

## El Derecho como Razón Práctica

M. J. Detmold\*

Traducción de J M Simián<sup>§</sup>

El Derecho es práctico. El razonamiento jurídico es razonamiento práctico. De nada nos serviría un juez que, tras escuchar los argumentos de los abogados y reflexionar acerca del derecho aplicable al caso, pensara que el estado de conocimiento que había alcanzado era la conclusión natural de su empresa, y enviado sus conclusiones a los editores de *Halsbury's Laws of England*<sup>a</sup> en vez de haber ejecutado la acción de dictar un fallo. Las partes estarían enfurecidas, y con razón. Y si el juez continuara actuando de la misma forma, sería destituido. El razonamiento jurídico es práctico en el sentido de que su conclusión natural es una acción (en el caso del juez, la acción de dictar un fallo) en vez de un estado de conocimiento. Esto es tomar “práctico” en un sentido fuerte. Según esta definición, el pensamiento práctico es aquél cuya conclusión natural es una acción (o una decisión en contra de una acción): su contraste más fuerte es con el pensamiento teórico, cuya conclusión natural es el conocimiento. Pero también contrasta con el pensamiento hipotético acerca de la acción (por ejemplo, mi pensamiento de que sería bueno volver a jugar cricket). No llamo a esto práctico, porque no concluye en una acción o decisión en contra de una acción (otros lo hacen; por ejemplo, John Finnis, en *Fundamentals of Ethics*<sup>1</sup>; mis razones para diferir en este asunto surgirán más adelante). El razonamiento práctico de un juez hacia la acción de dictar un fallo tiene prioridad para nuestro entendimiento de la ley por sobre ese vasto rango de cosas prácticamente inútiles que los abogados hacen, desde la construcción de digestos o compilaciones como *Halsbury* a la reflexión casual acerca de la regla establecida en el caso Shelley<sup>b</sup> (por supuesto que hay un tipo de acción involucrada en ambos, pero no acción jurídica). Es importante aquí ser claro respecto de esta prioridad. Es una prioridad de sentido práctico, no una prioridad de jueces o abogados.

Joseph Raz ha señalado que:

Hay algo inherentemente poco recomendable en adoptar la perspectiva de los abogados como la postura metodológica fundamental propia. No hay duda acerca de la importancia de la profesión legal y del sistema judicial en la sociedad. Es enteramente apropiado hacerlos el objeto de un estudio separado y considerar a ese estudio teoría legal. Sin embargo, es irracional estudiar tales instituciones exclusivamente desde la perspectiva de los abogados. Su importancia en la sociedad resulta de su interacción con otras instituciones sociales y su posición central en el contexto más amplio de la sociedad. La ley es de interés para los estudiantes de la sociedad en general, y la filosofía legal, especialmente cuando se pregunta acerca de la naturaleza de la ley, debe tomar distancia de la perspectiva de los abogados, no en orden a dejar de considerarla, sino en orden a examinar la ubicación de los abogados y los tribunales en la perspectiva más amplia de la organización social y las instituciones políticas en general<sup>2</sup>.

Pero una prioridad analítica dada a lo que los jueces (y abogados que los asisten) hacen, es justificable no como la prioridad de los jueces en el análisis filosófico del derecho, sino

---

\* Reader-in-Law, University of Adelaide, Australia. Este artículo fue publicado originalmente en el Cambridge Law Journal, 48(3), de Noviembre de 1989, pp. 436-471. La presente traducción cuenta con la autorización del autor.

<sup>§</sup> Egresado de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante de la Cátedra de Introducción al Derecho de F Atria y M Sáez en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El traductor quisiera agradecer la colaboración de Emily Finn.

<sup>a</sup> Una enciclopedia general del Derecho inglés. [n. del trad.]

<sup>1</sup> Oxford, 1983. Edición española,

<sup>b</sup> (*Rule in Shelley's Case*) Una antigua regla del Derecho inglés, relacionada con la propiedad de bienes raíces sujeta a limitaciones. Ver Black's Law Dictionary (6<sup>a</sup> ed., 1991, p. 1376). [n. del trad.]

