

MATTHEW H. KRAMER
CLAIRE GRANT
BEN COLBURN
ANTONY HATZISTAVROU
(Compiladores)

EL LEGADO DE H. L. A. HART
Filosofía jurídica, política y moral

Traducción de
Claudina Orunesu
y Jorge L. Rodríguez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PREFACIO	13
LISTA DE COLABORADORES	15
INTRODUCCIÓN	19

PRIMERA PARTE

POSITIVISMO JURÍDICO Y TEORÍA DEL DERECHO

CAPÍTULO I. SOBRE LOS CAMINOS DE HART: EL DERECHO COMO RAZÓN Y COMO HECHO , por <i>John Finnis</i>	29
CAPÍTULO II. EL AFIANZAMIENTO JURÍDICO DE LA ANTIJU- RIDICIDAD , por <i>David Lyons</i>	59
1. JIM CROW	62
2. LA CORTE SUPREMA	65
3. TEORÍA JURÍDICA	70
4. REFLEXIONES ADICIONALES	76
CAPÍTULO III. CONFORMIDAD, COSTUMBRE Y CONGRUEN- CIA: REPENSANDO LA EFICACIA DEL DERECHO , por <i>Gerald J. Postema</i>	79
1. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA	81
1.1. La eficacia del derecho moderno: la visión de HART	82
1.2. ¿Cuándo está en vigor el derecho en una comunidad?.....	84

	<u>Pág.</u>
1.3. Distancia, alienación y derecho moderno	87
2. GUÍA NORMATIVA.....	90
3. LA TESIS DE LA CONGRUENCIA.....	94
4. LA TESIS DE LA MEDIACIÓN.....	99
CAPÍTULO IV. HART Y LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, por <i>Jeremy Waldron</i>	105
CAPÍTULO V. VALIDEZ, MORAL Y LA FUNCIÓN DE GUÍA DEL DERECHO, por <i>W. J. Waluchow</i>	127
1. PREGUNTAS NORMATIVAS Y CONCEPTUALES	127
2. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO: UNA ESPADA DE DOBLE FILO	133
3. LECCIONES QUE HAY QUE APRENDER	135
4. POSITIVISMO EXCLUYENTE, PODERES DIRIGIDOS Y GUÍA PRÁCTICA	138
SEGUNDA PARTE	
RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y CASTIGO	
CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD Y PUNIBILIDAD EN DERECHO PENAL, por <i>R. A. Duff</i>	145
1. RESPONSABILIDAD Y PUNIBILIDAD.....	147
2. EL JUICIO PENAL: LLAMAR A RESPONDER Y NEGARSE A RESPONDER.....	153
3. DELITOS, DEFENSAS Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA	156
4. «ACTOS» <i>VERSUS</i> «RAZONES»	163
CAPÍTULO VII. HART Y FEINBERG SOBRE RESPONSABILIDAD, por <i>John Gardner</i>	169
1. LA RESPONSABILIDAD BÁSICA	171
2. RESPONSABILIDAD RESULTANTE.....	183
3. DOS VARIEDADES DE RESPONSABILIDAD.....	192
TERCERA PARTE	
CAUSALIDAD EN EL DERECHO	
CAPÍTULO VIII. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE CAUSATION IN THE LAW DE HART Y HONORÉ, por <i>Judith Jarvis Thomson</i>	197

	Pág.
CAPÍTULO IX. LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO: HART Y HONORÉ SOBRE CAUSALIDAD Y RESPONSABILIDAD , por <i>Richard W. Wright</i>	227
1. LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO	228
2. ATRIBUYENDO RESPONSABILIDAD: LA PATOLOGÍA DEL ANÁLISIS DEL LENGUAJE ORDINARIO	233
3. EL CAMINO QUE NO SE SIGUIÓ	240

CUARTA PARTE

JUSTICIA

CAPÍTULO X. EQUIDAD, NECESIDADES Y MERECEIMIENTO , por <i>Brad Hooker</i>	245
1. INTRODUCCIÓN	245
2. LAS NECESIDADES CONTRASTADAS CON LOS DESEOS	248
3. LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES EN CONTRASTE CON LA IGUALDAD	249
4. DEFINIENDO «NECESIDAD» EN TÉRMINOS DE «PERJUICIO»	250
5. DEFINIENDO «PERJUICIO» A LOS FINES DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD	252
6. TRES POSIBLES CRITERIOS ALTERNATIVOS DE NECESIDAD	256
7. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD PONDERADA EN REEMPLAZO DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD	259
8. EL ENFOQUE DEL UMBRAL NO BASADO EN NECESIDADES	259
9. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD PONDERADA Y LA INEQUIDAD COMPARATIVA	261
10. LO ESENCIAL SOBRE EL MERECEIMIENTO	264
11. LA RELACIÓN ENTRE EL MERECEIMIENTO Y LA SATISFACCIÓN DE LA NECESIDAD	264
12. ¿MERECEIMIENTO PRE-INSTITUCIONAL O INSTITUCIONAL?	265
13. EL MERECEIMIENTO EN UN NIVEL DIFERENTE DE LA PRIORIDAD PONDERADA	268
CONCLUSIONES	269

