

EL DERECHO EN LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA: 1776-1976*

En años recientes, los filósofos del Derecho en los Estados Unidos han empezado a conformar nuevas tendencias en la jurisprudencia.** El profesor Hart examina aquí esos nuevos desarrollos a la luz del pensamiento de Jeremías Bentham, encontrando que las teorías de éste no deberían ser descartadas todavía. De particular interés para los seguidores de la filosofía jurídica contemporánea serán las críticas del profesor Hart a la obra reciente de Ronald Dworkin y Robert Nozick.

I

INTRODUCCIÓN

Como inglés, me siento complacido en contribuir a la celebración de los grandes eventos de 1776. Hicieron bien, si puedo decirlo así, por ustedes, por nosotros y por el mundo al llevar a cabo ese rompimiento; del cual el producto no menos importante ha sido, en este país, el desarrollo de las refrescantes y, como las consideramos, característicamente estadounidenses*** interpretaciones sobre la naturaleza y la significación del derecho.

La perspectiva en la que los invito a observar el derecho es la de relacionar ciertas ideas ahora en boga, en la filosofía política y en la jurisprudencia, particularmente en este país, con aquellas ideas que surgieron a una vida vigorosa hace, justamente, doscientos años. Ningún jurista inglés y, ciertamente, ningún filósofo del derecho inglés podría olvidar que el año de la maravilla: 1776, el que vio la publicación de

* Estos apuntamientos fueron presentados el 30 de abril de 1976 en las Conferencias del Bicentenario de la *New York University School of Law* con el título: *American Law: The Third Century* (El derecho de los Estados Unidos: El Tercer Siglo;) cfr. *infra* nota***.

** Entendida como teoría jurídica o ciencia del derecho.

*** Como la palabra inglesa '*American*' es usada para significar lo perteneciente o relativo a los Estados Unidos y no al continente América, como lo haría su correspondiente en español: 'americano', hemos preferido usar las expresiones: 'de los Estados Unidos' o 'estadounidense', según el caso, expresiones que señalan exactamente lo que '*American*' en el original (N.T.).

la Declaración de Independencia, el primer volumen de la obra de Edward Gibbon: *La decadencia y caída del Imperio Romano*¹ y la de Adam Smith: *La riqueza de las naciones*,² fue también el año de la publicación anónima del primer libro de Jeremías Bentham: *A Fragment on Government*³ (*Un fragmento sobre el gobierno*), el cual contenía la primera formulación del autor del principio de utilidad y el germen de casi todo su pensamiento posterior sobre el derecho y las ciencias del derecho.

Creo que es menos sabido que, en el mismo año, Bentham contribuyó, también anónimamente, en *An Answer to the Declaration of the American Congress*⁴ (*Una respuesta a la Declaración del Congreso de los Estados Unidos*) con un breve ataque, brusco y satírico, al preámbulo filosófico de la Declaración y a las doctrinas de la igualdad natural de los hombres y de sus derechos inalienables.

II

EL PENSAMIENTO DE BENTHAM SOBRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

En *A Fragment on Government*, publicado cuatro meses antes de la Declaración de Independencia, Bentham describió el principio de utilidad como el axioma fundamental de acuerdo con el cual "es la mayor felicidad del mayor número lo que constituye la medida de lo correcto y lo incorrecto".⁵ En manos de Bentham, esta máxima habría de proporcionar, entre otras cosas, la justificación del ejercicio del gobierno sobre los hombres mediante normas (*laws*)^{5 bis} coercitivas, la justifi-

¹ Gibbon, I.E., *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, 1776.

² Smith, A., *The Wealth of Nations*, 1776.

³ Bentham, J., *A Fragment on Government* (de aquí en adelante: Bentham, *A Fragment*), en *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1, ed. por J. Bowring, 1969 (de aquí en adelante *Works of Bentham*), pp. 221-293.

⁴ *An Answer to the Declaration of the American Congress*. (V. *supra* nota***), 1776. Publicada anónimamente (de aquí en adelante: *An Answer to the Declaration*). El autor de la parte principal del trabajo fue John Lind, amigo cercano y colaborador de Bentham, con quien inició el proyecto de un examen crítico de los Comentarios de Blackstone: Del cual nació *A Comment on the Commentaries* (Ed., por W. Everett, 1928) de Bentham (de aquí en adelante: Bentham, *A Comment*), y del que *A Fragment* es una rama lateral. La contribución de Bentham a *An Answer to the Declaration* (cfr. *supra*) fue incluida en la *Short Review of The Declaration*, id., pp. 120-122, y se identifica como uno de los trabajos de Bentham por la carta de éste a Lind: *Letter from Jeremy Bentham to John Lind*, septiembre de 1776 (de aquí en adelante *Bentham's Letter*) en *The Correspondence of Jeremy Bentham*, vol. 1, ed. por T. Sprrings, 1968 (en adelante: *Correspondence*), pp. 341-344.

⁵ Bentham, *A Fragment*, cit., p. 227.

^{5 bis} Como '*laws*' indica aquí, más que '*leyes*', en cuyo caso se hubiera usado

cación tanto de la obediencia a las normas como, cuando la ocasión lo requiriera, de rehusar la obediencia.⁶

El utilitarismo llegó a ser así, una teoría justificativa del gobierno y de los límites del mismo.