<sup>2</sup> “The Problem about the Nature of Law” (1983) 31 U. of Western Ontario L.R. 202, pp. 211-212.

como la prioridad de su *practicalidad*<sup>c</sup>. La sociología es teoría, no práctica (excepto en la forma marxista de que lo que pensamos acerca de que el mundo, cambia al mundo); esto es, la sociología es el razonamiento que no contempla ninguna acción en particular (excepto una ocasional, más bien distante, como unirse a un partido político para cambiar un mal revelado teóricamente). Es obvio que la misma sociología como teoría debe ajustar la teoría a la práctica: si esos humanos que estudia no están haciendo lo que dice, están haciendo que la teoría falle en sus propios términos. Y si es una cosa difícil y filosóficamente discutible el decir lo que los humanos están haciendo (incluso decir lo que los humanos piensan que están haciendo), entonces, mucho peor para la sociología<sup>3</sup>. Pero Raz está en lo correcto al ver algo errado en una teoría centrada en los tribunales. El derecho es para los ciudadanos frente a los jueces (los jueces son para los ciudadanos, no los ciudadanos para los jueces), y hay algo muy equivocado en una teoría que no tome esto en consideración. Uno de mis propósitos en este ensayo es mostrar cómo la practicalidad [*practicality*] del acto de juzgar (por los jueces) se conecta necesariamente con el juicio práctico<sup>4</sup> de los ciudadanos particulares involucrados. Con esta conexión, la practicalidad del razonamiento jurídico se vuelve la practicalidad completa del derecho en la sociedad. En la primera parte examino el lugar de la razón en el derecho; en la segunda, la particularidad esencial del razonamiento práctico; en la tercera, las pongo a ambas juntas para ofrecer una teoría de la practicalidad del derecho.

## RAZÓN Y DERECHO

El derecho es un tipo determinado de razón práctica. Las extraordinariamente controversiales palabras de Coke en el caso del *Dr. Bonham*<sup>5</sup> proponen una relación entre razón y ley:

El *common law*<sup>d</sup> controlará los actos del parlamento, y a veces juzgará que son *completamente nulos*, porque cuando un acto del parlamento está en contra de lo que comúnmente es recto y de acuerdo a la razón, o repugnante o imposible de ser llevado a cabo, el common law lo controlará, y determinará que dicho acto es nulo.

Pero entre la razón y la ley hay una relación muy compleja. Cuando un juez determina que el derecho es así-y-asá, lo hace de acuerdo a la razón; pero la razón es diferente en casos diferentes. Para comenzar a entender la relación entre la razón y el derecho es necesario identificar y distinguir cuatro tipos de procesos de determinación jurídica:

1. La decisión de casos particulares de acuerdo al derecho. Tales decisiones nunca son sólo la aplicación automática de una norma pre-existente al caso particular. Tienen en ellas un elemento de creatividad que nos justifica el considerarlas como un tipo de proceso de determinación jurídico. Llamaremos a este primer tipo el proceso adjudicatorio [*the adjudicatory process*].

2. El dar una declaración consultiva [*advisory statement*] como una proposición general sobre el derecho. Esto puede ser con propósitos de confirmación, exhortación,

---

<sup>c</sup> “*practicality*” en el original. Hemos optado por introducir un anglicismo (‘practicalidad’) que a nuestro juicio preserva mejor que las alternativas el sentido del autor. [n. del trad.]

<sup>3</sup> Ver mi *The Unity of Law and Morality* (Londres, 1984), pp. 37-38.

<sup>4</sup> Esta conexión hace difícil (creo que imposible) acomodar la distinción convencional de ortografía entre judgement (juicio de jueces) y judgment [juicio de razonamiento, n. del trad.]; así que la abandonaré.

<sup>5</sup> 8 Co. Rep. 107<sup>a</sup>, pp. 117b-118b.

