias sea cierta, según la fase del juego o el contexto de la partida. Todo esto debería parecer familiar, ya que estas posibilidades también están en juego en los debates sobre la interpretación de las leyes; y aquí, así como allá, la pregunta de qué estándares son los que rigen es una pregunta acerca del significado normativo de un conjunto de hechos sociales. La pregunta es si el acto de adoptar las reglas sometió a las personas a los estándares que expresa el texto de las reglas aprobadas o a algún otro conjunto de estándares, conectados a ese evento de manera diferente⁴⁸.

Por supuesto, no hay razón para pensar que la respuesta a esta pregunta sea siempre la misma. La mayoría de los abogados (aunque no todos) están abiertos a la posibilidad de que un acto legislativo someta a las personas a estándares que podrían no estar reflejados de manera completa o precisa en la ley pertinente. Con los juegos podría haber razones para adoptar el punto de vista opuesto, ya que los participantes podrían tener a su disposición sólo el texto de las reglas, sin más indicios de las intenciones que subyacen a la aprobación de éste. No obstante, uno no tiene que buscar muy lejos los casos en los cuales las personas sostienen que las reglas que rigen un juego no son exactamente las normas que expresa el texto que pretende proporcionar las reglas oficiales del juego⁴⁹.

⁴⁸ Cf. Greenberg, *Legislation as Communication?*, *supra* nota 2, en 217 (que desarrolla una idea similar acerca del derecho).

⁴⁹ Consideremos, por ejemplo, el famoso Incidente de la Resina de Pino [*Pine Tar Incident*] en el béisbol. George Brett salió a batear para los Kansas City Royals, que perdían por una carrera ante los New York Yankees en el final de la novena. Un hombre estaba en juego y dos

No quiero perseguir más ejemplos por la madriguera del conejo. Sin embargo, quiero señalar esto. Comenzamos con la idea de que podríamos poner entre paréntesis la pregunta de si alguien tiene motivos para prestar atención a las reglas de la FIA, de modo que podamos centrarnos en la pregunta más específica de cómo deberían comportarse si lo hacen. El problema con esa manera de proceder es que las razones que tienen las personas para prestar atención a las reglas de la FIA afectan los estándares que rigen su comportamiento. Si decimos que los estándares expresados en las reglas de la FIA constituyen el punto de vista de la FIA en cuanto a cómo se debería jugar al ajedrez, corremos el riesgo de perder la posibilidad de que, al adoptar esas reglas, la FIA en realidad someta a las personas a estándares distintos de los que el texto expresa. Entonces, no sólo es superfluo decir que las reglas de la FIA tienen un punto de vista sobre cómo se debería jugar al ajedrez, sino que también podría ser engañoso en cuanto a las consecuencias normativas de la adopción de esas reglas. Sería mejor preguntar directamente sobre las consecuencias normativas, en lugar de imaginar que se trata de un punto de vista que podría influir o no en lo que las personas deberían hacer. Por lo tanto, la idea no es sólo que podemos manejar muy bien las

fuera. Brett bateó un cuadrangular para dar la ventaja a los Royals. Sin embargo, los árbitros declararon a Brett fuera y el juego terminó cuando el entrenador de los Yankees protestó porque la resina de pino en el bate de Brett —aplicada para mejorar el agarre— se extendía más allá de lo permitido por las reglas. Lee MacPhail, entonces presidente de la Liga Americana, revocó la decisión de los árbitros cuando los Royals protestaron. Él admitió que la interpretación de la regla por parte de los árbitros era "técnicamente defendible", pero llegó a la conclusión de que no era coherente con la "intención o el espíritu de las reglas" que se dejara fuera a un bateador por utilizar un exceso de resina de pino. *Text of League President's Ruling in Brett Bat Case*, N.Y. TIMES, July 29, 1983, [<http://perma.cc/QQ4E-EPCN>]. Además, MacPhail añadió que era importante que los partidos "se ganaran y perdieran en el campo de juego" y no se decidieran por "tecnicismo de las reglas." *Id.* En otras palabras, MacPhail determinó que la norma expresada en el texto de las reglas oficiales no era la que regía.

El ajedrez tiene sus propios ejemplos. La partida final del Women's Chess Championship de 2008 enfrentó a Irina Krush en contra de Anna Zitoniskih. Zitoniskih ganó en un desempate. Krush protestó que Zitoniskih había iniciado ilegalmente sus jugadas antes de que Krush completara las suyas; de ser cierto, eso le habría dado ventaja, ya que el desempate implicaba una forma de ajedrez de velocidad. Así pues, Krush argumentó que el resultado de la partida debía ser anulado. *Véase* Open Letter from Irina Krush to Chess Life Online (30 de mayo de 2008), <http://www.uschess.org/content/view/8475/429> [<http://perma.cc/Y4MH-2HN5>]. En respuesta a quienes sostenían que la conducta de Zitoniskih era aceptable según las reglas de la FIA, Krush argumentó que los detalles de las reglas de la FIA no venían al caso. Escribió: "La realidad es que los ajedrecistas se preparan para los torneos estudiando la Siciliana, no poniéndose al día con las últimas novedades del manual de la USCF/FIA. Por lo tanto, me senté a jugar la partida final con la intención de seguir las únicas reglas que conozco bien: las reglas del 'ajedrez'. Éstas son las reglas que he aprendido observando cómo se comporta la gente en los torneos de ajedrez a lo largo de mis dieciocho años de juego, y éstas son las reglas a las que me apego instintivamente usando mi sentido común y juicio. Es posible que haya que recurrir a las reglas de la FIA o de la USCF de vez en cuando, pero en la mayoría de los casos, la gente se comporta bien apoyándose en las reglas del 'ajedrez'." Final Letter from Irina Krush to Chess Life Online (11 de junio de 2008), <http://www.uschess.org/content/view/8486/463> [<http://perma.cc/4Z54-7MK7>]. Y concluyó: "Mi apelación siempre fue a la equidad y al espíritu de la competición en el ajedrez más que a las minucias de los manuales legales, y por eso no voy a ocupar el tiempo del lector con mi interpretación de la regla 6.8 A de la FIA." *Id.* La protesta de Krush tuvo menos éxito que la de Brett, pero en ambas estaba implícita la posibilidad de que las reglas que rigen un juego no son simplemente las que se expresan en el texto que pretende proporcionar las reglas oficiales.

situaciones imaginadas sin suponer que las reglas de la FIA generan un tipo distintivo de cuasi-normatividad, sino que deberíamos hacerlo.

8. ¿Podemos salir de la botella cazamoscas?

Tenemos suficiente con las prácticas similares al derecho. Ha llegado el momento de ver si podemos encontrar el camino fuera de la botella cazamoscas. Como dije al principio, el debate Hart-Dworkin se basa en la premisa de que las prácticas jurídicas dan lugar a derechos, privilegios, obligaciones y poderes distintivamente jurídicos, los cuales pueden y a menudo difieren de sus contrapartes morales. El debate es sobre cómo se constituye este dominio distintivamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad. De todas formas, si hemos trazado las lecciones correctas a partir de las prácticas normativas que hemos analizado hasta ahora, entonces deberíamos ser escepticos de que el derecho genera un dominio distintivamente jurídico de normatividad, o incluso cuasi-normatividad. El problema es que parece seguro que el derecho sí lo hace. Después de todo, hablamos de nuestras obligaciones jurídicas, las distinguimos de nuestras obligaciones morales y reconocemos que las dos pueden entrar en conflicto, a veces de manera terrible. Todo eso parecería implicar que nuestras prácticas jurídicas generan un dominio distintivamente jurídico de normatividad, o al menos cuasi-normatividad. A no ser que, por supuesto, haya otras explicaciones de nuestra inclinación a hablar de ese modo.

Creo que hay otras explicaciones y mi plan para esta parte es sugerir varias. Pero permítanme decir desde el principio que no creo que estas sean las únicas explicaciones; las destaco porque me parecen relativamente importantes. Empecemos asumiendo que nuestras prácticas jurídicas son similares a las prácticas normativas que hemos examinado hasta ahora, en el sentido de que no generan su propio dominio específico de normatividad, o incluso cuasi-normatividad. Lo que espero mostrar es que incluso si eso es cierto, todavía tendríamos buenas razones para hablar de nuestras obligaciones jurídicas, distinguirlas de nuestras obligaciones morales y reconocer que las dos pueden entrar en conflicto, a veces de manera terrible. Si tengo razón acerca de eso, entonces el motivo principal que tenemos para pensar que existe un dominio específicamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, se verá seriamente debilitado, si no es que completamente viciado.