CAPÍTULO XI. LAS LIBERTADES BÁSICAS , por <i>Philip Pettit</i>	271
1. DE LA TEORÍA REPUBLICANA A LAS LIBERTADES BÁSICAS	272

	<u>Pág.</u>
2. INTRODUCCIÓN DE LAS LIBERTADES BÁSICAS	274
3. LA EXIGENCIA DE EXTENSIÓN VIABLE	275
4. LA EXIGENCIA DE IMPORTANCIA PERSONAL	277
5. LA EXIGENCIA DE DISFRUTE CONJUNTO IGUALITARIO	279
6. DOS FUENTES DE AMBIGÜEDAD	281
7. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA SUPERIOR	282
8. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA SUPE- RIOR	284
9. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INTERMEDIA	285
10. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INTER- MEDIA	286
11. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INFERIOR	289
12. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INFE- RIOR	291
13. EN CONCLUSIÓN	294

QUINTA PARTE

DERECHOS

CAPÍTULO XII. DERECHOS PÓSTUMOS , por <i>Cécile Fabre</i>	299
1. INTRODUCCIÓN	299
2. LA TEORÍA DEL INTERÉS Y LOS DERECHOS PÓSTUMOS	301
3. DOS OBJECIONES	308
3.1. El muerto y el completo ignorante	308
3.2. La relevancia de la muerte	312
4. CONCLUSIÓN	315
CAPÍTULO XIII. ¿HAY <i>TODAVÍA</i> DERECHOS NATURALES? , por <i>Hillel Steiner</i>	317
CAPÍTULO XIV. EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS , por <i>Leif Wenar</i>	333
1. INTRODUCCIÓN	333
2. LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD Y LA TEORÍA DEL INTERÉS ..	336
3. TRES ESTRATEGIAS PARA ADECUAR LA TEORÍA CON LOS DATOS	339
3.1. Limitando el rango de fenómenos a explicar	339
3.2. Expandingo el alcance de la teoría	341
3.3. Redefiniendo los fenómenos a explicar	347
4. EL EMPATE	350
5. LA PREMISA RESTRICTIVA COMPARTIDA	355

	Pág.
6. LA RELACIÓN ENTRE LAS TEORÍAS ANALÍTICAS Y LAS TEORÍAS SUSTANTIVAS DE LOS DERECHOS	357

SEXTA PARTE
TOLERANCIA Y LIBERTAD

CAPÍTULO XV. SOBRE SER TOLERADO , por <i>Leslie Green</i>	363
1. LA NATURALEZA DE LA TOLERANCIA	364
2. LOS FALLOS DE LA TOLERANCIA	366
3. LAS OCASIONES PARA TOLERAR: EL PODER	370
4. LAS OCASIONES PARA TOLERAR: EL JUICIO	372
5. ACEPTACIÓN	373
6. RECONOCIMIENTO	377
7. COMPRENSIÓN	381
8. CONCLUSIÓN	387
 CAPÍTULO XVI. ROSTROS PRIVADOS EN LUGARES PÚBLICOS , por <i>Susan Mendus</i>	 389
1. BIOGRAFÍA Y FILOSOFÍA	392
2. PÚBLICO Y PRIVADO	395
3. FILOSOFÍA POLÍTICA	399
4. LA ESTRUCTURA DE LA LIBERTAD	401
 CAPÍTULO XVII. HART Y EL LIBERALISMO DEL MIEDO , por <i>Alan Ryan</i>	 407
 BIBLIOGRAFÍA	 427
 ÍNDICE ANALÍTICO	 445

PREFACIO

Este libro tiene su origen en un simposio de la Academia Británica sobre «El legado de H. L. A. HART» llevado a cabo en el Churchill College, Cambridge, en julio de 2007, con el auspicio del Cambridge Forum for Legal & Political Philosophy. Las versiones preliminares de los ensayos incluidos en este volumen fueron escritas como ponencias para su presentación en ese simposio.