<sup>d</sup> Hemos optado por dejar “*common law*” en su voz inglesa, por estimar que las traducciones “Derecho común” o “Derecho anglosajón” son insuficientes e imprecisas en este contexto. Cuando el autor usa ‘común’ como adjetivo de ‘derecho’, haremos las observaciones correspondientes. [n. del trad.]

advertencia, o simple consejo. Puede ser sustantiva, como cuando una pena es aumentada, para exhortar y advertir mejor. Puede ser simplemente un consejo informativo. O puede ser para impedir algunas de las inconveniencias de la adjudicación necesariamente retroactiva. La Corte Suprema de Canadá tiene este último poder en relación con el derecho constitucional; y ha sido debatido como un poder para la *High Court* de Australia, en donde se ha sostenido que es un poder no judicial<sup>6</sup>. Debe señalarse que el juicio declarativo del derecho administrativo no es usualmente un caso de este tipo de determinación jurídica, ya que usualmente es la adjudicación de un caso particular, y claramente judicial. Nosotros llamamos a este tipo de determinación jurídica el *proceso consultivo* [*the advisory process*].

3. La explicación, exposición, particularización, interpretación o amplificación de alguna ley o un derecho pre-existentes. Este proceso explica con claridad el detalle de, o amplía, el significado de una ley o un derecho pre-existentes. Es un proceso más creativo que el simple consejo o consulta, que podría limitarse a reproducir una ley no discutida; y es realmente una función sub-legislativa. Debe ser también distinguido de la “interpretación” adjudicativa. Es común decir que los tribunales modernos ejercitan una función interpretativa con respecto a las leyes. Pero lo que ellos hacen es realmente adjudicación. Adjudicación es la decisión de casos particulares. Esto no es la misma cosa que la interpretación sub-legislativa de un término en la ley. Supóngase que hay una ley referida a los vehículos motorizados. Ésta cubre la clase de los vehículos motorizados. Una interpretación del término que incluya, por ejemplo, a las motocicletas, mantiene el mismo carácter lógico. Lo que podemos decir ahora es que la ley cubre, *inter alia*, la clase de las motocicletas. Aquí no hay todavía adjudicación; sólo interpretación sub-legislativa. No importa cuán detalladamente describamos el término (por ejemplo: vehículos con características a, b, c, ... n), todavía tendremos una clase, la clase de vehículos con las características a, b, c ... n, y no todavía un caso de adjudicación. La adjudicación es la aplicación de la clase de la ley (sin perjuicio de cuán definida) a un caso particular; para seguir con nuestro ejemplo, la decisión de que un artefacto en particular es o no lo suficientemente cercano al caso central como para ser llamado “vehículo con características a, b, c, ... n”. Podemos suponer que a b c ... n es el último refinamiento de la definición (por supuesto, ninguna vida humana en particular podría ser lo suficiente larga para elaborar este refinamiento); ahí todavía permanece la cuestión de la aplicación de la clase definida al particular (más adelante en este ensayo llamamos a esta cuestión el vacío de la particularidad). Es común llamar al proceso de refinar una definición “particularización”; pero es en verdad una deformación del término, porque la definición más altamente refinada es todavía universal (a, b, c ... n son todas propiedades y relaciones universales); hay una diferencia lógica radical entre el conjunto más altamente definido de universales y un caso particular; una diferencia radical entre la interpretación y el cruce del vacío de la particularidad (como lo llamaremos). La adjudicación es la decisión del caso particular, y contrasta radicalmente con la definición progresiva (sub-legislativa) de un término en la ley. No hay ejemplos fuertes del proceso interpretativo sub-legislativo en los sistemas modernos del *common law*, pero ocasionalmente se encuentra en lo que los tribunales hacen, y quizás en cierto tipo de legislación delegada. No es común para los tribunales interpretar en esta forma sub-

---

<sup>6</sup> *In re the Judiciary Navigation Acts*, (1921) 29 C.L.R. 257.