Veámoslo desde arriba. ¿Por qué hablaríamos de obligaciones jurídicas si no existe un dominio estrictamente jurídico de normatividad o cuasi-normatividad? Bueno, casi nadie duda de que nuestras

prácticas jurídicas pueden y, a menudo, generan obligaciones morales⁵⁰. Además, las obligaciones morales que nuestras prácticas jurídicas generan son, en un sentido importante, obligaciones jurídicas. Esto es porque son obligaciones que no tendríamos de no ser por nuestras prácticas jurídicas. Todo el tiempo marcamos nuestras obligaciones por el lugar del que provienen. Si usted se va a perder la fiesta de un amigo para cuidar a su abuela, podría explicar su ausencia diciendo que tiene una obligación familiar. Cuando hace eso, usted no está sugiriendo que la familia tiene su propio dominio estricto de normatividad, o cuasi-normatividad, relacionado con ella. Más bien, señala que tiene una obligación de tipo moral ordinaria, la cual surge en el contexto de su familia.

Lo mismo hacemos con las obligaciones que nacen de las promesas. Las llamamos obligaciones promisorias, no porque estemos sugiriendo que las promesas generan un dominio distintivo de normatividad, sino porque estamos señalando la fuente de las obligaciones en cuestión. Dado que muchas veces es útil marcar las fuentes de nuestras obligaciones, hay muchas razones para pensar que haríamos lo mismo con el derecho. ¿Cuáles de nuestras obligaciones morales calificaríamos como jurídicas? Bueno, si intentáramos señalar la fuente, seguramente el primer criterio sería que la obligación se generó por nuestras prácticas jurídicas. Sin embargo, el caso de las obligaciones promisorias sugiere que podríamos etiquetar una clase más estrecha de obligaciones como “jurídicas”. Después de todo, no etiquetamos todas las obligaciones que las promesas generan como “obligaciones promisorias”. Para usar nuestro ejemplo anterior, si yo prometo matar a su primo, usted podría estar obligado a entregarme. Esa es una obligación generada por mi promesa, mas no la llamaríamos obligación promisorias. Mejor dicho, parece que restringimos esa etiqueta a aquellas obligaciones que se generan del modo en que la práctica crea obligaciones de forma característica; en el caso de prometer, tendemos a restringir la etiqueta “promisorias” a las obligaciones de hacer lo que se prometió hacer. Entonces, podríamos esperar que reservemos la etiqueta “jurídica” para las obligaciones morales que son generadas del modo en que la práctica jurídica crea obligaciones de forma característica. Al igual que con las promesas, esperaríamos que no cuenten como jurídicas las obligaciones de impedir o frustrar leyes moralmente injustas⁵¹; no

⁵⁰ Sospecho que las únicas excepciones aquí son las de aquellos que dudan que existan cosas tales como las obligaciones morales, debido a que si usted cree que existen, sería raro mantener la postura de que las prácticas jurídicas jamás podrían generarlas.

⁵¹ El enfoque sugerido en este párrafo es similar al propuesto por Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2. Greenberg arguye que las obligaciones jurídicas son las obligaciones morales creadas por las acciones de las instituciones jurídicas de las formas jurídicamente apropiadas; y ofrece una explicación preliminar de qué cuenta como jurídicamente apropiado, la cual excluiría a las obligaciones de frustrar o mitigar las normas moralmente inocuas. *Id.* en 1321-23. Pienso que la explicación está bien hasta dónde llega;

obstante, la obligación de no conducir más rápido que el límite velocidad probablemente lo sería. No emprenderé la tarea de trazar este límite con mayor precisión, porque no es obvio que algo dependa de cómo se trace y podemos bosquejarlo de diversas maneras para diferentes propósitos. Por ejemplo, en lugar de usar la etiqueta "jurídica" para señalar el origen de una obligación, a veces podríamos querer usarla para señalar el tipo de instituciones que podrían llamarnos a rendir cuentas por no cumplirla. Eso significa que podríamos colocar la etiqueta "jurídica" en diferentes obligaciones en distintos momentos, dependiendo de lo que estemos tratando de comunicar. Aún así, la idea general permanece: incluso si no hubiera obligaciones distintivamente jurídicas, todavía tendríamos buenas razones para considerar algunas de nuestras obligaciones como jurídicas.

¿Pero tendríamos alguna razón para distinguir nuestras obligaciones jurídicas de nuestras obligaciones morales? Podría parecer que no la tendríamos, puesto que en esta perspectiva las obligaciones jurídicas son sólo una especie de obligaciones morales. No obstante, eso no es del todo correcto, ya que bien podría ser útil distinguir las obligaciones morales que son jurídicas de las obligaciones morales que son meramente morales. Un ejemplo podría ayudar aquí. Supongamos que usted piensa que está moralmente obligado a contribuir con una parte justa a los esfuerzos de la comunidad para ayudar a las personas pobres. Ahora, suponga que la legislatura de su estado ha adoptado un impuesto especial, con el plan de que los fondos recaudados sean empleados en la mitigación de la pobreza. El resultado es que el impuesto exige demasiado poco a personas tan adineradas como usted, con la consecuencia final de que los programas de lucha contra la pobreza no se financiarán adecuadamente.

Mi suposición es que pensaríamos que usted estaría moralmente obligado a pagar el impuesto. Después de todo, usted está obligado a contribuir con los tipos de programas que los ingresos recaudados fundearán y esta clase de esfuerzo coordinado es probablemente mucho más efectivo que cualquier acción que usted podría tomar por su cuenta. Además, esta obligación moral sería una obligación jurídica en el sentido recién explicado, ya que su fuente se encontraría en la práctica jurídica. Con todo, su obligación jurídica de pagar el impuesto no desplazaría por completo su obligación moral de contribuir con una parte justa al apoyo de las personas pobres; ya que, por hipótesis, el derecho exige sólo una

sin embargo, como discuto más adelante, dudo que la fórmula de Greenberg capture el dominio de lo jurídico de manera completa, porque en parte pienso que los límites de ese dominio cambian con los propósitos que tengamos al describirlo.

porción de la parte justa. Eso significa que hay una advertencia moral: usted tiene la obligación moral de hacer más en el beneficio de las personas pobres de lo que el derecho exige. Ahora bien, es posible que la existencia de esta advertencia sea una razón para aumentar el impuesto, aunque quizás no. Algunas veces hay buenas razones para que el derecho exija menos de las personas de lo que moralmente están obligadas a hacer, pero no tenemos que preocuparnos de eso aquí. Por ahora, la idea es que podemos decir todo esto y más incluso sin suponer una sola vez que existe un dominio distintivamente jurídico de normatividad, o incluso cuasi-normatividad, al cual se refiera nuestra conversación sobre las obligaciones jurídicas.

Mi sospecha es que podemos manejar muchas de las distinciones que trazamos entre nuestras obligaciones jurídicas y nuestras obligaciones morales de la manera que acabamos de sugerir⁵². Sin embargo, eso todavía deja los casos difíciles. No sólo distinguimos las obligaciones jurídicas y morales; a veces afirmamos que entran en conflicto y, peor aún, de vez en cuando aseveramos que las personas tienen la obligación jurídica de hacer cosas que son moralmente repugnantes. ¿Habláramos de esa manera si las prácticas jurídicas no generaran un dominio estrictamente jurídico de normatividad, o al menos cuasi-normatividad? Pienso que sí lo haríamos. Los casos ordinarios de conflicto no son tan difíciles, puesto que nuestras obligaciones morales se encuentran en disputa entre sí todo el tiempo. Supongamos que le he prometido a mi hijo que lo llevaré al cine el sábado por la tarde, pero, cuando llega el momento, mi madre está enferma y yo soy la única persona disponible para llevarla al médico. Aquí, yo tengo la obligación de llevar a mi hijo al cine y la obligación de llevar a mi madre al médico. Seguramente la segunda obligación tendría prioridad sobre la primera, aunque ambas obligaciones serían genuinas y tendría que disculparme con mi hijo por no ir al cine y compensarlo en una fecha futura. Esta clase de conflictos son rutinarios y no hay motivo para dudar que las prácticas jurídicas los producen. Es decir, no hay motivo que nos cuestione que las obligaciones morales cuyo origen se encuentra en la

⁵² ¿Qué ocurre en el caso contrario, en el que el impuesto exige más de lo que la gente tiene la obligación de pagar en apoyo de las personas pobres? En muchos de esos casos, supongo que todavía consideramos que es moralmente obligatorio pagar el impuesto. El compromiso común reflejado en la ley podría convertir algo que es moralmente opcional en algo moralmente obligatorio, de la misma manera que lo hacen a menudo las promesas; y cuando esto suceda, la obligación moral de pagar el impuesto será una obligación jurídica, tanto en el sentido de que su origen se encuentra en la práctica jurídica, como en el sentido de que las instituciones jurídicas pueden llamarlo a usted a rendir cuentas por no cumplirla. En el raro caso de que el cometido sea tan confiscatorio como para ser moralmente prohibido, deberíamos concluir que no hay una obligación moral de pagar el impuesto y, por lo tanto, tampoco una obligación jurídica. De cualquier manera, por las razones que explico a continuación, puede ser conveniente que hablemos y actuemos como si existiera una obligación jurídica de pagar el impuesto.

práctica jurídica algunas veces entran en conflicto con las obligaciones morales cuya fuente se encuentra en otra parte.