Estamos sumamente agradecidos a la Academia Británica por su apoyo y generoso patrocinio. Debemos especial agradecimiento a Onora O'Neill, Angela Pusey y Joanne Blore. Asimismo, tenemos una enorme deuda con los colaboradores de este volumen por sus excelentes ensayos y su admirable cooperación tanto en el simposio como en la preparación de este libro. También merecen un cálido agradecimiento Trevor Allan, Tony Honoré, Serena Olsaretti, Onora O'Neill (nuevamente) y Quentin Skinner, quienes actuaron como coordinadores de los paneles en el simposio. Estamos muy felices de que Charles, el hijo de HART, y sus nietos Justin y Tanya hayan podido asistir a algunas de las reuniones. También estamos en deuda con Joanna, la hija de HART, por su apoyo amable y entusiasta a esta empresa. Igualmente, estamos extremadamente agradecidos a las numerosas personas que asistieron al simposio como delegados, y ofrecemos nuestras disculpas a los muchos que quedaron en lista de espera. La presencia en el simposio de delegados de todos los continentes excepto la Antártida es indicativa del alcance global de la influencia de HART.

Extendemos también nuestro agradecimiento a cuatro residentes de Cambridge que se encargaron de un cúmulo de cuestiones logísticas: Christopher Arias, Kiersten Burge-Hendrix, Rupert Gill y Mark McBride.

Mucha gente del Churchill College ayudó a que el simposio fuera un éxito. Estamos especialmente agradecidos al servicio de habitación, al de suministro de comidas y bebidas, al personal técnico, a los mozos, y queremos en particular dar las gracias a las siguientes personas: Paul Barringer, Alison Barton, Shirley Blackley, Jillian Blaine, Tim Cooper, Ian Douglas, Dean Flack, Martin Haydon, Paul Howitt, Rosetta Kyriakou, Ivan Martin, Richard Mee, Sandra Parsons, Angela Railton, Steve Ridyard, Carol Robinson, Michelle Tuson y Paul Willimott. Estamos también muy en deuda con muchas personas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge por su ayuda extremadamente valiosa: Elizabeth Aitken, Daniel Bates, Matthew Martin, David Newton y Norma Weir. También vaya nuestro sincero agradecimiento a numerosas personas del Cambridge Centre for Research in the Arts, Social Sciences, and Humanities: Catherine Hurley, Mary Jacobus y Michelle Maciejewska.

John Louth, Alex Flach y Lucy Stevenson, de Oxford University Press, han sido gratificadamente entusiastas y hábiles en la gestión de este libro. Estamos muy complacidos de que OUP, como editorial de todos los libros de HART, haya brindado su valioso apoyo a este proyecto.

Septiembre de 2007.

Matthew H. KRAMER
Claire GRANT
Ben COLBURN
Antony HATZISTAVROU

INTRODUCCIÓN

Matthew H. KRAMER y Claire GRANT

Herbert Lionel Adolphus HART fue el filósofo del derecho más importante del siglo XX, y también una figura prominente de la filosofía política y moral. Nació en la primera década de ese siglo y vivió hasta su década final, siendo responsable central de rescatar a la filosofía del derecho del estancamiento en el que se había encontrado sumida por muchos años. Tanto a través de su propia y brillante obra como en su carácter de mentor de algunos otros importantes filósofos del derecho del siglo XX, HART ejerció una vasta influencia en la filosofía jurídica, comparable a la de su amigo John RAWLS en el ámbito de la filosofía política. Su obra ha sido muchas veces criticada en forma contundente —de hecho, una de las características de su excelencia intelectual reside en el modo en que estimulaba a estudiantes que presentaban fuertes reparos a muchas de sus ideas— pero la magnitud de sus logros se encuentra más allá de toda duda razonable¹.

Una característica especialmente admirable de los escritos de HART es la amplitud de tópicos que abarcan. Los ensayos de este volumen, de un modo que no registra antecedentes, cubren conjuntamente todas las principales áreas de su trabajo filosófico: filosofía jurídica general y positivismo jurídico, responsabilidad y castigo penal, teorías de los derechos, causalidad en el derecho, tolerancia y libertad, y teorías de la justicia. Aunque HART es más famoso por su trabajo en la primera de estas áreas —como el principal

¹ No obstante lo enorme de nuestra admiración por HART, ésta ha estado lejos de resultar acrítica. Véase, por ejemplo, KRAMER, 1998: 69-70, 81-82; KRAMER, 2003: 312-313; KRAMER, 2004: 249-294; KRAMER, 2005; GRANT, 2006; GRANT, 2008.

defensor del positivismo jurídico desde los días de Jeremy BENTHAM y John AUSTIN— sus publicaciones en las otras áreas son suficientes por sí solas para otorgarle un lugar en el panteón de los pensadores jurídicos más destacados del siglo xx. Por consiguiente, si bien el presente volumen dedica mayor atención al positivismo jurídico y a la filosofía jurídica general que a cualquiera de los otros temas de los que se ocupara HART, también examina estos últimos con cierta profundidad.