En su contribución a *An Answer to the Declaration of the American Congress*, Bentham atacó la justificación alternativa de aquellas cosas que eran ofrecidas por la doctrina de los derechos inalienables del hombre.⁷ Al hacer esto, disparó los primeros proyectiles livianos del destructivo análisis que devino un extenso y pesado bombardeo diecisiete años después, cuando la doctrina reapareció en la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.⁸

Con esas dos obras, Jeremías Bentham inauguró en 1776 toda una época en esa área de la filosofía, la cual es de peculiar relevancia e interés para el jurista. Es más, aun cuando, en el estricto estilo inglés, concebimos la teoría jurídica como situada fuera del dominio de la filosofía o teoría políticas, es verdad que los pensamientos de Bentham, publicados precisamente hace doscientos años, han sido de gran influencia y persistencia en la jurisprudencia. A través de los años desde su muerte en 1832, muchos argumentos y contraargumentos sobre la naturaleza del derecho, sobre las relaciones entre el derecho y la moral y sobre las formas del razonamiento jurídico apropiado para las decisiones jurídicas, han girado alrededor de las ideas que se encuentran en las obras de Bentham. La más fundamental de estas ideas es que el derecho, bueno o malo, es un artefacto de hechura humana, que los hombres crean y agregan al mundo mediante el ejercicio de su voluntad. El derecho no es algo ya (existente) en el mundo que el hombre descubra por medio del ejercicio de sus facultades de razonamiento.⁹ Bentham pensó que ciertamente hay buenas razones para tener normas (*laws*)^{9 bis} pero la razón de una norma, aun sea una buena razón, no es nunca más norma que lo que "el hambre, pan".¹⁰ En este fundamento se basa la famosa

las expresiones 'statutes' o 'enactments', los elementos de un orden jurídico en general (i.e.: *legal rule*; cfr. J. Raz. *The Concept of Legal System, An Introduction to the Theory of Legal Systems*, Clarendon Press, Oxford, 1973, p. 75), hemos traducido '*laws*' por 'normas' por ser este término el más comúnmente usado por nuestra tradición jurídica para indicar las formas en que se presenta el derecho o los elementos que componen el orden jurídico. (N.T.)

⁶ *Idem*, p. 270.

⁷ *An Answer to the Declaration*, cit., pp. 120-122.

⁸ Bentham, *J. Anarchical Fallacies: Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution* (de aquí en adelante: *Bentham Anarchical Fallacies*) en *Works of J. Bentham*, vol. II, cit., pp. 489-534.

⁹ Bentham, *Pannomial Fragments*, en *Works of J. Bentham*, vol. III, cit., p. 219.

^{9 bis} *supra* nota 5 bis (N.T.).

¹⁰ *Idem*, p. 221.

definición de las normas como mandatos, prohibiciones o permisiones de un legislador (*legislature*)^{10 bis} soberano, emitidos ya sea explícita y directamente por el soberano, o bien indirectamente a través de sus subordinados, cuyos mandatos el soberano explícitamente autoriza o tácitamente adopta.¹¹

Con esas ideas fundamentales iba la tajante distinción que hizo Bentham, en *A Fragment on Government*, entre el derecho como es y el derecho como debe ser (y entre una jurisprudencia analítica, o como él la denomina, expositiva) y una jurisprudencia crítica o censora.¹² Y su insistencia, en esa misma obra, en que los fundamentos de un sistema jurídico no pueden ser encontrados en ninguna teoría moral o justificativa, sino que son propiamente descritos en los términos evaluativa y moralmente neutros de un hábito general de obediencia a un legislador soberano.¹³

Este conjunto de ideas inició la larga tradición positivista en la jurisprudencia inglesa. Esta tradición, transmitida a través de la obra de John Austin,¹⁴ en un estilo más fácilmente asequible que el de Bentham para los juristas que no eran al mismo tiempo filósofos, ha, por supuesto, influenciado profunda y, como creen algunos, desastrosamente, la educación jurídica inglesa y su concepción de la función judicial, dejando, en general, una profunda marca en el pensamiento jurídico inglés.

Inclusive en los Estados Unidos los temas principales de la teoría jurídica de Bentham han tenido repercusión, aunque, para continuar la metáfora musical, han sido transcritos a otra clave con una Corte creadora de derecho que reemplaza al legislativo británico soberano como foco central de atención.

John Chipman Gray, en *The Nature and Sources of the Law*, expresamente apoya y, ciertamente, aplaude, la distinción benthamista y austiniana entre el derecho "como lo que es" y el derecho como un ideal de lo que debe ser.¹⁵ El mismo Holmes, quien había leído cuidadosamente y en mucho respondía a la obra de Austin, encontrando que

^{10 bis} Aunque la palabra '*legislature*' señala más bien la idea de cuerpo legislativo o legislatura, hemos optado por traducirla por 'legislador' puesto que, además de adecuarse perfectamente a la frase en español, en nuestra tradición jurídica la jurisprudencia dogmática suele usarla para referirse al cuerpo legislativo (cfr. Carlos S. Nino. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1974, pp. 85-92).

¹¹ Bentham, J. *Of Laws in General*, H.L.A. Hart, ed. University of London, The Athlone Press, Londres, 1970, pp. 1-33.

¹² Bentham, *A Fragment*, cit., p. 229.

¹³ Bentham, *Pannomial Fragments*, cit., p. 263.

¹⁴ J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5ª ed., 1911.

¹⁵ Gray, J.C. *The Nature and Sources of the Law*, 1909, pp. 92-93.

la aparente dureza de Holmes era congénita a su temperamento, defendía lo que en esencia era la misma distinción cuando argumentaba que el jurista preclaro debía lavar la noción de obligación jurídica y deber en "ácido cínico" de forma a librar al derecho de una perenne y obscura confusión con la moralidad.¹⁶

Tales fueron, pues, las ideas principales con las cuales una época se inició en 1776 tanto en la teoría política como en la jurídica. Pero hay signos de que esta época puede estar ahora terminando. El utilitarismo que por mucho tiempo fue considerado como la sobria y eficaz manifestación inglesa de la Ilustración europea, y que fue, ciertamente, la fuente de grandes reformas del arcaico sistema jurídico inglés, así como la inspiración del pensamiento progresista en Inglaterra y otros lugares, es visto ahora por muchos pensadores como teniendo un más oscuro y más siniestro aspecto; que permite a los individuos que cualquier cosa sea hecha pasando por alto cualquier sacrificio, en la búsqueda del fin último: maximizar el bienestar total o promedio de una comunidad.