Todo eso parece bastante sencillo. Los casos difíciles son aquellos en los cuales parece que tenemos la obligación jurídica de hacer algo moralmente repugnante. Si existen obligaciones jurídicas genuinas de hacer cosas que posiblemente las personas no tendrían una obligación moral de hacer, entonces estamos atrapados en la botella cazamoscas, en tanto que aquello implicaría que hay una clase de obligaciones distintivamente jurídicas cuya metafísica necesitamos descifrar. De cualquier manera, no creo que el hecho de que en algunas ocasiones hablemos como si se presentaran tales casos exija que concluyamos que existe un dominio distintivamente jurídico de normatividad, o incluso cuasi-normatividad. Como resultado, habría una buena razón para hablar de esa manera incluso si no los hubiera, aunque tomará un poco de esfuerzo explicar por qué.

En nuestra vida cotidiana utilizamos un conjunto de heurísticas, o hipótesis [*working theories*], para identificar nuestras obligaciones morales. Por ejemplo, nos decimos que estamos obligados a cumplir nuestras promesas y esa es una guía útil para nuestras responsabilidades, aunque un momento de reflexión nos revele que es una evidente simplificación. Lo mismo ocurre con el derecho. Tenemos una hipótesis sobre cómo es que nuestras prácticas jurídicas generan obligaciones jurídicas. No estamos de acuerdo en todos los detalles y hay casos marginales respecto de los cuales no estamos seguros; no obstante, tenemos una hipótesis para reconocer cuando nuestras prácticas jurídicas han generado una obligación, sin necesidad de investigar mucho los detalles. Aquí, por ejemplo, nosotros tendemos a pensar que los jueces están obligados a hacer cumplir las leyes que son debidamente promulgadas. Por supuesto, hay excepciones; los jueces no deben hacer cumplir las leyes que son inconstitucionales y puede haber inquietudes en relación con la justicia que los justifiquen a negarse a hacer cumplir leyes particulares en casos específicos. Aunque en general, cuando vemos que una ley ha sido debidamente promulgada, adoptamos rápidamente el juicio de que sería un error que un juez la ignorara. Sin embargo, de vez en cuando, surgen hechos que confunden nuestra hipótesis. A veces, el poder legislativo aprueba una ley que es tan moralmente repugnante que ningún juez debería hacerla cumplir.

Ahora bien, se podría pensar que confrontar casos como éste, o incluso simplemente anticiparlos, debería llevarnos a modificar nuestra hipótesis. En lugar de sostener que los jueces están jurídicamente obligados a hacer cumplir las leyes debidamente promulgadas, deberíamos afirmar que los jueces están obligados a hacer cumplir las leyes debidamente promulgadas, a menos que sean moralmente repugnantes. No obstante, hay razones para resistirse a modificar nuestra hipótesis de ese modo. Para empezar, si los jueces se consideran libres para ignorar las leyes moralmente repugnantes, entonces podrían abusar de esa libertad. Ellos podrían ignorar leyes que sólo son meramente erróneas desde el punto de vista moral, pero no tan repugnantes como para que no deban cumplirse. Peor aún, ellos podrían ignorar las leyes que simplemente no les gustan. Otra razón es que quizás no queramos cultivar en nuestros jueces la idea de que actúen como árbitros morales de lo que la legislatura ha hecho⁵³. El resultado es que incluso si pensamos que hay leyes que son tan moralmente repugnantes que no deberían aplicarse, es posible que no queramos enmarcar las responsabilidades morales de los jueces de esa manera. Así, nuestra hipótesis a veces puede sugerir que un juez tiene la obligación jurídica de aplicar una ley que es tan moralmente repugnante que no debería hacerse cumplir. Debido a que existe una brecha entre nuestra hipótesis sobre el papel de un juez y nuestro análisis caso por caso acerca de qué leyes deben hacerse cumplir, somos propensos a decir que un juez tiene la obligación jurídica de hacer algo que moralmente, considerado en los méritos, no debería hacerlo. De cualquier forma, hay buenas razones para interpretar el papel de un juez de esa manera.

En un momento ilustraré esto de manera más concreta. Pero primero quiero trazar una analogía que podría afinar nuestro sentido del fenómeno moral que estoy tratando de capturar. Como padre, me considero obligado a amar y apoyar a mis hijos. Por supuesto, si dejo mi papel y pienso las cosas de un modo claro —o tal vez si sólo pienso en algún otro padre y sus hijos—, entonces reconozco que hay límites para esa obligación. Algunos individuos son monstruos morales, que no son sujetos propios de amor; y algunas personas persiguen proyectos tan repugnantes que no merecen apoyo de ninguna clase, ni siquiera de sus padres. Sin embargo, cuando vuelvo a mi papel de padre, considero que sería un grave error enmarcar mi obligación de amar y apoyar a mis hijos de una manera más limitada. Sería un error

⁵³ Si la postura que estoy proponiendo es correcta, entonces, en efecto, los jueces necesitan pensar en las consecuencias morales que ha tenido la legislación —en particular, necesitan decidir cómo es que la ley afecta los derechos de las partes que se presentan ante ellos. Pero esa es una tarea que puede ser asumida en distintos registros, y podríamos desear que ellos se acerquen a esta tarea con humildad y deferencia al juicio de un grupo electo.

de mi parte decirme: “Voy a amar y apoyar a estos niños mientras no sean moralmente repugnantes”. Además, sería un error aún peor decirles a ellos algo así. Mis hijos deben pensar que mi amor y apoyo son incondicionales, aunque, en última instancia, no lo sean. Por otro lado, ni siquiera debería considerar la idea de que mis hijos pudieran provocar las condiciones bajo las cuales yo debería retirar, y retiraría, mi amor y apoyo. El resultado es que interpreto mi papel como padre para imponer obligaciones morales que, estrictamente hablando, no tengo. De cualquier manera, hay contundentes razones morales para hacerlo así y todos estamos mejor por ello.

Creo que este fenómeno también está presente en el derecho, aunque las razones para resistirse a las caracterizaciones más precisas de las obligaciones de la gente son diferentes. Permítanme regresar al bien conocido ejemplo de la Ley de Esclavos Fugitivos para ver si puedo mostrar lo que quiero decir. La Ley era tan repugnante como cualquier otra ley podría ser y podemos suponer que nadie podría estar bajo la obligación moral de hacer las cosas terribles que exigía. Aun así, nos parece apropiado decir que aquellos individuos sujetos a la Ley tenían una obligación jurídica de hacer lo que ésta exigía, y eso hace parecer que las obligaciones jurídicas simplemente no pueden ser obligaciones morales. Sin embargo, no creo que eso sea correcto.

Cualesquiera que sean sus fallas morales, la Ley de Esclavos Fugitivos fue una ley debidamente promulgada y nuestra hipótesis es que los policías federales están jurídicamente obligados a hacer cumplir tales leyes. Ahora, desde donde estamos parados, podemos ver claramente que no hubo obligación moral de hacer cumplir esta ley en particular, lo que significa que tampoco podría haber una obligación jurídica de hacerla cumplir, en tanto que estamos suponiendo que las obligaciones jurídicas son sólo obligaciones morales generadas por la práctica jurídica. Nosotros podríamos responder a este problema revisando nuestra hipótesis sobre el papel de los policías federales y sostener que ellos tienen la obligación de hacer cumplir las leyes debidamente promulgadas, salvo que sean moralmente repugnantes. Sin embargo, tenemos razones para resistirnos a enmarcar las responsabilidades de los policías federales de ese modo. Como antes, no queremos que los policías federales se conciban a sí mismos como árbitros morales de las leyes del Congreso; queremos que aborden sus trabajos con humildad y deferencia. Incluso más que eso, queremos que experimenten un dilema cuando se encuentren con una ley que ellos piensen no deben hacer cumplir. Nos gustaría que los policías federales tuvieran la

idea de que no es su función decidir si se debiera hacer cumplir una ley, aun cuando también esperamos que reconozcan que hay ocasiones para dejar a un lado su papel y se nieguen a cumplir una ley.