Como el título de este libro sugiere, los colaboradores se concentran más en el legado de HART que en el propio HART². Aunque la mayoría de ellos discute sus escritos con bastante profundidad, en cada ensayo predomina más lo filosófico que lo exegético. Al brindar tributo a HART en numerosos aspectos —y al discrepar con él en otros—, los colaboradores miran principalmente hacia el futuro más que hacia el pasado. Abordan problemas filosóficos que preocupan a los pensadores contemporáneos. HART, quien en forma memorable nos previno contra la idea de que «un libro de teoría general del derecho es, por encima de todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros» (HART, 1994: vii) [HART, 1963: xii]*, hubiera sin dudas aprobado esta forma de explorar su legado.

* * *

Una gran cantidad de profesionales del derecho así como numerosos filósofos asistieron en julio del año 2007 al Simposio de la Academia Británica del que surgió este libro. Uno de los profesionales del derecho, Stephen HOCKMAN, formuló una pregunta particularmente perspicaz sobre la aplicabilidad de las categorías abstractas de HART a las tareas más focalizadas en lo concreto de la gente que participa en las prácticas de las instituciones jurídicas y gubernamentales. Esa pregunta capta adecuadamente un importante objetivo que fuera perseguido por HART. Por un lado, HART durante su carrera académica fue un filósofo que se mantuvo en un alto nivel de abstracción en su análisis de las instituciones jurídicas y sociales. Algunas de sus preocupaciones como filósofo se hallaban bastante alejadas de las actividades cotidianas de los abogados y los funcionarios gubernamentales. Por otro lado, ejerció muchos años como abogado litigante, y estaba por ello en condiciones de desarrollar un sentido vívidamente informado de los objetivos e intereses característicos de la gente que lidia con las presiones de los

² La vida de HART ha sido objeto de una reciente y notable biografía: véase LACEY, 2004. Véase también MACCORMICK, 1981.

* En el caso de las citas a *El concepto del derecho* se incluye también entre corchetes la referencia a las páginas de la edición española (N. de los T.).

asuntos prácticos. Un elemento primordial de su pensamiento en cada una de las áreas de la filosofía que explora este libro es su énfasis en los puntos de vista de los participantes en las prácticas que discute.

Quizás sea más famosa la insistencia de HART en el carácter central de los puntos de vista de los participantes como objeto de investigación para los teóricos del derecho. Sin perder nunca de vista la importancia de otras perspectivas, HART criticó a Oliver Wendell HOLMES y a otros por descuidar el modo en que las personas que operan los diversos componentes de los sistemas jurídico-gubernamentales comprenden y utilizan los conceptos jurídicos. Cualquier explicación filosófica satisfactoria de tales sistemas tiene que tomar en consideración no solo el privilegiado punto de vista externo de un observador sino también el punto de vista interno de un participante comprometido. Al darle prominencia a este último, HART enriqueció la filosofía jurídica y ayudó a subrayar las diferencias entre ella y ciertas variedades de sociología jurídica. Por supuesto, al hacerlo nunca sostuvo que los propios filósofos del derecho debían adoptar la perspectiva interna de un participante comprometido en un sistema jurídico. Semejante tesis metodológica ha sido defendida por Ronald DWORKIN y sus seguidores, pero el propio HART sabiamente la evitó. HART advirtió que los análisis de los filósofos del derecho provienen típicamente de un punto de vista externo moderado. No obstante, esa posición moderadamente externa no está menos signada por una consonancia con los puntos de vista de las personas cuyas prácticas están sometidas al escrutinio filosófico.

El trabajo de HART sobre los otros temas de los que se ocupa este volumen es igualmente sensible a las preocupaciones y opiniones características de los participantes en diversas actividades. En su monumental primer libro, *Causation in the Law*, escrito junto a Tony HONORÉ, buscó sistematizar los factores que conducen a los decisores jurídicos a atribuir responsabilidad por acontecimientos perjudiciales a individuos o grupos (HART y HONORÉ, 1959). Con una gran cantidad de ejemplos fascinantes para ilustrar la decantación de principios generales, *Causation in the Law* expone las diversas formas en las que los participantes de las instituciones jurídicas construyen la adscripción de responsabilidad. Pese a que HART y HONORÉ clasificaron demasiado livianamente diversas cuestiones claramente morales como cuestiones sobre causalidad (KRAMER, 2003: 312-312), su exposición de los criterios a menudo implícitos para imputar responsabilidad jurídica constituyó un hito en la filosofía del derecho e influyó en filósofos ajenos al derecho (MACKIE, 1974: 117-133).