legislativa, a pesar de que quizás parece ser así. El significado *es uso*, no alguna entidad mental establecida con anterioridad al uso; así que cuando un tribunal aplica, por ejemplo, el término extraído de la norma de nuestro ejemplo, “vehículo motorizado”, a un artefacto en particular, el significado de “vehículo motorizado” es encontrado únicamente en su aplicación o uso<sup>7</sup>. Ocasionalmente podría un tribunal hacer una interpretación sub-legislativa de un término (decir que “vehículo motorizado” significa *inter alia* “motocicleta”). En este caso el término que aplicara en su adjudicación (el término que usa) sería “motocicleta” o “vehículo-motorizado-incluyendo-motocicleta”. Tal cosa no es tan común como parece; y es de todos modos *obiter dicta*, ya que todo lo que fue necesario para la decisión fue la aplicación de la palabra “vehículo motorizado” al artefacto en particular. Si se considera que este último punto es extraño, piénsese cuál sería el caso si se refiriera a la primera motocicleta construida, cuando no había una palabra para tal artefacto en el lenguaje. No hay ahora posibilidad de interpretación sub-legislativa, pero el caso no es diferente: es ahora, como siempre, el caso de la aplicación (por adjudicación) de “vehículo motorizado” al artefacto en particular. A pesar del actual uso completamente fácil de la palabra “interpretación” para describir la aplicación adjudicativa por los tribunales de las leyes, no hay una mejor palabra para el verdadero tipo sub-legislativo, y por ello llamaremos a este tipo sub-legislativo *el proceso interpretativo*.

4. La creación de ley nueva. Los primeros tres procesos son procesos creativos. Pero ellos esencialmente determinan el derecho desde algún tipo de base pre-existente en una ley o en un derecho. Donde no hay tal base, o en donde la base es irrelevante para el proceso, tenemos lo que llamaremos *el proceso legislativo*. Algo muy fundamental ocurre cuando un sistema legal admite legislación en este sentido. Aplicar, aconsejar sobre, o interpretar, una ley o un derecho pre-existentes, es justificado simplemente en la razón: el hecho de que la ley o un derecho pre-existentes no sean auto-ejecutantes es racionalmente suficiente para requerir estos procesos. Pero la legislación es estrictamente nueva sin relación racional necesaria alguna al derecho anterior. El sometimiento del Rey al derecho en la historia constitucional inglesa era una negación de su poder legislativo (la afirmación de que la ley es *común* [*common law*], es decir, es preexistente); pero la Revolución Inglesa fue dos revoluciones, y esta precisa negación del poder del Rey provocó el establecimiento en el Parlamento del poder legislativo en su sentido más amplio. ¿Cuál es la justificación para algo tan revolucionario? Ésta es la cuestión fundamental de la filosofía política, y no daremos respuesta a ella, salvo decir que en una democracia parte de la respuesta es que la legislación está justificada como una expresión de la voluntad del pueblo. Ciertamente, el contraste entre la legislación y nuestros primeros tres tipos de determinación jurídica es el contraste fundamental en la filosofía política entre voluntad y razón. Pero incluso con el más fuerte ejemplo de proceso legislativo, la ley moderna, hay una tendencia a su corrupción. Por ejemplo, algunas decisiones parlamentarias australianas han derogado la doctrina del *common law* de que los tribunales que buscan el significado de una ley (p.e., como aplicarla) no debieran mirar en *Hansard*<sup>e</sup> o en los documentos del parlamento<sup>8</sup>. La doctrina del *common law* es,

---

<sup>7</sup> Esta idea wittgensteiniana la he desarrollado en *Courts and Administrators* (Londres, 1989). Ver particularmente pp. 69-73.

<sup>e</sup> *Hansard* es en Australia un registro de todo lo que se dice en el Parlamento, la historia fidedigna de la creación legal. [n. del trad.]

<sup>8</sup> Por ejemplo, la ley (victoriana) de interpretación de la legislación (de Victoria) [*the (Victorian) Interpretation of Legislation Act*] de 1984, s.35.

por supuesto, precisamente consistente con la idea de que la legislación es un acto de voluntad puro. En la nueva concepción, según la cual miramos en *Hansard*, ¿qué decimos que es la legislación, una ley emanada del Parlamento o *Hansard*? Algunos pueden pensar que los alegatos o intervenciones de los parlamentarios y los documentos adjuntos son interpretaciones de la legislación del Parlamento. Quizás ocasionalmente son eso; pero más a menudo la ley es la expresión de las razones que condujeron a ella; eso es, sería más cierto decir que la ley es una interpretación de esas razones. Entonces, ¿cuál es la legislación y cuál la interpretación? Sólo podemos hablar de la legislación del Parlamento (en oposición a la desesperanzadoramente vaga idea de la legislación informal de ministros ocasionales y de los burócratas que escriben sus documentos) si la ley es el punto base, *i.e.* absoluto en sí mismo (pese a estar sujeto a procesos subsecuentes, incluyendo los judiciales).