Si tuviera que resumir la idea que estoy tratando de construir, diría esto: con frecuencia tenemos razones para ser moralmente obtusos acerca de nuestras obligaciones morales. Nosotros deberíamos considerar que tenemos una obligación moral de amar y apoyar a nuestros hijos incondicionalmente, incluso si, con una reflexión seria, nos damos cuenta de que nadie podría tener tal obligación. Además, en algunas ocasiones deberíamos considerar que somos sujetos de obligaciones jurídicas de hacer cosas que podríamos no tener una obligación moral de hacer, aun cuando la obligación jurídica es una especie de obligación moral. El resultado es que incluso si nuestras prácticas jurídicas no crean un dominio distintivamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, todavía habría buenas razones para considerarnos como sujetos a obligaciones jurídicas de hacer cosas que moralmente no deberíamos hacer.

Pongamos todo esto junto y podemos comenzar a ver un camino fuera de la botella cazamoscas. Nos hemos quedado atrapados dentro porque parecía que teníamos que plantear un dominio estrictamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, para dar sentido a la forma con la cual hablamos del derecho. No obstante, eso es un error. Aun cuando las prácticas jurídicas no dieran lugar a un dominio estrictamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, todavía tendríamos buenas razones para hablar de nuestras obligaciones jurídicas, distinguirlas de nuestras obligaciones morales y reconocer que las dos pueden entrar en conflicto, a veces de manera terrible. Eso significa que el supuesto para pensar que existe un dominio estrictamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, puede no estar basado en la forma con la cual hablamos del derecho.

9. ¿Deberíamos salir de la botella cazamoscas?

No puedo demostrar que no existen derechos, obligaciones, privilegios y poderes distintivamente jurídicos. Todo lo que puedo hacer es invitarlos a probar ese punto de vista y apreciar sus virtudes. Quiero destacar tres aquí.

En primer lugar, si negamos que el derecho genera un dominio distintivamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, entonces podemos representar al derecho de manera similar a las otras prácticas normativas que hemos examinado, como publicar reglas y hacer promesas. Al menos, cualquiera que

quisiera defender la idea de que el derecho genera su propio dominio distintivo de normatividad, o cuasi-normatividad, debe explicar por qué el derecho es diferente de estos otros tipos de prácticas normativas, y eso será difícil de hacer. Como vimos con los supuestos de las casas en renta, podemos crear con bastante rapidez prácticas normativas complicadas que no consideramos que dan lugar a su propio dominio distintivo de normatividad, o cuasi-normatividad. Así que la complejidad no será la respuesta. Además, nuestro análisis de los juegos nos enseñó que la naturaleza sistemática del derecho tampoco lo será. Es difícil ver qué es lo que queda y que podría diferenciar al derecho.

En segundo lugar, la perspectiva que propongo es libre [*spare*] de carga ontológica. De hecho, podríamos pensar en ella como una especie de eliminativismo, ya que niega la existencia de una entidad —un dominio estrictamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad— que las perspectivas más tradicionales presuponen⁵⁴. Es más, la perspectiva es libre de carga ontológica de una forma bienvenida. Si negamos que las prácticas jurídicas dan lugar a un dominio estrictamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, nos liberamos de la carga de explicar exactamente qué es ese dominio y cómo se constituye su contenido⁵⁵. En otras palabras, nos relevamos de la carga de defender una postura en el debate Hart-Dworkin. Por supuesto, esa no es una razón suficiente para negar que el derecho produce

⁵⁴ Liam Murphy planteó una vez la posibilidad de una posición eliminativista más fuerte de la que se ofrece aquí. Véase Liam Murphy, *Better To See Law This Way*, 83 N.Y.U. L. REV. 1088, 1104-08 (2008). Murphy sugirió que podríamos hacer a un lado lo que Dworkin llamó el *concepto doctrinal* de derecho, que es el concepto en discusión cuando hacemos afirmaciones sobre lo que el derecho “exige, o prohíbe, o permite, o crea”. DWORKIN, *supra* nota 34, en 2. [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2007: 12]. Murphy descartó este tipo de eliminativismo sobre la base de que requeriría demasiada revisión de nuestro discurso ordinario. Véase Murphy, *supra*, en 1104-08. Él observó que es importante que podamos hablar, por ejemplo, de lo que el derecho exige y de lo que no, una distinción que él pensaba perderíamos si tiráramos por la borda el concepto doctrinal de derecho. *Id.*

Seguramente Murphy tiene razón al pensar que necesitamos poder hablar sobre lo que el derecho exige y no estoy sugiriendo que nos detengamos. Lo que quiero eliminar es la idea de que existe un dominio estrictamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, al que apelamos cuando hacemos afirmaciones acerca de lo que el derecho exige. En la perspectiva que he presentado, podemos hablar de lo que el derecho exige; es sólo que cuando lo hacemos, ofrecemos afirmaciones morales o prudenciales. También podemos superar las otras preocupaciones que Murphy planteó sobre su propuesta eliminativista. Por ejemplo, podemos distinguir “entre cómo debe razonar un juez cuando debe hacer cumplir el derecho y cómo debe razonar en aquellas circunstancias que justifican no hacer cumplir el derecho”. *Id.* en 1107. Sólo necesitamos suponer que existen responsabilidades morales distintivas relacionadas con algunas funciones y también razones morales para que las personas que ocupan esas funciones se aparten de ellas en algunas ocasiones. Además, podemos dar cuenta del hecho de que los jueces crean que su “primera obligación” es “identificar qué establece el derecho y aplicarlo”. *Id.* en 1106. En el caso normal, podríamos pensar, la moralidad ordena que un juez identifique los estándares que su función exige que aplique, y sólo entonces preguntar si hay razones para actuar fuera de su función.

⁵⁵ David Enoch sugiere que no hay una diferencia importante entre decir (a) que las razones jurídicas no son razones reales y (b) que no existen razones jurídicas. Véase David Enoch, *Reason-Giving and the Law*, en OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW 1, 16-19 (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011). Pero aquí hay una diferencia importante. Cuando usted dice que las razones jurídicas no son razones reales, nos debe dar una explicación de lo que son, ya que la afirmación es que no son lo que pretenden ser. Si, en cambio, usted dice que no existen razones jurídicas, entonces no se enfrenta a esa carga, aunque podría asumir una diferente: explicar por qué la gente a veces habla como si las hubiera. Así que la elección entre (a) y (b) no es, como sugiere Enoch, una elección entre dos maneras diferentes de decir lo mismo.

derechos, obligaciones, privilegios y poderes estrictamente jurídicos. Pero es una buena consecuencia de llegar a esa conclusión por otros motivos.

En tercer lugar, y quizás lo más importante, adoptar el punto de vista eliminativista nos permite aprovechar lo mejor que el positivismo y el antipositivismo tienen para ofrecer. En una ocasión, Joseph Raz expuso que Hart era “el heredero y adalid dentro de una gran tradición en la filosofía del derecho, con una perspectiva realista y carente de romanticismo” debido a que “[c]onsidera la existencia y el contenido del derecho como una cuestión de hecho social, cuya conexión con la moral o cualquier otro valor es contingente y precaria”⁵⁶. De manera muy parecida, la perspectiva eliminativista que he propuesto es realista y poco romántica⁵⁷. Ésta permite que cualquier ley particular, o sistema jurídico, pueda estar completamente desprovista de mérito moral o, peor que eso, ser moralmente repugnante. Es una perspectiva a partir de la cual podemos respaldar una versión del eslogan positivista: “[L]a existencia del derecho es una cosa, su mérito o demérito moral otra muy distinta”⁵⁸. Además, es una perspectiva que nos permite conversar claramente acerca de la diferencia entre la forma en que son nuestras prácticas jurídicas y el modo del que deberían ser.

Lo que distingue a la perspectiva eliminativista del positivismo es su insistencia en que la pregunta de cuáles derechos, obligaciones, privilegios y poderes son producidos por nuestras prácticas jurídicas constituye una pregunta moral. Por supuesto, la mayoría de los positivistas estarían de acuerdo en que, en última instancia, la pregunta de qué debería hacer alguien —persona común, abogado o funcionario jurídico— a la luz de nuestras prácticas jurídicas es una pregunta moral⁵⁹. Ellos simplemente insisten en que nuestras prácticas jurídicas producen derechos, obligaciones, privilegios y poderes estrictamente jurídicos que se encuentran separados de cualesquiera derechos, obligaciones, privilegios y poderes morales que ellas generen. Sin embargo, esa insistencia es misteriosa, por todas las razones que hemos

⁵⁶ RAZ, *supra* nota 32, en 194. [Cita tomada de la versión en español de Raz, 2001: 227].

⁵⁷ No es realista ni romántica exactamente en el mismo sentido, ya que la perspectiva eliminativista sostiene que nuestras obligaciones jurídicas son obligaciones morales. Sin embargo, está bastante cerca, debido a que la perspectiva eliminativista sostiene que el contenido de las *leyes* (en oposición al contenido *del derecho*) es una cuestión de hechos sociales.