Una concentración similar en el punto de vista distintivo de los participantes caracterizó gran parte de los escritos de HART sobre los derechos. Su adhesión a la *teoría de la voluntad* de los derechos —una teoría que analiza

a todo derecho esencialmente en términos de potestades para desestimar o hacer valer los deberes de los demás — proviene en parte de su esfuerzo por comprender por qué los derechos serían importantes desde la perspectiva de quien los tiene. Su énfasis en las elecciones u oportunidades abiertas a los individuos que han sido jurídicamente investidos con la potestad de desestimar o hacer valer las obligaciones jurídicas de otros refleja su preocupación por dar sentido a los derechos a través de los ojos de las personas para quienes existen. Por supuesto, el reconocimiento de esta faceta del enfoque de HART no implica forzosamente aceptar su asunción de la *teoría de la voluntad*: de hecho nosotros la rechazamos (KRAMER, 1998; 2001). Sin embargo, sea que HART haya o no estado en lo cierto al pensar que la *teoría de la voluntad* es la única adecuada para captar la perspectiva interna del titular de los derechos, su impactante imagen del sujeto titular de derechos como soberano era indicativa de su focalización en esa perspectiva.

Un interés similar resulta evidente en las reflexiones de HART respecto de las libertades básicas. Como se subraya en el ensayo de Philip PETTIT en este volumen, uno de los principales rasgos distintivos de cualquier libertad básica —tal como las entienden HART o RAWLS— es la importancia que ésta posee para la persona característica que la posee. Desde el enfoque que favorecen HART y RAWLS, entonces, un filósofo político no puede clasificar satisfactoriamente a cualquier libertad básica como tal sin ponerse en el lugar de la típica persona para la cual esa libertad debe ser salvaguardada. Así como un análisis satisfactorio de cómo operan los sistemas jurídicos debe tener en cuenta el punto de vista del participante en el funcionamiento de tal sistema, una teoría satisfactoria de la justicia debe tener en cuenta el punto de vista de la persona a quien los principios de justicia asignan deseos básicos.

También en el trabajo de HART sobre responsabilidad y castigo penal se encuentra una insistencia por comprender los intereses y motivaciones de la gente directamente involucrada en las prácticas bajo consideración. Es más, cualquier teoría creíble de la responsabilidad penal debe penetrar en las perspectivas de las personas de cuya responsabilidad se trata. Esa aproximación es notoria en la teoría hartiana de la responsabilidad penal centrada en la autoría, que exige que «como una condición normal de la imputación del castigo ... la persona a ser castigada debe, al tiempo de cometer el delito, haber tenido un cierto conocimiento o intención, o poseído ciertos poderes de comprensión y control» (HART, 1968: 210). Esta forma de entender a la responsabilidad penal estaba vinculada a la concepción de HART de la función básica del derecho como guía de la conducta humana. El hecho mismo de que HART se centrara en cuestiones de responsabilidad en sus escritos sobre la filosofía del derecho penal es un signo de la atención que prestaba a los pensamientos y objetivos de la gente a quienes afectan las instituciones

jurídicas. Entre las condiciones que se deben satisfacer para la adecuada imposición de sanciones penales se encuentra el estatus de una persona como agente responsable. Para determinar si esa condición se satisface en un contexto dado, quienes toman decisiones jurídicas (y los teóricos que analizan sus actividades) tienen que ubicarse —no necesariamente con simpatía pero siempre con empatía— en la posición de cualquier persona cuya autoría se encuentra bajo escrutinio. En gran medida, deben tratar de captar cómo sería ser esa persona en el contexto especificado.

En una línea muy similar, en sus trabajos de filosofía política sobre tolerancia y libertad, HART exigía una comprensión más amplia de las perspectivas e inquietudes de la gente que es presa de la intolerancia. Aquí, sin embargo, reclamaba no solo una comprensión empática sino también simpática: sus esfuerzos como filósofo político fueron predominantemente prescriptivos. Llamó la atención sobre el sufrimiento provocado por la intolerancia (especialmente en relación con la proscripción jurídica de las relaciones homosexuales y otros comportamientos sexuales no ortodoxos) y, como lo hizo BENTHAM antes que él, insistió en que ese sufrimiento es injustificado cuando su producción no es necesaria para impedir o remediar la comisión de algún mal. Mientras sus oponentes se habían concentrado en los beneficios que se derivan para una sociedad de la imposición estricta de su código de comportamiento adecuado, HART resaltó la perspectiva de la gente a cuyas expensas se obtienen tales beneficios. Él reconocía que la conducta desviada puede provocar en otros sentimientos de disgusto u ofensa, pero sostenía que esos sentimientos —sin más— no son suficientes para justificar la supresión de actividades que son tan importantes desde el punto de vista de quienes las desarrollan. El punto de vista de esos individuos no debería ser suprimido en un sistema liberal democrático de derecho penal.