Ahora bien, no debiéramos menospreciar el grado en el que los sistemas constitucionales de Westminster<sup>f</sup> han sido corrompidos, al punto que los legisladores son actualmente los departamentos de Estado. Pero supongo que la visión más admisible de la idea detrás de las derogaciones australianas es decir que *Hansard* y los documentos parlamentarios deben ser auxiliares de la aplicación judicial de la ley. Esto es confuso: la cuestión es ¿qué ley debe ser aplicada? La tendencia de las derogaciones es degradar el proceso puramente legislativo del Parlamento al tercero de nuestros procesos de determinación jurídica, por medio de los cuales una ley se vuelve en parte una interpretación sub-legislativa de una base previa, es decir, discursos o intervenciones de ministros y documentos adjuntos.

Ahora bien, los tres primeros de estos tipos de procesos determinantes-de-ley son procesos de razón en el sentido de que la razón es intrínseca a ellos; y contrastan con el cuarto tipo legislativo, que es un proceso de voluntad que no tiene razón intrínseca a él. Este punto es explicado mejor si se mira primero al cuarto tipo.

El punto no es que el proceso legislativo no tenga relación con la razón. Podemos, por supuesto, suponer que los legisladores crean la legislación por ciertas razones. Y en segundo lugar, su acto de voluntad debe ser aceptado o reconocido sólo en cuanto sea (jurídicamente) razonable hacerlo así (el derecho constitucional es este proceso de razón jurídica). Pero esta doble relación con la razón es extrínseca al acto de voluntad. Cuando miramos la moderna ley no vemos nada sino un conjunto absoluto de normas (éste es el sentido en que las derogaciones australianas de la regla que excluye la referencia a los trabajos preparatorios son una corrupción de la legislación). La cosa misma es un puro acto de voluntad: no hay razón intrínseca a ella. Por contraste, cuando miramos las modernas decisiones de precedentes de los tribunales, podemos ver lo que a primera vista parece un conjunto similar de normas absolutas. Pero, según la teoría del precedente del *common law*, la norma de un precedente está racionalmente atada a los hechos de su caso. Así, si emerge un nuevo conjunto de hechos, que sea racionalmente distinguible de los hechos del precedente, la norma del precedente no es aplicada, *sin importar que sea aplicable de acuerdo a sus propios términos (normativos)*. Una ilustración simple de esto es la siguiente: supóngase que la norma que encontramos en *Donoghue v. Stevenson*<sup>g</sup> es “las personas son responsables por su negligencia respecto de sus vecinos”. Cuando surge el caso de un abogado, la norma no es simplemente aplicada, *a pesar de que como norma es aplicable*

---

<sup>f</sup> En términos generales, el “sistema de Westminster” es el sistema británico de Parlamento y gobierno. [n. del trad.]

<sup>g</sup>

(un abogado es una persona; su cliente, un vecino). Puesto que el caso de un abogado es racionalmente distinguible del caso de quien tiene una fábrica, *Donoghue v. Stevenson* es considerado distinto. Su norma es tomada con razón intrínseca. Por el contrario, una norma de jerarquía legal no está atada a ningún conjunto de hechos en particular. Entonces, no se cuestionaría el distinguir el caso del abogado si la norma arriba enunciada hubiera sido establecida en una ley. Si la norma es aplicable en sus términos, debe ser aplicada a menos que se cuestione su validez. Y a pesar de que el juicio de validez es un asunto de razón, es extrínseco a la norma. Esta distinción entre razón intrínseca y extrínseca es fundamental para cualquier concepción del derecho como razón práctica.