⁵⁸ SHAPIRO, *supra* nota 8, en 101 [Cita tomada de la versión en español de Shapiro, 2014: 140]; véase también HART, *supra* nota 9, en 210-11.

⁵⁹ Véase, e.g., JOSEPH RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION: ON THE THEORY OF LAW AND PRACTICAL REASON cap. 7 (2009).

explorado hasta ahora; y no es necesaria, en tanto podemos sostener una perspectiva realista y poco romántica del derecho sin ella.

Si el positivismo está en su mejor versión cuando enfatiza que el derecho es una práctica social con un mérito moral contingente, el antipositivismo está en su mejor versión cuando explica el papel que desempeña la moralidad en esa práctica. Las personas entran en desacuerdo acerca de lo que el derecho establece. De cualquier forma, ellas piensan que el derecho impone determinadas exigencias, a pesar del hecho de no estar de acuerdo sobre cuáles son. Al sostener que las obligaciones jurídicas son una especie de obligaciones morales, el eliminativismo reivindica la sugerencia de Dworkin de que las personas desacuerdan acerca de lo que el derecho exige porque no están de acuerdo sobre la importancia moral de nuestras prácticas jurídicas. La única diferencia es que Dworkin le otorgó a la moralidad un papel para desempeñar en la determinación del contenido de derechos, obligaciones, privilegios y poderes distintivamente jurídicos, mientras que la perspectiva eliminativista niega que haya un dominio distintivo de normatividad jurídica por determinar. Pero esa diferencia no afecta la explicación que Dworkin ofreció del papel que desempeña la moralidad en la práctica jurídica.

El camino para salir de la botella cazamoscas debería ser atractivo tanto para los positivistas como para los antipositivistas. Éste honra los compromisos centrales de ambos, al tiempo que evita los problemas que afectan los esfuerzos por reivindicar uno sobre el otro. Quizás no haya que dejar la botella cazamoscas, pero es cada vez más difícil ver por qué deberíamos permanecer en ella.

10. Conclusión: el fin de la filosofía del derecho

Prometí alguna historia —y también un nuevo fin para la filosofía del derecho. Así que permitanme cerrar con algunas reflexiones sobre dónde ha estado la filosofía del derecho y una sugerencia de por dónde debería ir. Durante mucho tiempo, la filosofía del derecho se ha centrado en la pregunta planteada en el debate Hart-Dworkin —no exclusivamente, por supuesto, pero sí de manera principal. La premisa de ese debate es que nuestras prácticas jurídicas generan derechos, obligaciones, privilegios y poderes distintivamente jurídicos; la pregunta es cómo se constituyen. En *The Concept of Law*, Hart propuso una respuesta. Cuando Dworkin apareció por primera vez en escena, desafió la respuesta de Hart, pero no discrepó de la pregunta. En *The Model of Rules*, Dworkin presupuso que existe un dominio estrictamente

jurídico de normatividad⁶⁰. Simplemente argumentó que Hart estaba equivocado acerca de su contenido y cómo estaba constituido. Hart había aseverado que el derecho está compuesto de reglas, aunque Dworkin argumentó que el derecho también contiene principios⁶¹. Hart había afirmado que las reglas jurídicas eran distinguidas por una regla de reconocimiento socialmente constituida, aunque Dworkin rechazó la idea de que al apelar a una regla maestra alguien podría distinguir los estándares jurídicos de una comunidad de sus otros estándares⁶².

Cuando Dworkin escribió *The Model of Rules II*, él tenía una objeción muy diferente para Hart, una objeción que prefigura la posición defendida en este ensayo⁶³. Hart había argumentado que las reglas sociales son constituidas por prácticas sociales. Si los hombres regularmente se quitan el sombrero cuando entran a una iglesia, consideran que esa regularidad ofrece un estándar de comportamiento y se critican unos a otros por las desviaciones respecto de ese estándar, entonces hay una regla que exige que los hombres se quitan el sombrero cuando entren a la iglesia⁶⁴. Sin embargo, Dworkin señaló que Hart había establecido la conexión entre la práctica y la regla completamente mal. Él escribió:

Es verdad que con frecuencia los juicios normativos suponen una práctica social como parte esencial de los fundamentos del juicio en cuestión [...]. Pero la teoría de la norma social concibe erróneamente la relación. Cree que la práctica social *constituye* una norma que el juicio normativo acepta; en realidad, la práctica social ayuda a *justificar* una norma que el juicio normativo enuncia. El hecho de que exista la práctica de quitarse el sombrero justifica que se afirme en ese sentido una regla normativa, no porque la práctica constituya una regla que el juicio normativo describe y respalda, sino porque crea maneras de infringir y genera el tipo de expectativas que constituyen el terreno adecuado para afirmar que uno se debe quitar el sombrero en la iglesia, o para afirmar como regla normativa que ése es su deber⁶⁵.

Tomemos un momento para asimilar lo siguiente: las prácticas sociales no constituyen reglas sociales, las cuales primero identificamos y luego aprobamos o rechazamos. Más bien, ellas ayudan a justificar

⁶⁰ Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14 (1967).

⁶¹ *Id.* en 23-29.

⁶² *Id.* en 45.

⁶³ DWORKIN, *supra* nota 7, cap. 3.

⁶⁴ HART, *supra* nota 9, en 55-58.

⁶⁵ DWORKIN, *supra* nota 7, en 57. [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2012: 116].

reglas normativas y el desafío es descubrir cuáles reglas ayudan a justificar⁶⁶. Dworkin resaltó esta idea un par de párrafos más adelante, mientras imaginaba un debate sobre si los padres deben quitarles el gorro a los bebés varones en la iglesia.

Es verdad que [entre los feligreses] [...] la disputa asumirá la forma de una discusión sobre lo que exige “la regla” referente a usar sombrero en la iglesia. Pero aquí no se hace referencia a la regla constituida por el comportamiento común, es decir, una norma social, sino a la regla que se justifica por el comportamiento común, es decir, una regla normativa. Lo que discuten es precisamente qué es *esa* regla⁶⁷.

La idea en estos pasajes es la misma en la que he estado insistiendo desde el principio. Nuestras prácticas sociales no dan lugar a nuevos tipos de normatividad; más bien, justifican nuevos juicios normativos del antiguo tipo conocido. Esto es cierto incluso cuando la práctica social en cuestión implica postular reglas. Como Dworkin lo expone:

La teoría de la norma social fracasa porque insiste en que una práctica debe tener el mismo *contenido* que la norma que los individuos afirman en su nombre. Pero si suponemos simplemente que una práctica puede justificar una norma, entonces la norma así justificada puede o no tener el mismo contenido de la práctica; su contenido puede ser más restringido que el de la práctica o puede trascenderlo⁶⁸.

Hemos visto que esto es cierto una y otra vez con las prácticas sociales que hemos analizado. Las reglas publicadas en una casa en renta pueden o no generar obligaciones de realizar lo ordenado. Una promesa puede o no generar una obligación de hacer lo prometido. Escribir las reglas de un juego podría o no generar una obligación de jugar de la manera en que ellas establecen y la promulgación de una ley podría o no generar una obligación de hacer lo que exige. Todo depende del contenido y el contexto de la práctica, y las obligaciones que son justificadas por las prácticas pueden ir más allá o ser más limitadas que las obligaciones que se postulan en ellas. De cualquier manera, tenemos razón para preocuparnos de

⁶⁶ Para más sobre esta idea, véase Nicos Stravropoulos, *Words and Obligations*, en *READING HLA HART'S THE CONCEPT OF LAW* 123, 126-33 (Luís Duarte d'Almeida et al. eds., 2013).

⁶⁷ DWORKIN, *supra* nota 7, en 58. [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2012: 117].

⁶⁸ *Id.* [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2012: 116-17].

las obligaciones que nuestras prácticas justifican; cualquier interés que tengamos en las obligaciones que se postulan en ellas es, en el mejor de los casos, derivado.

En mi opinión, las observaciones de Dworkin en las páginas iniciales *The Model of Rules II* constituyen la contribución más aguda que alguien haya hecho al debate Hart-Dworkin, pero las olvidó casi tan pronto como las escribió, o tal vez nunca apreció la importancia de lo que inicialmente había dicho⁶⁹. En el momento en que escribió *Law's Empire*, Dworkin volvió al marco de Hart, tratando de establecer la relación entre nuestras prácticas jurídicas y un dominio distintivamente jurídico de normatividad. Sin duda, él tenía una respuesta diferente a la de Hart. Dworkin afirmó que la moralidad desempeñaba un papel en la determinación de nuestros derechos, obligaciones, privilegios y poderes distintivamente jurídicos. Con todo, él asumió que había un dominio distintivamente jurídico de normatividad.