En síntesis, en cada una de las áreas de la filosofía jurídica, política y moral cubiertas por este libro, HART trató de enfatizar la necesidad de que los teóricos capten la forma en que el funcionamiento de las instituciones es característicamente percibido por la gente involucrada en ese funcionamiento. Como escribió HART, para cualquiera que aspire a proponer una exposición filosófica que ilumine las diversas dimensiones de las instituciones jurídico-gubernamentales, «lo que se necesita es un método “hermenéutico” que implica describir el comportamiento gobernado por reglas tal como se presenta para sus participantes» (HART, 1983: 13). Por supuesto, afirmar tal cosa en modo alguno implica sostener que los puntos de vista de los participantes de las prácticas sociales sean lo único que merece atención en ellas. Por el contrario, HART estaba muy alerta a los patrones de regularidad en la interacción que constituyen tales prácticas. Esas regularidades, así como los puntos de vista de los participantes que les dan forma y son formados por ellas, pueden siempre abordarse a través de críticas externas que rechazan la comprensión

de los propios participantes. Para ciertos propósitos, esas críticas externas son perfectamente adecuadas. Sin embargo, ninguna de tales críticas será mínimamente satisfactoria si ignora el punto de vista de los participantes. Aunque quien propone una crítica externa puede ridiculizar esos puntos de vista por engañosos o inadecuados, si éstos no han sido cuidadosamente comprendidos la crítica será superficial e ineficaz.

De un modo más general, tanto si una teoría de las instituciones del derecho y el gobierno es condenatoria o justificatoria, su poder de persuasión dependerá de que tome en cuenta que las personas que actúan en esas instituciones —y las que se vean afectadas por ellas— son seres reflexivos con objetivos e inquietudes características. La insistencia de HART sobre este punto fue una de sus mayores contribuciones a la filosofía jurídica y política. Hay que reconocer que este punto puede parecer obvio cuando se plantea en abstracto. Sin embargo, en diversos contextos ha sido desatendido por muchos de quienes escriben sobre estas cuestiones. Uno de los grandes logros de HART reside en revelar con tanta fuerza las distorsiones y el empobrecimiento intelectual que ese descuido acarrea.

* * *

Dado que los principales ensayos de este volumen están agrupados en las áreas de conocimiento mencionadas en el inicio, no prolongaremos esta introducción tratando de sintetizar cada uno de ellos por separado. Los lectores podrán localizar rápidamente los capítulos que les resulten de mayor interés. Para nosotros es suficiente decir que quienes han contribuido a este libro se cuentan entre los escritores más eminentes en cada una de sus áreas, y que han adoptado una diversidad de enfoques en sus discusiones sobre tales tópicos. Estamos encantados de presentar sus ensayos como un tributo colectivo a HART³. Ese tributo es ofrecido incluso en los capítulos que resul-

³ Por supuesto, afirmar tal cosa no implica sugerir que estemos de acuerdo con todo lo que se dice en cada uno de los ensayos. Estamos profundamente en desacuerdo con algunos de los análisis ofrecidos en algunos de ellos. Mencionaremos aquí solo una pequeña cuestión. Leif WENAR, en la nota 11 de su capítulo, insinúa que Matthew KRAMER ha sido inconsistente al «apelar a los propósitos de las normas jurídicas para dar sentido a [ciertos] casos...», cuando unas páginas antes había afirmado que los propósitos no tenían ninguna “relación determinante” y eran “bastante poco relevantes” en su teoría». En realidad, no hay inconsistencia alguna entre los dos párrafos (en KRAMER y STEINER, 2007, 289-290, 293-294) a los que WENAR se refiere. En el párrafo del que WENAR extrae sus citas recortadas, KRAMER está negando que una condición *necesaria* para conferir un derecho a una cierta persona *X* en virtud de una norma jurídica sea que el propósito subyacente de la norma consista en beneficiar a *X* o a gente como *X*. La existencia de ese propósito subyacente no es una condición *necesaria* para conferir un derecho a *X*. Por el contrario, en el párrafo en que se apela al propósito de una ley *L*, KRAMER sostiene que ese propósito puede combinarse con los términos y los efectos predecibles de *L* para constituir una condición

tan marcadamente críticos de HART, o que dicen poco acerca de él de manera directa, porque los primeros reconocen plenamente su enorme estatura como pensador, mientras que los últimos se ocupan de problemas respecto de los cuales HART produjo un trabajo de vanguardia. Esta colección, como un todo, revela cuán rico, variado y estimulante es el legado de H. L. A. HART.

suficiente para que X tenga a partir de entonces un derecho. En circunstancias donde los términos y los efectos predecibles de L no sean de por sí suficientes para conformar tal condición, pueden ser suplementados a tal fin con el propósito de L . En síntesis, contrariamente a la impresión transmitida por WENAR a través de sus citas recortadas, los párrafos a los que hace referencia son perfectamente compatibles.