Aún más, muchos de los trabajos usuales más interesantes entre los filósofos políticos de los Estados Unidos —y estoy pensando aquí en *A Theory of Justice* de John Rawls¹⁷ y en *Anarchy, State and Utopia* de Robert Nozick—¹⁸ no son sólo francamente hostiles al utilitarismo, sino que señalan como pecado capital de éste, su incapacidad en reconocer que la división de la humanidad en individuos distintos es un hecho de gran importancia moral que confiere a ciertos intereses de esos individuos, un título de inviolabilidad que tiene que ser mantenido, aun cuando mantenerla pueda reducir el nivel del bienestar total o promedio por debajo del que podría haberse logrado de otro modo.¹⁹

Evidentemente, una filosofía social de tal índole, tiene enorme afinidad con las doctrinas del siglo xviii de los derechos inalienables del hombre, de las que bastante se pensó había sucumbido ante la gran crítica utilitarista.

Por lo que toca a la jurisprudencia, al considerar que podemos estar al final de una época y en el inicio de una nueva, pienso en la obra de mi sucesor estadounidense en la cátedra de *Jurisprudence* en Oxford: el profesor Ronald Dworkin. La transición se manifiesta no sólo por la

¹⁶ Holmes, O.W. *The Path of the Law* (de aquí en adelante: Holmes, *The Path*), en *Collected Legal Papers* (de aquí en adelante: *Legal Papers*), pp. 173-174.

¹⁷ Rawls, J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971.

¹⁸ Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books Inc. Publishers, Nueva York, 1974.

¹⁹ *Idem*, pp. 28, 32-33; Rawls, *op. cit.*, 3-4.

misma antipatía hacia el utilitarismo²⁰ y la misma insistencia en la importancia independiente de los derechos del individuo, sino, también, por una nueva forma de la antigua teoría de que hay conexiones conceptuales vitales entre el derecho y los principios de justicia que justifican al derecho, a los cuales, se dice, el positivismo ha sido ciego y ha cegado a sus víctimas.²¹

Por supuesto la crítica a la versión benthamista del utilitarismo no es algo nuevo. Por lo menos durante un siglo en Inglaterra y en los Estados Unidos ha habido una corriente de crítica intermitente, asistemática y fragmentaria al legado de Bentham a la filosofía política y a la jurisprudencia. Hasta hace poco las críticas han sido admitidas como cuestiones que requieren refinamiento, modificación o reinterpretación de las doctrinas, y no como completo rechazo. Aun cuando en el caso de algunas reinterpretaciones —notablemente la versión de carácter libertaria e individualista de la noción de utilidad de John Stuart Mill—²² pudiera parecer que el espíritu de la doctrina de Bentham fuera completamente transformado y sólo la terminología en que se encuentra formulada permaneciera la misma.

Pero los tres autores contemporáneos que he mencionado son diferentes, y es un fenómeno de importancia que, a pesar de muchas diferencias de doctrina e implicaciones políticas, los más vivos y más interesantes escritos modernos sobre teoría política y jurídica, contengan francos y fundamentales desafíos al pensamiento de Bentham sobre el derecho y la política. De aquí que en lo que resta de esta breve presentación, tomaré dos ejemplos de las nuevas ideas y plantearé la cuestión de si haríamos bien en considerarlas como disponiendo, finalmente, del pensamiento de Bentham en estos campos.

III

CONCEPTOS MODERNOS DE DERECHO Y POLÍTICA

A. *La doctrina de los derechos naturales inalienables*

En su ataque de 1776 a la *Declaración de Independencia*, Bentham concede que el concepto de un derecho subjetivo no positivo —esto es,

²⁰ Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2ª serie, ed. por A.W.B. Simpson, Oxford, 1973, p. 202.

²¹ Dworkin, R. *Hard Cases* (de aquí en adelante: Dworkin, *Hard Cases*), en "Harvard Law Review", vol. 88, 1975, p. 1057.

²² J.S. Mill, *On Liberty*, en *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, Everyman's Library, 1951, p. 97.

un derecho subjetivo que no ha sido creado por la ley o la costumbre social— es coherente y no contradictorio en sí mismo,²³ aunque su propia opinión era de que tal concepto era, en realidad, contradictorio y una especie de estupidez.²⁴ Dentro del marco de esta concesión provisional, Bentham dirigió su crítica a la *Declaración de Independencia* en su absurdo de combinar la afirmación de que hay derechos inalienables con la de que el gobierno es necesario para protegerlos y de que éste se legitima cuando lo hace así.²⁵ Esta combinación en opinión de Bentham, era absurda porque el ejercicio de las facultades necesarias de cualquier gobierno tiene que restringir constantemente al individuo en el ejercicio de sus pretendidos derechos inalienables:

Ellos no ven, o parece que no ven, que nada de lo que ha sido siempre denominado gobierno, haya o pudiera haber sido más ejercido a salvo de expensas de uno u otro de estos derechos: que (consecuentemente) en tantas ocasiones en que el gobierno sea ejercido, uno u otro de esos pretendidos derechos inalienables es alienado... Si el derecho a perseguir la felicidad es un derecho inalienable... ¿por qué? (¿cómo?) es que los ladrones son reprimidos en su búsqueda mediante el robo, los homicidas por homicidio y los rebeldes por rebelión...²⁶

Considerada estrictamente como proporcionando garantías absolutas de ciertas libertades, tal doctrina es esencialmente anárquica, y los anarquistas no han sido tardos en invocarla para fundamentar su pretensión de que el Estado es, moralmente hablando, ilegítimo.