Fue sólo al final de su vida que Dworkin se dio cuenta de su error. En *Justice for Hedgehogs*, expuso que nunca debió aceptar una imagen de “dos sistemas”, en la que “[d]erecho y [m]oral describen diferentes colecciones de normas”⁷⁰. En su lugar, dijo, debió haber insistido en la imagen de un solo sistema, que haría del derecho una rama de la moralidad. A grandes rasgos, Dworkin expuso que el derecho es la rama de la moralidad que se ocupa de los derechos que las personas tienen la facultad de hacer efectivos bajo pedido en los tribunales⁷¹. Aunque no lo hizo, él podría haber agregado que esos derechos no son constituidos por nuestras prácticas jurídicas, sino más bien justificados por ellas. La tarea de los tribunales es descifrar qué derechos y obligaciones están justificados por nuestras prácticas jurídicas; y esos derechos pueden ir más allá o ser más limitados que los derechos y las obligaciones que se postulan en ellas.

Dworkin no desarrolló demasiado la imagen de un solo sistema y hay algunas preguntas sobre la mejor manera de interpretar lo poco que dijo. Jeremy Waldron ha sugerido algunas ideas sobre cómo debería complementarse la imagen de un sistema único, que son ampliamente consistentes con lo que he dicho aquí⁷². Sin embargo, él enfatiza una idea esencial que yo no. La afirmación de que los derechos jurídicos

⁶⁹ El último fue el autodiagnóstico de Dworkin. Véase RONALD DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS 402 (2011).

⁷⁰ *Id.* En 400-02. [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2014: 485].

⁷¹ *Id.* en 406-07.

⁷² Véase Waldron, *supra* nota 3.

son una especie de derechos morales no implica que el derecho sea moralmente perfecto, ni siquiera que tenemos los derechos jurídicos que sería mejor tener para nosotros. Waldron desarrolla esta idea con una analogía de la promesa. Algunas promesas son moralmente incorrectas —no debieron haber sido hechas—, aunque podrían tener una importancia moral. “En el caso del hombre que prometió encubrir un amorio ilícito”, Waldron sugiere, “él podría tener la obligación de advertir al esposo culpable antes de hablar con la verdad a la esposa inocente o podría tener la obligación de evitar situaciones en las que se le pueda exigir la verdad”⁷³. La primera me suena mejor que la segunda, pero el punto es que la moralidad es sensible a nuestra historia, aun cuando esta última se vea moralmente comprometida. El derecho tiene este problema con una cuestión mucho peor. Es rara la ley que espresa exactamente lo que moralmente debería haber dicho. No obstante, una legislación moralmente comprometida podría tener importancia moral y, a menudo, los tribunales son llamados a decidir cuál es esa importancia⁷⁴.

Hay más sugerencias acertadas sobre la imagen de un solo sistema en la discusión de Waldron, pero creo que incluso él estaría de acuerdo en que las ideas involucradas han recibido su expresión más importante en la obra de Mark Greenberg, quien recientemente ha desarrollado la que llama *teoría del impacto moral del derecho* [*the moral impact theory of law*]⁷⁵. De acuerdo con Greenberg, nuestros derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos son los derechos, obligaciones, privilegios y poderes morales generados por nuestras prácticas jurídicas en lo que él llama “formas jurídicamente apropiadas” [*legally proper ways*]⁷⁶. Esta teoría se acerca mucho a la perspectiva que he respaldado aquí. Greenberg también rechaza la idea de que nuestras prácticas jurídicas generan un dominio distintivamente jurídico de normatividad o cuasi-normatividad; y al hacerlo, su teoría tiene las virtudes de la perspectiva eliminativista que he bosquejado.

No obstante, me preocupa que Greenberg no esté completamente fuera de la botella cazamoscas, o tal vez que está dejando una botella cazamoscas sólo para zumbiar en otra. Antes de terminar, quiero ver si puedo explicar lo que me hace renuente a adoptar el objetivo de la filosofía del derecho, como lo hace Greenberg. Como Hart y Dworkin antes que él, Greenberg se ve a sí mismo explicándonos cómo se

⁷³ *Id.* en 23.

⁷⁴ *Id.* en 26 (discutiendo la diferencia moral que las normas perversas podrían hacer).

⁷⁵ Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2; véase también Waldron, *supra* nota 3, en 12 n.32 (reconociendo la influencia de Greenberg).

⁷⁶ Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2, en 1321-23.

constituye el contenido del derecho⁷⁷. En la perspectiva de Greenberg, el contenido del derecho consiste en todos los derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos vigentes en una jurisdicción determinada en un momento dado⁷⁸. El gran avance de Greenberg es que no piensa en estos derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos como distintivamente jurídicos, puesto que son morales también. De cualquier manera, él mantiene el punto de vista de que nuestras prácticas jurídicas crean algo —el contenido del derecho— cuya metafísica debemos descifrar.

Considero que eso es un error y al principio de su carrera —antes de volver a caer en el marco de Hart— creo que Dworkin también lo habría pensado así. Al responder a Hart, él escribió:

Espero persuadir a los juristas de que renuncien en su totalidad a la teoría del derecho existente, en favor de una teoría del derecho que considera las cuestiones referentes a derechos jurídicos como casos especiales de los derechos políticos, de modo en que se puede pensar que un demandante tiene cierto derecho jurídico, sin suponer que tal derecho provenga de ninguna norma o principio que ya “existe”⁷⁹.

Greenberg afirma una parte de esto —la parte más importante. Aunque expresa la idea de manera diferente, él acepta la sugerencia de Dworkin de que si un demandante tiene o no un derecho jurídico es una cuestión de moralidad política. De cualquier forma, Greenberg se aferra a la idea de que hay un cuerpo de “derecho existente”, que abarca todo el conjunto de derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos vigentes en un sistema jurídico en un tiempo determinado, y su objetivo es decir exactamente qué es lo que hace que algo sea un miembro de ese conjunto. Al final de su vida, Dworkin parecía compartir esa ambición. Como he mencionado, Dworkin sugirió que el derecho es la rama de la moralidad que se ocupa de los derechos que las personas tienen la facultad de hacer efectivos bajo pedido en los tribunales⁸⁰. Greenberg se opone a esa caracterización del derecho, porque “descarta [...] la posibilidad de obligaciones jurídicas que los tribunales [...] no deberían hacer cumplir”⁸¹. Eso le parece a Greenberg un error porque señala que “es una idea conocida que el Presidente y el Congreso pueden

⁷⁷ *Id.* en 1295-96 (“Una teoría (o perspectiva) del derecho, en el sentido en que uso el término, es una explicación constitutiva del contenido del derecho —i.e., una explicación de qué elementos de los hechos más básicos son los determinantes del contenido jurídico, y de cómo esos determinantes juntos hacen que, entre otros, diferentes obligaciones y poderes jurídicos sean lo que son.”).

⁷⁸ *Id.* en 1295.

⁷⁹ DWORKIN, *supra* nota 7, en 293. [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2012: 414].

⁸⁰ Véase *supra* nota 71 y el texto que la acompaña.

⁸¹ GREENBERG, *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2, en 1300 n.28.

tener deberes jurídicos que los tribunales no deberían hacer cumplir”⁸². En cambio, Greenberg sugiere que el contenido del derecho consiste en todos los derechos, obligaciones, privilegios y poderes morales generados por las acciones de las instituciones jurídicas de las formas jurídicamente apropiadas⁸³.

¿Qué está en juego en esta discusión? No mucho y tanto Greenberg como Dworkin lo reconocen. Después de observar que algunos abogados hablan de la Constitución como si confiriera derechos jurídicos que, no obstante, los tribunales no deberían hacer cumplir, Dworkin estipula, “[e]sta es por cierto una manera viable de describir la situación: nadie la malentendería”⁸⁴. Él continúa diciendo que prefiere emplear un “vocabulario diferente”, que interprete los derechos constitucionales que los tribunales no deberían hacer cumplir como “políticos pero no jurídicos”⁸⁵. Agrega algunos términos en favor del vocabulario que elige, pero una vez que admite que nadie malinterpretaría la situación si decimos lo contrario, es difícil ver por qué debemos insistir en decir las cosas a su manera. Por su parte, Greenberg admite que la “distinción[] entre obligaciones jurídicas y no jurídicas” es “menos importante” en su teoría que en otras⁸⁶. Esto es porque la pregunta sobre cuáles obligaciones clasificamos como jurídicas no tiene influencia “en lo que consideramos que son nuestras obligaciones genuinas”⁸⁷. Sin embargo, Greenberg aún insiste en que su vocabulario es mejor que el de Dworkin. Él sostiene que “una teoría del derecho debería ayudarnos a *explicar* por qué los tribunales deberían hacer cumplir algunos derechos y otros

⁸² *Id.* (citando a Lawrence Gene Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 HARV. L. REV. 1212 (1978)).