CAPÍTULO I

SOBRE LOS CAMINOS DE HART: EL DERECHO COMO RAZÓN Y COMO HECHO

John FINNIS

1

Recuerdo a HART contando a dos o tres de sus colegas, con té y galletas de por medio en el salón común para profesores, que cada diez años más o menos desde mucho tiempo atrás leía completa *À la recherche du temps perdu* de PROUST. No creo que haya dicho el por qué —¿por qué habría de hacerlo?— pero entre las razones que lo llevaron, repetidamente, a través de las siete novelas, en el largo camino que va desde *Du côté de chez Swann* a *Le Temps retrouvé*, seguramente debe haber estado su reflexivo despliegue autorreferencial y la exploración de lo interior, de la primera persona del singular. Como dice con justicia MACCORMICK en la primera edición de su libro *H.L.A. HART*, el «punto de apoyo» y la «perspectiva metodológica central» de la «teoría analítica del derecho» de HART consiste en que como «teórico jurídico o social descriptivo», uno puede y debe «[mantener] aparte sus propios compromisos, su moral crítica, su pertenencia o no a un grupo», y «mostrar las reglas tal como son para aquellos a quienes pertenecen» (MACCORMICK, 1981: 37-38). La explicación del derecho, como el propio HART lo presenta en *El concepto de derecho*, debe «referirse al aspecto interno de las reglas, vistas desde su punto de vista interno [el de los miembros del grupo]», y «reproducir la manera en que las reglas funcionan en la vida» de tales miembros, es decir, en sus «reclamos, demandas, reconocimientos,

críticas... todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas», la vida tal como la llevan aquellos para quienes las reglas cuentan como razones para actuar, y para quienes las violaciones cuentan como razón para la hostilidad (HART, 1994: 90) [HART, 1963: 112-113].

Un poco menos conocidos que los trabajos de HART que priorizan la actitud interna o actitudes hacia el derecho son sus trabajos sobre autorreferencia (especialmente sobre leyes autorreferentes¹), y sobre intención (especialmente en relación con la responsabilidad penal y la causalidad humana). Pero estos aspectos internos son igualmente centrales en su pensamiento. En respuesta a una observación mía sobre, creo, cuán significativa es la consistencia autorreferencial para poner a prueba las tesis filosóficas², HART me dijo que lo que despertó su interés por la filosofía cuando niño fue el paquete de cereales para el desayuno.

Desde la década de 1890³, los paquetes de avena Quaker tenían dibujado un robusto y típico cuáquero sosteniendo un paquete de avena Quaker que tenía dibujado un robusto y típico cuáquero sosteniendo un paquete de avena Quaker... (y así «hasta el infinito» como lo sostiene alguien hablando de estos paquetes en la novela de Aldous HUXLEY de 1928 *Point Counter Point*)⁴. En relación con el crimen y el castigo, la causalidad y las leyes autorreferentes, la atención de HART en nuestras vidas interiores de pensamiento, juicio y decisión constituyó una razón para —y suministró argumentos para promover— su resistencia a corrientes más o menos conductistas del (como a menudo él lo expresaba)⁵ «escepticismo» respecto de aspectos centrales del derecho y de las instituciones jurídicas, una resistencia que ha sido en general decisiva para la teoría jurídica posterior, lo cual constituyó un gran legado. Al sintetizar su defensa de la responsabilidad contra el escepticismo de Barbara WOOTTON en una conferencia ofrecida en 1961, HART articula lo que denomina «un importante principio general»:

La sociedad humana es una sociedad de personas, y las personas no se ven a sí mismas o a los otros meramente como otros tantos cuerpos moviéndose en formas que, en ocasiones, resultan dañinas y deben ser impedidas o alteradas. En lugar de ello, las personas interpretan los movimientos de cada uno como manifestaciones de intenciones y elecciones, y estos factores subjetivos son a menudo más importantes para sus relaciones sociales que

¹ Sobre leyes autorreferentes, véase HART, 1983: 15-16, 170-178.

² Véase, recientemente, FINNIS, 2004.

³ Supe lo que quiso decir porque un paquete de cereal australiano en la década de 1950 tenía la misma característica, solo que no con un cuáquero sino con un sapo.

⁴ HUXLEY, 1928: 294.

⁵ Véase mi recensión de *Punishment & Responsibility* (FINNIS, 1968). La palabra «escepticismo» aparece prácticamente en todos estos ensayos.

los movimientos a través de los cuales ellos se manifiestan o los efectos que producen (HART, 1968: 182).

Estas referencias a la intención y elección complementan y se corresponden con lo que *El concepto de derecho*, publicado en el mismo año, dice sobre la:

dimensión íntegra de la vida social de aquellos [que] ven [la luz roja del semáforo] [no como un mero signo de que los otros se detendrán, sino] como una *señal para* que se detengan y, por ello, una razón para detenerse de conformidad con las reglas que hacen que el detenerse cuando se enciende la luz roja sea una pauta de conducta y una obligación (HART, 1994: 89) [HART, 1963: 112].