Bentham insistió en que ningún principio político con la rigidez de la doctrina de los específicos derechos inalienables podría tener aplicación en el mundo real²⁷ donde los hombres viven sus vidas. Tales principios pertenecen a Utopía, esto es, a ninguna parte, o a un mundo imaginario. Consecuentemente, Bentham estigmatizó la doctrina como producto no de la razón sino de la mera imaginación,²⁸ deplorando que

²³ *An Answer to the Declaration*, cit., pp. 119-122.

²⁴ *A Critical Examination of the Declaration of Rights*, cit., pp. 497-504; *Memoirs and Correspondence*, cit., p. 63.

²⁵ *An Answer to the Declaration*, cit., p. 120.

²⁶ *Bentham's Letter*, cit., pp. 342-343. El texto de *An Answer to the Declaration* (cit., pp. 120-122) difiere en ciertos puntos de detalle, pero reproduce la substancia de esos pasajes. El texto publicado, empero, agrega las palabras: "Aquí, pues, le han hincado el hacha a la raíz de cualquier gobierno" (*idem*, p. 123).

²⁷ Bentham, J. *Plan of Parliamentary Reform* (de aquí en adelante: *Parliamentary Reform*), en *Works of J. Bentham*, vol. III, cit., p. 467, n (+).

²⁸ "[I]maginación con su instrumento favorito: la palabra 'derecho' (*right*)" (*idem*, p. 515, con cursivas en el original). Cfr. Bentham, *Anarchical Fallacies*, cit., p. 523.

dichos principios fueran “sordos, implacables e inflexibles —principios [que] nunca oirán de modificación alguna, [que] no mirarán *cálculo* (*calculation*) alguno, [el cual] si en vez de la imaginación, la razón [fuera] consultada, sería necesario”.²⁹

Este tipo de crítica fue ampliada por Bentham cuando llegó a tratar la *Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, demostrando que los derechos inalienables, concebidos como garantías de específicas libertades de acción no sólo eran incompatibles con el gobierno, sino que estaban condenados a constantes conflictos entre sí.³⁰ Simple y superficial como esta forma de crítica puede parecer, llegó a ser, y continuó siendo por décadas, la objeción estándar a la doctrina de los derechos naturales rígidos (*fixed*). Su vitalidad, por cierto, está confirmada, paradójicamente, por una de las obras que ya hemos mencionado antes: *Anarchy, State und Utopia*, de Nozick. Puesto que, desde el principio, Nozick plantea precisamente la cuestión de Bentham y pregunta: “¿Qué tanto margen dejan al gobierno los derechos individuales?”³¹ Lo que es sorprendente es que Nozick da la misma respuesta que Bentham: “Ningún margen que no sea en un mundo imaginario”.³² Tal es el mensaje del brillante e infinitamente ingenioso trabajo de Nozick.

De este modo, Nozick argumenta que al ser otorgados un conjunto de derechos naturales —tales como el derecho a no ser privado de la vida, ni lesionado, ni coaccionado [ilícitamente], a no ser desposeído de la propiedad o a que ésta no sea destruida, y a no ser limitado en el uso de la propiedad— sólo una mínima forma de Estado puede ser legítima, el llamado Estado “gendarme” (*nighwatchman*), cuyas funciones están limitadas al castigo de las violaciones de tales derechos.³³

Más aún, dados esos derechos naturales, aun esta mínima forma de Estado sólo podría ser justificada de acuerdo a ciertas condiciones que Bentham jamás consideró. Sin embargo, Bentham podría ser perdonado por no haberlo hecho así, puesto que son condiciones producidas por la viva imaginación de Nozick, a las cuales es altamente improbable satisfacer en el mundo real, en contraste con el mundo imaginario. Las condiciones en cuestión son: que el Estado debía de haber surgido a través de los individuos que voluntariamente se unen a una asociación de protección privada que pudiera, eventualmente, lograr, sin infringir ningún derecho natural, el predominio en un limitado territorio, aun

²⁹ Bentham, *Parliamentary Reform*, cit., p. 467, n (+) (cursivas en el original).

³⁰ Bentham, *Anarchical Fallacies*, cit., pp. 493-534.

³¹ Nozick, *R. op. cit.*, p. IX.

³² *Idem.*, pp. 88-119.

³³ *Idem.*, p. IX.

cuando no todos se unieran a ella.³⁴ Sin embargo, todo esto parece en verdad imaginario e irrelevante en un mundo en el que los Estados no surgen de tal manera.

De este modo, la teoría de Nozick parece hecha a la medida para la acusación de Bentham de que hablar de derechos inalienables, estrictamente considerados, pertenece sólo al mundo de la imaginación. Evidentemente Bentham concebía que los defensores de esa doctrina desaprobaban esta estricta y absoluta interpretación de la misma, y que, aunque hablando de derechos "inalienables", admitirían el hecho de que limitaciones de alcance, modificaciones y excepciones, así como también el equilibrio entre derecho y derecho y entre derecho y el bienestar general, puede ser necesario.³⁵

Bentham concebía también que dichos defensores incluso se contentarían con ver a los derechos inalienables meramente como directrices ideales para que los gobiernos hagan lo mejor que puedan en favor de ciertos intereses individuales.³⁶ Pero sostenía que la doctrina sería, entonces, nugatoria.³⁷ Para sostener esta afirmación Bentham podría haber citado algunos famosos —e infames— ejemplos de los Estados Unidos en donde las declaraciones expresas de derechos naturales a la libertad, incorporadas a las constituciones estatales, se consideraron que no afectaban los derechos del propietario de esclavos a su propiedad sobre éstos.^{38 38 bis}

A los defensores franceses de los derechos naturales, Bentham los re-

³⁴ *Idem.*, pp. 297-306.