⁸³ Para completar esta imagen, Greenberg tendrá que ofrecer una explicación de lo que son las instituciones jurídicas, así como una explicación de las formas jurídicamente apropiadas para que esas instituciones afecten nuestros derechos y obligaciones morales. Greenberg dice que estas explicaciones son trabajos en progreso y no debemos prejuzgar si tendrán éxito. Véase Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2, en 1323-25. De cualquier manera, vale la pena señalar cuán complicada es la tarea. Greenberg explica una forma jurídicamente inapropiada de generar obligaciones: empeorar la situación moral, de modo que las personas estén obligadas a mitigar las consecuencias de la acción jurídica. *Id.* en 1322. También sugiere que hay otras formas inapropiadas, aunque menciona que se necesita más trabajo para identificarlas. *Id.* en 1323 & n.72. Para una muestra de los tipos de obstáculos que enfrentará Greenberg al completar su explicación, considere el siguiente caso: suponga que, como resultado de las protecciones otorgadas por la Ley de Protección de Denunciantes [*Whistleblower Protection Act*], un empleado federal tiene la obligación moral de denunciar algunas malas conductas oficiales. (Digo “como resultado de” para indicar que, en ausencia de las protecciones jurídicas, la moralidad no exigiría que el empleado se arriesgue a represalias.) La Ley no especifica que tiene esa obligación, por supuesto. Es sólo que la mala conducta es lo suficientemente grave como para que esté moralmente obligado a denunciarla. ¿Es jurídica esta obligación? La Ley ha mejorado la situación moral, pero parecería extraño decir que el empleado está jurídicamente obligado a denunciar la mala conducta. Por lo tanto, se necesitará algún nuevo criterio de corrección jurídica para cubrir este caso, si es que se puede cubrir. Puede resultar que algún conjunto pequeño intuitivo de criterios cubra la mayoría de los casos, pero me preocupa que el impacto de nuestras prácticas jurídicas en nuestros derechos y obligaciones morales es tan extenso y variado que será difícil desarrollar criterios que no parezcan *ad hoc*.

⁸⁴ DWORKIN, *supra* nota 69, en 412.

⁸⁵ *Id.* [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2014: 500].

⁸⁶ Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2, en 1323-24 n.73.

⁸⁷ *Id.* en 1323.

no”⁸⁸. La teoría de Dworkin no puede satisfacer este criterio ya que, desde su punto de vista, los derechos jurídicos son sólo los derechos que los tribunales deberían hacer cumplir.

Pero eso no nos da muchas razones, si es que las hay, para ponernos del lado de Greenberg. Si empleamos el vocabulario de Dworkin, entonces es cierto que no podremos explicar por qué un tribunal debería hacer cumplir un derecho al observar que el derecho en cuestión es jurídico. En su lugar, tendríamos que señalar las consideraciones subyacentes que hacen que el tribunal debiera hacer cumplir el derecho. Si, en cambio, empleamos el vocabulario de Greenberg, entonces afirmar que un derecho es jurídico podría ayudar a explicar por qué los tribunales deberían hacerlo cumplir. Aunque eso será cierto sólo si el uso de Greenberg de la etiqueta "jurídico" rastrea las consideraciones subyacentes que justifican el cumplimiento judicial. Es decir, será cierto sólo si (en ausencia de consideraciones contrarias) los tribunales debieran hacer cumplir los derechos generados por las instituciones jurídicas de las formas jurídicamente apropiadas. Entonces, ya sea que sigamos a Greenberg o Dworkin, las consideraciones subyacentes al final hacen todo el trabajo explicativo. Los tribunales deberían hacer cumplir las obligaciones que deberían hacer cumplir; y si usamos la etiqueta "jurídica" para dar cuenta de la conclusión de esa indagación (como sugiere Dworkin), o un paso intermedio (como prefiere Greenberg), de ninguna manera afecta la sustancia de las decisiones que los tribunales tienen que tomar. Lo único que está en juego es la manera en que hablamos de esas decisiones y no veo razones para pensar que un tipo de vocabulario será siempre superior a otro.

La idea de que debemos conformarnos con una sola caracterización del *derecho* de nuestra comunidad me parece un vestigio de la imagen del “derecho existente” que hace mucho tiempo Dworkin propuso que rechazáramos. Si suponemos que, en un momento dado, existe un cuerpo de derecho que incluye todos los derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos vigentes en un sistema jurídico, entonces tiene sentido preguntarse qué es parte de éste y qué no lo es. Sin embargo, esa imagen ha sido la fuente de tanta confusión que considero que Dworkin tenía razón al sugerir que la dejáramos atrás⁸⁹; y el costo por hacerlo es pequeño. Una versión simple de la imagen forma parte de la comprensión del derecho de

⁸⁸ *Id.* en 1300 n.28.

⁸⁹ Entre otras cosas, Dworkin sugirió que la idea era responsable de la perspectiva de que los jueces en cada caso aplican el derecho existente o crean nuevo derecho, lo cual él consideraba como una dicotomía falsa. Véase DWORKIN, *supra* nota 7, en 293. Además, él pensaba que esa misma idea alentaba “el supuesto de que los no positivistas deben creer en algo llamado derecho natural, a lo que se considera como el contenido de los libros secretos celestiales.” *Id.* en 337. [Cita tomada de la versión en español de Dworkin, 2012: 462].

muchas personas comunes. Ellas suponen que nuestros derechos y obligaciones jurídicas están impresos en libros que se alinean en los estantes de las bibliotecas de derecho, sólo esperando a que los abogados los busquen. No obstante, esa imagen es demasiado simplista para sobrevivir, incluso, a los primeros días de la escuela de derecho; y aunque podríamos hacer la imagen más sofisticada, la recompensa al hacerlo es muy poca. La idea de que existe un cuerpo de derecho que incluye todos los derechos, obligaciones, privilegios y poderes jurídicos vigentes en un sistema jurídico no desempeña papel alguno en la práctica jurídica. Los abogados no consultan *el derecho* para determinar qué obligaciones tiene la gente. Más bien, leen registros de la historia jurídica de su comunidad —códigos, informes de casos y similares— y luego construyen argumentos sobre las obligaciones que tiene la gente como resultado de ello.

Para que quede claro, no me opongo a hablar de lo que el derecho exige. Lo que yo objeto es la suposición de que hay una sola entidad llamada *el derecho* a la que toda esa discusión se refiere. Como dije antes, estoy satisfecho con permitir que parte de nuestros derechos, obligaciones, privilegios y poderes morales se etiqueten útilmente como "jurídicos", aunque hay muchas maneras útiles de usar esa etiqueta. Si queremos señalar la fuente de nuestros derechos, entonces el vocabulario de Greenberg podría ser útil. Pero si queremos señalar cuáles instituciones tienen la responsabilidad de reivindicar nuestros derechos, entonces podría ser útil unirse a Dworkin en la distinción de los derechos jurídicos de los derechos políticos. La ambición de caracterizar un solo conjunto de elementos como *el derecho* de nuestra comunidad requiere que apostemos a Greenberg o Dworkin, o alguien por venir, porque ahora que el tema ha sido discutido, habrá varias propuestas sobre cómo distinguir nuestros derechos jurídicos de nuestros derechos meramente morales. Con todo, no veo por qué deberíamos sentirnos presionados a elegir sólo una forma de caracterizar el dominio jurídico. Eso me parece una invitación a otra botella cazamoscas.

Como sugerí anteriormente, caracterizamos el dominio jurídico de diversas maneras para diferentes propósitos. Quienes tienen un interés práctico en el derecho pueden interpretarlo de manera diferente, dependiendo de si sus intereses son principalmente morales o prudenciales⁹⁰; e incluso si restringimos nuestra atención a la moralidad, podríamos encontrar diversas caracterizaciones del derecho adecuadas

⁹⁰ Aquellos cuyo interés en el derecho es primordialmente teórico —por ejemplo, sociólogos e historiadores— pueden interpretar al derecho de manera distinta. De cualquier manera, sospecho que, por lo menos en algunos proyectos, será importante que sigan la pista de los puntos de vista que trazarían o deberían trazar aquellos que están interesados por el derecho en la práctica.

para diferentes ocasiones, o tal vez para personas que ocupan diferentes funciones. No es obvio para mí, por ejemplo, que un secretario de condado, un juez de distrito y un Juez de la Corte Suprema debieran pensar del mismo modo acerca de lo que el derecho exige⁹¹. Cuando tenemos un proyecto en mente, podemos preguntarnos si es importante qué noción de derecho empleamos y cuál usar. De cualquier modo, estas son cuestiones prácticas, no metafísicas⁹².