Aquí HART resalta *señal para*, y luego en la misma página resalta su equivalente, «razón para». «Razón» se encuentra más resaltado que cualquier otro sustantivo en el libro (HART, 1994: 11, 55, 90, 105, 194) [HART, 1963: 13, 70, 113, 131, 240], y significa razones prácticas, el elemento proposicional en los pensamientos de la forma apropiada para guiar la deliberación y la eventual (posible) acción. El primero y el cuarto de los cinco resaltados de «razón» son para formular el argumento que HART estaba tan ansioso, en verdad impaciente, por presentar, incluso mientras desarrollaba los tres «problemas recurrentes» del derecho —el argumento que constituye su respuesta a los escepticismos «realistas» que reducen el derecho a predicciones. El «realismo» escéptico es una teoría jurídica pobre porque nos impide ver el hecho de que «el juez al castigar toma a la regla como su *guía* y a la transgresión de la regla como su *razón y justificación* para castigar al transgresor». Un «enunciado del juez de que una regla es válida es un enunciado interno..., y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la *razón* de su decisión» (HART, 1994: 11, 105) [HART, 1963: 13, 131]. Veinte años después, para la época de *Essays on BENTHAM*, HART había replanteado su teoría de la autoridad y del derecho para enfatizar aún más el carácter central que tienen en ella las razones para la acción (razones excluyentes e independientes del contenido).

... una razón jurídica dotada de autoridad ... es un factor (que en sistemas jurídicos simples puede incluir el dictado de una orden) reconocido al menos en las prácticas de los tribunales, en lo que denomino su regla o reglas de reconocimiento, como constitutivo de una razón para actuar y decidir [, una razón] de un tipo especial. Razones de este tipo ... constituyen guías jurídicas para la acción y pautas jurídicas de evaluación⁶.

⁶ HART, 1982: 18. HART utiliza aquí «evaluación» en un sentido mucho más amplio que el de «enunciados de valor» cuando contrasta a éstos últimos con los «enunciados de validez», en HART, 1994: 108 [HART, 1963: 134] (véase *infra* el texto y la nota 25).

Ahora, razones de este tipo, *como* las que se articulan en órdenes o *como* las que se manifiestan verbal o no verbalmente en la práctica de los tribunales, son hechos históricos. Como otros hechos históricos acerca de pensamientos, decisiones y acciones, ellos pueden —y a menudo deben— ser comprendidas acabadamente, sin ser respaldadas o aprobadas, condenadas o desaprobadas: simplemente han de ser comprendidas y descritas fielmente. Adulterar nuestra comprensión de las evaluaciones de los demás (o de nuestras propias evaluaciones pasadas) con nuestras evaluaciones presentes sería una verdadera necedad para el general, el abogado, el detective, el perito (juez de los hechos) o el historiador. No debe haber aquí ninguna cuestión de «caridad interpretativa» o de «hacer de algo lo mejor en su género», y mucho menos lo mejor moralmente⁷. Como dice HART en su *Postscript* póstumo, «la descripción puede todavía ser descripción, incluso cuando lo que se describe es una evaluación» (HART, 1994: 244). Desde luego, tomarse el trabajo de investigar y describir *esta* evaluación de *esta* persona o grupo, de entre todo el fárrago de hechos disponibles para investigar y describir, presupone una evaluación por parte del investigador, por no hablar de la audiencia⁸. Pero esa evaluación presupuesta sigue siendo externa respecto del pensamiento evaluativo —el concepto, la acción o práctica— descrito. De manera que la descripción puede, y para muchos propósitos debe, ser libre de valores aun cuando describe los valores y las consiguientes acciones de las personas —de los otros o de uno mismo cuando da cuenta de sus propias creencias y conducta.

Pero HART fue más allá, tanto en el *Postscript* como antes de él. Como lo expresa en el *Postscript*:

... el teórico descriptivo del derecho debe *comprender* lo que es adoptar el punto de vista interno, y en ese sentido limitado debe ser capaz de ponerse a sí mismo en el lugar del participante; pero esto no equivale a aceptar el derecho o a compartir o respaldar el punto de vista interno del participante, o de cualquier otra forma claudicar respecto de su posición descriptiva (HART, 1994: 242).

Aquí ha habido un cambio al que HART nunca parece haber prestado atención, y quizá habría simplemente negado que se tratase de un cambio, de la descripción que es la especialidad del detective, el perito, el traductor o el historiador, a lo que HART denomina una «teoría general descriptiva»

⁷ Todo esto me ha resultado claro desde que leí *Autobiography* de R. G. COLLINGWOOD (1939) a comienzos o mediados de la década de 1950. Véase TWINING, 1998: 603.

⁸ «Son los juicios de valor del historiador los que seleccionan, de entre el infinito fárrago de cosas que han sucedido, aquellas sobre las que vale la pena reflexionar» (COLLINGWOOD, 1999: 217). La versión de WEBER de este pensamiento es más conocida.