³⁵ Bentham, *Anarchical Fallacies*, cit., pp. 502, 507, 510 y 534.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Hudgings v. Wrights*, 11 Va. (1 Hen. &M.), pp. 133, 141 (1806) que interpreta la cláusula "libres e iguales" del *Bill of Rights* de Virginia (art. 1, párrafo 1, de la Constitución de Virginia), discutida en R. Cover, *Justice Accused, Anti-Slavery and the Judicial Process*, 1975, pp. 52-54; también, Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en *Works of J. Bentham*, vol. I, cit., pp. 309-310.

^{38 bis} La manera en que se cita la jurisprudencia norteamericana contenida en los *Law Reports*, es la siguiente: Después de los nombres de las partes (actor o demandado), el número que sigue es el número del volumen, luego viene la abreviatura del informe particular y la página en la cual empieza. Después vendría el número que indica la página o páginas en que se quisiera llamar la atención. Ejemplo: *Norton v. Shelby County*, 18 U.S. 425, 442 (1886) con lo que se indica que el actor es Norton, el demandado es el Condado de Shelby, que el juicio se encuentra asentado en el volumen 118 de los informes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, relato que empieza en la página 425 y la referencia se halla en la página 442; la fecha de la decisión es de 1886. Antes de 1875 se citaban los casos de la Suprema Corte usando el nombre del relator del informe que podía ser Dallas, Cranch, Wheaton, Howard, Black, Wallace, en vez de la abreviatura "U.S." (cfr. J.A.C. Grant, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes*, UNAM, México, 1963, p. 23). (N.T.)

presentaba como situados en los cuernos de un dilema: entre lo imposible y lo nugatorio.³⁹ Creo que en esto estaba equivocado: hay ciertamente más que decir sobre la relación entre los derechos humanos fundamentales y otros valores que lo que admite Bentham. Pero, no obstante los trabajos recientes, no creo que tengamos ya una teoría satisfactoria que demuestre cómo el respeto de tales derechos ha de combinarse con la persecución de otros valores. Me parece que algunas teorías han tirado al bebé —esto es, los derechos fundamentales compatibles entre sí y con el gobierno— con el agua de la bañera de la excesiva rigidez. Otras teorías —quizá la del profesor Nozick entre ellas— lo han hecho peor, esto es, han tirado al bebé y han conservado el agua de la bañera.

B. *El reto al positivismo jurídico*

Al discutir el segundo de mis temas el reto moderno al positivismo jurídico heredado de Bentham, puedo únicamente considerar, aunque muy brevemente, un aspecto de este moderno desafío: la nueva forma de la vieja acusación de que el positivismo ha descrito equivocadamente la naturaleza del proceso judicial. En esto ha habido un sorprendente *volte face* entre los críticos. En efecto, y usando el lenguaje de 1776, “el mundo se ha vuelto de arriba abajo”.⁴⁰ Digo esto porque hace veinte años, cuando llegué a Harvard para exponer sobre mi propia teoría jurídica, el pecado imputado a las concepciones positivistas de la función judicial era: “formalismo”, “conceptualismo”, “mecánico”, “teoría jurídica de máquina tragamonedas” o una excesiva creencia en el uso de la “lógica” para la búsqueda de soluciones.

Se ha dicho que el positivista cree —aunque de hecho, ni Bentham ni Austin lo creyeron— que las decisiones judiciales correctas eran siempre las conclusiones de silogismos, hallados mediante un mero razonamiento deductivo a partir de reglas jurídicas claramente determinadas, las cuales servían como premisas mayores.

Se ha dicho que los juristas positivistas, y los jueces mal orientados por aquéllos, ignoraban la indeterminación en el límite de muchas disposiciones constitucionales, el carácter abierto de muchas leyes y el indefinido conflictivo alcance de muchos precedentes que dejaban amplio margen al juez y hacían ineludible una elección de su parte.⁴¹

³⁹ Bentham, *Anarchical Fallacies*, cit., pp. 493, 502; V. *idem*, pp. 502 (Absurda o nugatoria, y en ambos casos perverso; tal es la alternativa), 507, 510 y 534.

⁴⁰ Fleming, T. *Beat the Last Drum*, 1963, p. 538.

⁴¹ Fuller, L. *The Law in Search of Itself*, 1940, pp. 88-89 y 93-94; cfr. Pound, R. *An Introduction to the Philosophy of Law* (de aquí en adelante; Pound, *Philosophy of Law*), 1922, pp. 103-106.

En definitiva, sostenía la crítica, para alcanzar una solución, el juez tenía que escoger entre alternativas competitivas, y tal elección, si era racional, tendría que ser hecha a la luz de políticas y valores sociales que lo llevarían más allá de lo que los positivistas llamaban derecho.⁴² Basado en esta tesis, la cual estaba destinada a corregir los entonces percibidos errores del positivismo, el juez, algunas veces, creaba derecho aunque, contrariamente a lo que ocurre con el legislador, el juez estaba, sin duda, limitado de varias maneras, cercado por el derecho existente el cual rechaza varias alternativas, y el que le impone el deber de sopesar lo mejor que pueda, antes de buscar una decisión, distintos supuestos, algunas veces competitivos, que manifiestan los valores aceptados del sistema jurídico.

Pero la moderna crítica al positivismo, expuesta con gran fuerza, sutileza y complejidad por el profesor Dworkin, cambia esas acusaciones contra el positivismo y sostiene que el pecado capital de los positivistas no es más que el "formalismo" o su creencia en una teoría "mecánica" de la decisión judicial, sino que consiste en una equivocada asimilación de la tarea del juez, cuando decide casos difíciles, a una opción legislativa o creadora de derecho.⁴³ Se ha dicho que los litigantes tienen siempre el derecho para obtener de los jueces que se les aplique el derecho existente y no el de que les creen un nuevo derecho.⁴⁴ Puesto que un juez al crear tal derecho, no sólo sería injusto ahí donde las decisiones tuvieran fuerza retroactiva, sino que, además, ahí donde los jueces no son elegidos, serían antidemocráticas.