Ha llegado el momento de que la filosofía del derecho abandone la metafísica y retome la moralidad. La pregunta que la filosofía del derecho debería tratar de responder es de qué manera nuestras prácticas jurídicas afectan nuestros derechos, obligaciones, privilegios y poderes morales⁹³. La pregunta metafísica planteada en el debate Hart-Dworkin fue una distracción; no tenemos buenas razones para pensar que nuestras prácticas jurídicas generen un dominio distintivamente jurídico de normatividad, o cuasi-normatividad, cuya metafísica debemos describir. Empero, la pregunta moral es vital; se debate todos los días, en los tribunales y fuera de ellos, con consecuencias serias para la vida de las personas. Por supuesto, los filósofos han pensado acerca de la pregunta moral. Hay respuestas en toda la bibliografía de la filosofía del derecho: en los comentarios de Dworkin sobre la coerción⁹⁴, en las reflexiones de Raz acerca de la autoridad⁹⁵, en la fanfarria de Shapiro a la planificación⁹⁶ y en las discusiones de Waldron

⁹¹ Un secretario de condado niega a una pareja del mismo sexo una licencia de matrimonio porque se considera obligado por una disposición de la constitución estatal que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al explicar su decisión, admite que la pareja tiene el derecho moral de casarse, pero niega que tengan derecho jurídico a una licencia. Cuando el caso se presenta ante el tribunal, el juez de distrito ordena al secretario del condado que emita la licencia, con base en que la disposición constitucional del estado es incompatible con la garantía federal de protección igualitaria. Al hacerlo, el juez señala que la pareja tiene un derecho jurídico a la licencia. ¿Contradice lo que el secretario dijo antes? Quizás, pero también es posible que el secretario y el juez estén aplicando la etiqueta “jurídico” a los resultados de distintas indagatorias; y con sensatez, dada la naturaleza de sus puestos. Por supuesto, el secretario podría haber manifestado algo diferente; podría haberle dicho a la pareja que tenían un derecho jurídico a la licencia, pero que estaba obligado a tratarlos como si no lo tuvieran, a no ser que y hasta que un tribunal le ordenara lo contrario. De cualquier manera, él podría haber pensado que incluso esa opinión sobrepasaría su papel, por lo que sería mejor poner las cosas de la primer manera en lugar de la segunda. Para aconsejar al secretario sobre lo que debe expresar cuando niega la licencia (y sobre si debe negarla en primer lugar), necesitamos responder una pregunta sobre la moralidad de su función. Necesitamos saber qué debe tener en cuenta al decidir si emite una licencia de matrimonio. No necesitamos conformarnos con una sola caracterización del *derecho* que todos deban emplear en cualquier ocasión.

⁹² Algunos lectores han sugerido que estoy multiplicando las preguntas metafísicas, en vez de evitarlas, debido a que cada proyecto podría tener su propio concepto de derecho, hecho a la medida. Sin embargo, la idea aquí es que el uso del concepto correcto es determinado por consideraciones prácticas; así que la metafísica, tal y como es, se reduce a lo práctico.

⁹³ Para evitar confusiones comunes, es pertinente subrayar que para comenzar este proyecto no tenemos que saber cuáles son los límites de nuestras prácticas jurídicas. Podemos preguntar si tenemos suficientes sillas para la fiesta incluso si no podemos definir exactamente qué son las sillas. Cuando surja la pregunta ¿debemos contar la otomana?, trazaremos el límite que mejor se adapte a nuestras necesidades en esa ocasión, en lugar de intentar establecer, de una vez por todas, si una otomana es una silla.

⁹⁴ DWORKIN, *supra* nota 19, en 87-113.

⁹⁵ RAZ, *supra* nota 32, en 194-221.

⁹⁶ Véase en general SHAPIRO, *supra* nota 8.

sobre los desacuerdos⁹⁷. De cualquier manera, esas respuestas —y muchas más que podría haber citado— rara vez se han comprometido como respuestas a la pregunta moral, ya que generalmente son relacionadas con una tesis metafísica, la cual acapara toda la atención⁹⁸. Ese debate ha llegado a su fin, pero la filosofía del derecho no. La filosofía del derecho, no obstante, necesita un nuevo objetivo; y haríamos bien en preocuparnos más por las consecuencias morales de nuestras prácticas jurídicas.

⁹⁷ Véase en general JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999).

⁹⁸ El trabajo de Greenberg es un ejemplo, ya que su discusión principal acerca del impacto moral que tienen las prácticas jurídicas está en riesgo de perderse en la controversia sobre su tesis metafísica. Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, *supra* nota 2, en 1310-19.

11. Bibliografía

11.1 Autor

- COLEMAN, J.; “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, no 1, 1982, pp. 156-162.
- COLEMAN, J.; “The Architecture of Jurisprudence”, *The Yale Law Journal*, vol. 121, no 2, 2011, pp. 2-80.
- DWORKIN, R.; “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, no 1, 1976, pp. 14-46.
- DWORKIN, R.; *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN, R.; *Law’s Empire*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, R.; *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, R.; *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.
- ENOCH, D.; “Reasons-Giving and the Law”, en *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011, pp. 1-38.
- GARDNER, J.; “Legal Positivism: 5 1/2 Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 6, no 1, 2001, pp. 199-227.
- GARDNER, J.; “Law’s Aims in Law’s Empire”, en *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Nueva York, Oxford University Press, Scott Hershovitz ed., 2006, pp. 222-23.
- GREENBERG, M.; “How Facts Make Law”, en *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Nueva York, Oxford University Press, Scott Hershovitz ed., 2006, pp. 226-227.
- GREENBERG, M.; “Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, en *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Nueva York, Oxford University Press, Andrei Marmor & Scott Soames eds., 2011, pp. 217-256.
- GREENBERG, M.; “The Standard Picture and Its Discontents”, en *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011, pp. 39-106.
- GREENBERG, M.; “The Moral Impact Theory of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 123, no 5, 2014, pp. 1288-1342.
- HABIB, A.; “Promises”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/promises>.
- HART, H.L.A.; *The Concept of Law*, Reino Unido: Oxford University Press, 2012.
- HART, H.L.A.; *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Reino Unido: Clarendon Press, 1982.
- HERSHOVITZ, S.; “The Model of Plans and the Prospects for Positivism”, *Ethics*, vol. 125, no 1, 2014, pp. 152-181.
- HUME, D.; *A Treatise of Human Nature*, Reino Unido: Oxford University Press, 1978.
- INTERNATIONAL CHESS FEDERATION (FIDE), *Handbook*, 2008. Disponible en: <http://www.fide.com/component/handbook/?id=124 &view=article>.
- KRUSH, I; Open Letter from Irina Krush to Chess Life Online. (30 de mayo de 2008). Disponible en: <http://www.uschess.org/content/view/8475/429>.
- KRUSH, I; Final Letter from Irina Krush to Chess Life Online. (11 de junio de 2008). Disponible en: <http://www.uschess.org/content/view/8486/463>.
- MURPHY, L.; “Better to See Law this Way”, *New York University Law Review*, vol. 83, no 4, 2008, pp. 1088-1108.
- OXFORD ENGLISH DICTIONARY, 3ra. ed, 2004. Disponible en: <http://www.oed.com/view/Entry/129686>.

- RAZ, J.; *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*, Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- RAZ, J.; *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Nueva York: Oxford University Press, 1994.
- RAZ, J.; *Practical Reason and Norms*, Hutchinson: Hutchinson University Library, 1975.
- SAGER, L.; “Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms”, *Harvard Law Review*, vol. 91, no 6, 1978, pp. 1212-1264.
- SCALIA, A.; *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SHAPIRO, S.; *Legality*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SHAPIRO, S.; “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed,” en *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, A. Ripstein ed., 2007, pp. 22-49.
- STRAVROPOULOS, N.; “Words and Obligations”, en *Reading H.L.A. Hart’s the Concept of Law*, Oxford, Hart Publishing, Duarte d’Almeida et al. eds., 2013, pp. 123-133.
- Text of League President’s Ruling in Brett Bat Case. (29 de julio de 1983). New York Times. Disponible en: [<http://perma.cc/QQ4E-EPCN>].
- WALDRON, J.; “Jurisprudence for Hedgehogs”, *NYU School of Law Public Law & Legal Research Paper*, no 13-45. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2290309>.
- WALDRON, J.; *Law and Disagreement*, Nueva York: Oxford University Press, 1999.
- WITTGENSTEIN, L.; *Philosophical Investigations*, Reino Unido: Basil Blackwell, 1967.

11.2 Traductor

- COLEMAN, J.; “La arquitectura de la filosofía del derecho”, en *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, Jordi Ferrer Beltrán et al. eds., 2012, pp. 93-178.
- DWORKIN, R.; *La justicia en toga*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- DWORKIN, R.; *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2012.
- DWORKIN, R.; *Justicia para erizos*, México: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- RAZ, J.; *La ética en el ámbito público*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- SHAPIRO, S.; *Legalidad*, Madrid: Marcial Pons, 2014.