Pero los viejos y los nuevos errores del positivismo, según esta nueva crítica, no agotan las alternativas. Existe una tercera opción la cual es, también una *via media* entre la teoría clásica del derecho natural y el positivismo. Por encima de cada sistema jurídico —el cuerpo de derecho constitucional, leyes y precedentes que una comunidad, en un tiempo dado, acepta como derecho indiscutible y definido— existe, lo que Oliver Wendell Holmes rechazaba, "una omnipresencia protectora (*brooding*)"⁴⁵ de principios generales de equidad y de justicia. Estos principios no han de ser identificados con las disposiciones constitucionales positivas, leyes o decisiones de autoridad, sino que aquéllos son presupuestos por éstas, son considerados, en conjunto, como su implícita justificación y de los cuales éstas han de ser inferidas.

⁴² Pound, *op. cit.*, pp. 108-115 y 121-123. Para una definición positivista del derecho, véase Holmes, *The Path*, cit., p. 184.

⁴³ Dworkin, *Hard Cases*, cit., pp. 1058-1067.

⁴⁴ *Idem*, pp. 1061-1062.

⁴⁵ *Southern Pac Co. v. Jensen*, 244 U.S., pp. 205-222 (1917) (Justice Holmes, disintiendo).

De este conjunto de principios, el cual, en nuestro sistema, incluye concepciones de dignidad individual y libertad, pueden deducirse reglas para resolver correctamente aquellos casos difíciles en que las diferentes disposiciones constitucionales positivas, leyes y precedentes, proporcionan una guía incompleta, ambigua o conflictiva. Es a esos principios implícitos, manifiestos en el cuerpo del indiscutible derecho positivo existente, a los que los jueces deben recurrir para encontrar el derecho que servirá para decidir los casos difíciles, los cuales existen como derecho antes de que los jueces recurran a ellos. Por lo tanto, la creencia de que los jueces pueden, al decidir tales casos correctamente, crear derecho, aun cuando sea "incidentalmente", puede ser descartada como un equívoco y error positivista. Bajo esta perspectiva, Holmes estaba equivocado al expresar que cuando el derecho está en duda, "los jueces, aun cuando esto sea disfrazada e inconscientemente, están llamados a ejercer la soberana prerrogativa de la selección".⁴⁶ Por el contrario, de acuerdo con la nueva teoría, y su ampliada versión de lo que el derecho es, siempre aguarda al descubrimiento del juez un derecho preexistente, adecuado para decidir el caso —un derecho con exigencias superiores sobre las alternativas en disputa, el cual podría incluso ser considerado, en tanto implícito en el cuerpo del derecho positivo existente, el más adecuado para el caso en cuestión.

Por supuesto que sólo un ser sobrehumano (el profesor Dworkin lo llama "Hércules")⁴⁷ que dispusiera de una visión como la del ojo divino sobre todo el sistema jurídico, podría estar seguro de que había determinado correctamente el único conjunto consistente de principios que explicaran, así como justificaran, todo el cuerpo del indiscutible y definido derecho positivo, los cuales también producirán la regla correcta de decisión para el presente caso controvertido. Los mortales ordinarios, incluyendo a los jueces, sólo pueden inferir esos abstractos principios generales del cuerpo del derecho ya decidido o definido. Sólo pueden intentar determinarlos estableciendo hipótesis explicativas y justificativas.

Las hipótesis de diferentes jueces pueden estar en conflicto, pero cuando un juez adopta una, más bien que otra, según esta teoría, *no está* escogiendo lo que ha de ser el derecho y, por tanto "haciéndolo", sino que lleva a cabo lo que piensa es la mejor prueba sobre lo que ya es derecho.

Bajo esta tesis, el derecho mismo no es, como han sostenido algunas

⁴⁶ Holmes, *Law in Science, Science in Law*, cit., p. 239.

⁴⁷ R. Dworkin, *Hard Cases*, cit., p. 1062.

veces los positivistas,⁴⁸ incompleto o indeterminado. La falla no está en él, sino en *nuestras* limitadas facultades de discernimiento. No obstante que el derecho positivo ha probado estar no-definido, algo siempre fue ya el derecho para cada caso, aun si es "difícil".

El profesor Dworkin ha proporcionado recientemente el más contundente ejemplo de cómo opera esta teoría en sus recientes reflexiones sobre el admirable estudio del profesor Cover ante la antiesclavitud y el proceso judicial.⁴⁹ Antes de la Guerra Civil, jueces famosos como Joseph Story y Lemuel Shaw, de Massachusetts, quienes apasionadamente se oponían a la esclavitud, aplicaron, sin embargo, después de mucha angustia, las Leyes sobre Esclavos Fugitivos (*Fugitive Slaves Acts*)⁵⁰ votadas por el Congreso y ordenaron a los esclavos que habían huido a los Estados libres ser devueltos a sus amos.⁵¹ Desagradable como pudo haber sido para ellos, los mencionados jueces lo hicieron porque, según el profesor Dworkin, pensaron que su deber judicial era seguir las indiscutibles intenciones de los legisladores del Congreso que habían votado las Leyes sobre los Esclavos Fugitivos. Estas leyes manifestaron claramente la intención de la Convención Constituyente, incorporada, como parte del gran compromiso entre los Estados esclavistas y los Estados libres, en el artículo IV de la Constitución.⁵²

El artículo IV determina que:

Ninguna persona ligada a un servicio o a una labor en algún Estado, bajo las leyes relativas, que escape a otro, será eximido de dicho servicio o labor como consecuencia de cualquiera Ley o Regulación ahí vigente, sino que será entregado a petición de la persona a quien tal servicio o trabajo tenga que ser prestado.^{53 53 bis}

Los jueces, que con angustia superaron sus propios escrúpulos mo-

⁴⁸ Fuller, L. *op. cit.*, pp. 38-39; cfr. R. Pound, *Justice According to Law*, 1951, p. 26.

⁴⁹ Dworkin, R., Cover, R. *Justice Accused: Anti-Slavery and the Judicial Process* (de aquí en adelante: *Dworkin, Book Review*) (reseña), en el "London Times Literary Supplement", del 5 de diciembre de 1975, Londres, p. 1437.

⁵⁰ Ley del 12 de febrero de 1793, cap. 7, *Statement* 1, p. 302, según enmienda por ley del 18 de septiembre de 1850, cap. 60, *Stat.* 9, p. 462. Las secciones 3 y 4 de la Ley de 1793 y todas las de la Ley de 1850 fueron abolidas por Ley del 28 de junio de 1864, cap. 166, *Stat.* 13, p. 200.

⁵¹ V. gr.: *Prigg v. Pennsylvania*, 41, U.S. (16 *Pet.*), 536 (1842); *Thomas Sim's Case*, 61 Mass. (7 *Cush.*) 285 (1851).

⁵² Art. IV, sección 2, cl. 3 de la Constitución de los Estados Unidos; R. Dworkin, *Book Review*, cit., p. 1497.

⁵³ Art. IV, Sección 2, cl. 3 de la Constitución de los Estados Unidos.

^{53 bis} Este artículo se encuentra derogado por la enmienda 13, la cual fue propuesta el 31 de enero de 1893, se ratificó el 6 de diciembre y se certificó el 18 de diciembre del mismo año (*N.T.*).

rales a fin de hacer lo que consideraron su deber: aplicar el derecho, fueron culpables, según la nueva teoría, de una "falla (*failure*) en jurisprudencia".⁵⁴ Si tan solo hubieran estado resueltos a pensar siguiendo los lineamientos propuestos por la nueva teoría, podrían haber encontrado principios implícitos que adecuaban mejor el derecho existente que cualesquiera otros rivales y suficientemente fuertes para obtener una clara decisión en favor de los esclavos. Puesto que de acuerdo a la nueva teoría:

La estructura general de la Constitución de los Estados Unidos presupone una concepción de libertad individual antagónica a la esclavitud, una concepción de la justicia procesal que condenaba los procedimientos establecidos por las leyes sobre esclavos fugitivos, y una concepción del federalismo incompatible con la idea de que el Estado de Massachusetts no tenía facultad para supervisar la captura de hombres y mujeres dentro de su territorio. Estos principios no eran simplemente la moral personal de unos pocos jueces, la cual pusieron a un lado en interés de la objetividad. Ellos estaban más bien, según esta teoría de lo que el derecho es, más cerca del derecho de lo que estaban las transitorias y particulares políticas sobre el compromiso de la esclavitud.⁵⁵

Como resultado de esto, jueces como Story y Shaw pudieron y debieron haber puesto en práctica las enseñanzas de la nueva teoría para relevarse del deber de aplicar el derecho.

Mucho de lo que el profesor Dworkin dice en el momento de desarrollar esta concepción de la unidad del derecho, con su teoría justificativa, me parece excesivamente bien llevado contra algunas descripciones incautas sobre lo que los jueces hacen, y contra algunas afirmaciones temerarias con respecto a lo que debieran hacer en aquellos casos en que ciertas partes del derecho no ofrecen una guía clara. Como correctamente dice: los jueces, al buscar ese contacto, no colocan ni deben colocar sus códigos a un lado y escoger, sin una más completa referencia al derecho existente, de acuerdo a su propia política social o a su intuición moral.⁵⁶ Ellos efectivamente buscan, y frecuentemente encuentran, una más completa guía en el cuerpo del derecho positivo existente, el cual impone límites a su decisión y ejerce lo que, en una frase contundente, el profesor Dworkin llama bien "una fuerza gravitacional" sobre ella,⁵⁷ de tal modo que la decisión, cuando llega, puede

⁵⁴ Dworkin, *Book Review*, cit., p. 1497.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Dworkin, *Hard Cases*, cit., p. 1089.

⁵⁷ *Ibidem*.

parecerle al juez como que ha estado latente en el derecho o le ha sido immanente.

Sin embargo, cualquiera que considere esta teoría, y especialmente su aplicación a los casos de esclavos fugitivos,⁵⁸ tiene que ser, pienso, invadido por dudas con respecto a dos cuestiones principales.

La primera es la libertad que el profesor Dworkin se permite a sí mismo, y la que permitiría a los tribunales, al trazar la línea divisoria entre lo que ha de ser considerado como derecho definido, del que han de ser derivados los principios justificadores, y lo que ha de ser considerado como derecho no definido, el cual proporciona los casos difíciles que habrán de ser decididos con referencia a los principios así derivados. De este modo, para que la teoría tenga alguna aplicación a los casos de los esclavos fugitivos, el derecho relevante, al momento de la decisión, tiene que ser considerado como derecho no definido. Sin embargo, los propios jueces, como el profesor Dworkin señala, dijeron que era derecho definido.⁵⁹ El profesor Dworkin da a entender que los jueces no podrían haber creído lo que dijeron puesto que, a pesar de haber dicho lo que creían, estaban creando nuevo derecho: "las decisiones fueron sorprendentes no porque los jueces hayan rechazado someter el derecho a sus propias convicciones, sino porque, aunque ellos creían que estaban creando nuevo derecho, crearon derecho que ellos mismos consideraron inmoral".⁶⁰

Más importante es la duda de si el profesor Dworkin ha establecido algo que es central para su caso: de que un juez no se enfrentará frecuentemente a modos alternativos igualmente correctos de aplicar la teoría del profesor Dworkin cuando, al procurar evitar "la falla en jurisprudencia" de la que Story y Shaw fueron culpables, trata de extraer del derecho existente el principio que provera la solución correcta en un caso difícil. Es correcto e iluminante hablar del derecho existente como ejerciendo un empuje gravitacional sobre el juez, pero que no habrá muy frecuentemente iguales empujes gravitacionales en diferentes direcciones, me parece algo aún por demostrarse.

En la exposición del profesor Dworkin es obvio que la subyacente teoría justificativa del derecho existente, de la cual los jueces han de extraer las reglas de decisión, incluye principios que son extremadamente

⁵⁸ V. gr.: *Ableman v. Boot*, 62 U.S., (21 How.) 506 (1858); *Jones v. Van Zandt*, 46 U.S. (5 How.) 215 (1847); *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 536 (1842).

⁵⁹ V. gr.: *Prigg v. Penn.*, 41 U.S. (16 Pet.), 536, 601-602 (1842); *Thomas Sim's Case*, 61 Mass. (7 Cush.) 285, 304, 309-310 (1851).

⁶⁰ Carta del Profesor Ronald Dworkin al Editor, aparecida en el *London Times Literary Supplement* del 9 de junio de 1976, Londres, p. 35, columna 1. Cfr. *Idem* con Dworkin, *Book Review*, cit., p. 1497.

generales y abstractos.⁶¹ Encuentro difícil creer que, de entre ellos, sea precisamente un principio o un conjunto de principios los que puedan ser señalados para adaptar mejor que cualquiera otro el derecho definido existente. Me parece que los principios que *apoyan* las decisiones contra los esclavos parece que adaptan el entonces derecho existente al menos tan bien como aquellos que el profesor Dworkin propone.⁶²

¿Cómo habría considerado Bentham esta nueva teoría tan turbadora y sugerente?, y qué habría pensado de la afirmación de que al omitir considerar la visión más amplia del derecho del profesor Dworkin, jueces como Joseph Story fueron culpables de una falla en la jurisprudencia, exponiéndose ellos mismos a innecesarias angustias? Indudablemente Bentham habría pensado en que ésta era una prolongación de la teoría de Blackstone del *Common Law*, según la cual las decisiones de los jueces no crean derecho, sino que son meramente la evidencia de lo que el derecho es.⁶³ La cuestión principal es si la nueva teoría puede escapar a la crítica que Bentham hace a la teoría de Blackstone, a saber: era una ficción que permitiría al juez, en la equívoca manera de encontrar, detrás del derecho positivo, lo que el derecho realmente es, investir sus propias opiniones personales, morales o políticas, con una espuria objetividad de derecho ya existente.⁶⁴ Todo depende de la afirmación que hace el profesor Dworkin con fuerza y perspicacia, y a la que me he visto imposibilitado a hacer justicia aquí, de que cuando surgen los casos difíciles, las hipótesis explicativas igualmente bien fundadas y plausibles sobre lo que el derecho latente es, no se presentan.⁶⁵ Esto es una afirmación que, considero, ha de ser aún evaluada.

⁶¹Dworkin, *Hard Cases*; Dworkin, R. *The Model of Rules*, "University of Chicago Law Review", vol. 35, 1967, p. 14.

⁶² Así Joseph Story y Lemuel Shaw, habiendo seguido la teoría del profesor Dworkin (V. texto que acompaña la nota 55), podrían haber extraído del derecho entonces existente, en vez de los principios formulados por el profesor Dworkin, los principios siguientes:

i) La estructura general de la Constitución de los Estados Unidos presupone que un compromiso entre diferentes Estados con diferentes instituciones ha de ser mantenido aun a costa de la libertad individual afectada en la efectiva aplicación de los derechos de un propietario de esclavos cuando la esclavitud es reconocida por un Estado en particular.

ii) La concepción del federalismo y de la justicia procesal presupuesta por el derecho existente, consecuentemente, requiere que la reclamación de un propietario de esclavos a la devolución de un supuesto esclavo escapado, sea decidido en el Estado del propietario, el cual reconoce la institución de la esclavitud y en el que la mejor evidencia del *status* del supuesto esclavo es probable que se encuentre.

⁶³ Blackstone, J.W. *Commentaries on the Law of England* 69.

⁶⁴ Bentham, J. *Common Law: Judicial Decisions*, en Bentham, *A Comment*, cit. pp. 138-191.

⁶⁵ Dworkin, *Hard Cases*, cit. pp. 1058-1060.

IV

CONCLUSIÓN

En mi perspectiva, sobre el futuro del derecho y la filosofía, hay muchas cuestiones inconclusas. Cuando tanto en mi país como en el vuestro, las cuestiones fundamentales de la política social son enormemente discutidas en términos de derechos individuales, aún necesitamos una teoría satisfactoria de los derechos humanos fundamentales y de sus relaciones con otros valores perseguidos por el derecho. Así también, si en la teoría jurídica el positivismo, finalmente, ha de ser puesto a descansar, aún necesitamos una demostración de que un concepto ampliado del derecho que incluya para todo sistema jurídico un conjunto único de principios justificativos como reserva para la solución de casos difíciles, aclare y no oscurezca la descripción y la realización de la tarea del juez. Pero, juzgando por los trabajos en proceso, las perspectivas de que tendremos, cuando menos, algunas de estas cosas, son buenas. Ciertamente los filósofos de los Estados Unidos son más idóneos que cualesquiera otros para proporcionarlas; pero esperamos, que esto no les llevará otros doscientos años.

H.L.A. HART

Fellow of University
College, Oxford University

Traducción del original en inglés
por Rolando TAMAYO Y SALMORÁN
y Alfonso ORTIZ