La razón no es tan obviamente intrínseca a los procesos consultivo e interpretativo como lo es al adjudicativo. Un problema es que el resultado de una consulta o una interpretación pueden verse como simple legislación. Supóngase que existe la siguiente legislación:

A. Ningún vehículo motorizado será llevado a un parque.

Y que se le da la siguiente interpretación:

B. Ningún automóvil o motocicleta serán llevados a un parque.

O supóngase que la norma A es, por alguna razón, oscura o discutible o no bien conocida, y que se ofrece lo siguiente como dictamen consultivo:

C. Ningún vehículo motorizado será llevado a un parque.

El problema tanto con B como con C es que toman la misma forma de A (y C se ve idéntica). Ellas podrían haber sido promulgadas en primer lugar por el Parlamento, tal como lo fue A. En vez de haber promulgado A, el Parlamento podría simplemente haber promulgado B. Pero esto parece engañoso. Esta B promulgada es bastante diferente en términos lógicos de B como un acto de interpretación. La diferencia es simplemente que la segunda es sólo explicable como un acto de interpretación en virtud de una relación *racional* (interpretativa) con A. Y de ello resultaría su estatus constitucional dependiente y racionalmente derivativo. Si posteriormente se descubriera que A no era lo que se pensaba, de ello resultaría la necesidad racional de enmendar B: éste es el sentido en que la razón es intrínseca a B, el proceso de interpretación. Y será obvio que un análisis similar se aplica al proceso consultivo. Si se da un consejo (C) respecto de A, y posteriormente se descubre que A era diferente de lo que se pensaba, la razón intrínseca en C exige su enmienda.

Volveremos ahora a la teoría de Coke, que como teoría de la relación entre razón y ley es una teoría de la razón intrínseca. Pero primero una palabra de explicación acerca de nuestra cuatro categorías de determinación jurídica. Quizás hay una tentación para decir que sólo la adjudicación y la legislación son de importancia fundamental en los sistemas legales modernos del *common law* (los tribunales, como hemos visto, por lo general no aconsejan o interpretan sub-legislativamente). Pero decir tal cosa sería un ejemplo fuerte de distorsionar la teoría legal centrada en los tribunales; excluir de la preocupación primaria el extraordinariamente importante caso del consejo de un abogado a su cliente. De cualquier forma, los cuatro procesos de determinación jurídica son necesarios para proporcionar una base conceptual completa para el análisis de la teoría de Coke. Ahora, la teoría de Coke. Él propone una relación entre la razón y el derecho (siendo el derecho algo que ha sido determinado por uno o más de los procesos de determinación jurídica).

Es obvio que la relación de la razón con algo intrínsecamente dotado de razón [*reasonable*]<sup>h</sup> (no podemos decir “razonable”, porque ello implica una recomendación favorable) es diferente de su relación con algo que no lo es. El proceso de determinación jurídica del cual se preocupan las reflexiones de Coke es el del Parlamento. Por ello, la primera cuestión debe referirse a la naturaleza de la determinación jurídica del Parlamento en tiempos de Coke. Si es intrínsecamente dotada de razón, habrá que tener mucho cuidado en trasladar las teorías de Coke acerca de la razón y el derecho a las modernas leyes. Porque ellas, como hemos visto, no son una cosa intrínsecamente razonable.

En *The High Court of Parliament and its Supremacy*<sup>9</sup>, C.H. McIlwain propuso las siguientes tesis:

(a) Inglaterra, tras la Conquista Normanda, era un Estado feudal, esto es, su carácter político es expresado mejor por la palabra feudal que por la palabra nacional. (b) Como consecuencia, su asamblea central era una asamblea feudal, con las características generales de las asambleas feudales. (c) Una de esas características era la ausencia de *creación legal*. La ley era declarada en vez de hecha. (d) La ley que existía, y era en consecuencia declarada, era un cuerpo consuetudinario (*Body of custom*) que con el tiempo creció hasta ser visto como una ley fundamental. La reglas que no eran consistentes con esta ley fundamental, eran nulas. Tal ley es reconocida en Inglaterra hasta los tiempos modernos. (e) Otra característica de los tiempos era la ausencia de una división de tareas entre los diferentes “departamentos” del gobierno y la falta de cualquier tipo de correspondientes distinciones claras en la actividad gubernamental, como “legislativa”, “judicial” o “administrativa”. (f) El Parlamento, el más alto tribunal del Reino, en conjunto con los tribunales inferiores, participó en estas funciones generales de gobierno. “Legislaba” y “adjudicaba” a la vez, pero hasta los tiempos modernos no se percibía ninguna distinción clara entre estos dos tipos de actividad y, siendo la primera por largo tiempo relativamente la menos importante, podemos decir de manera genérica que el Parlamento era más un tribunal que una legislatura, mientras que los tribunales ordinarios tenían tanto funciones llamadas ahora propiamente legislativas como judiciales. (g) Las Leyes (*Acts*) del Parlamento eran de esta forma análogas a los dictámenes en el tribunal inferior, y tales leyes naturalmente no eran tratadas por los jueces en estos tribunales como reglas inviolables *hechas* por una asamblea externa omnipotente, sino como dictámenes de otro tribunal, que podrían ser, y eran a veces, tratados como ninguna norma legal moderna sería jamás tratada por los tribunales hoy en día.

El derecho declarado es derecho determinado por uno o más de nuestros tres primeros tipos de procesos (el libro de McIlwain está lleno de ejemplos de los tres). La idea de la declaración implica lógicamente algún tipo de fuente pre-existente, lo que es la marca de distinción de nuestros tres primeros tipos: El contraste de McIlwain entre derecho declarado y derecho hecho (nuestro cuarto tipo) es suficientemente claro (a pesar de que debemos ser cuidadosos con él: nuestros primeros tres tipos de determinación jurídica, son también creadores de derecho--lo crean con una relación de razón respecto de una fuente pre-existente). McIlwain sostiene que su función de declarar el derecho, más que crearlo de una forma completamente nueva, hace al Parlamento medieval más como un tribunal que como una legislatura moderna. En particular, podemos decir, todas sus determinaciones deben ser tomadas como intrínsecamente dotadas de razón.

El argumento está establecido claramente. En efecto, fue anticipado por un número de estudiosos, incluyendo a Jenks, tal como muestra J. W. Gough<sup>10</sup>. Hay debate

---

<sup>h</sup> A falta de una expresión más adecuada en nuestro idioma, hemos optado por traducir la expresión “*reasonable*”, que no existe oficialmente en el inglés, como “dotado de razón”. [n. del trad.]

<sup>9</sup> Yale, 1910, pp. vii-viii.

<sup>10</sup> *Fundamental Law in English Constitutional History* (Oxford, 1955) p. 5.

académico en los límites del argumento. Por ejemplo, McIlwain sostuvo que fue en tiempos de la guerra civil en que el Parlamento asumió por primera vez claramente un rol de creación de derecho; pero Jenks discordó, afirmando que los primeros pasos cruciales hacia ese rol fueron tomados por el Parlamento de la Reforma en tiempos de Enrique VIII, visión que McIlwain posteriormente aceptó<sup>11</sup>. Y hay debate respecto de cuándo puede decirse que se estableció el rol exclusivamente legislativo (cuarto tipo) del Parlamento moderno. Sobre este punto, Maitland argumentó que no fue hasta el siglo XIX que el Parlamento abandonó realmente la función de gobernar particularmente (adjudicación) en favor de la de establecer reglas generales (por medio de la legislación)<sup>12</sup>. Y Gough replicó que Maitland había olvidado que el Parlamento del siglo XIX estaba muy preocupado de decir que debían construirse vías férreas (particulares)<sup>13</sup>. Pero la evidencia para la tesis central de McIlwain está fuera de duda. Nuestra cuestión es: ¿Cuáles son las consecuencias de esto para la concepción de Coke de la relación entre razón y ley?

Una interpretación cruda de la teoría de Coke es verla como una precursora de la doctrina estadounidense moderna de la revisión judicial [*judicial review*]. Gough, de manera bastante acertada, refuta esta interpretación<sup>14</sup>. Él escribió que “los estadounidenses”

se aproximan al siglo diecisiete inglés con una tendencia diferente. Están familiarizados con el principio de una legislatura limitada, y decidieron considerar la idea de una ley fundamental, encarnada en la Constitución Americana, como una de las salvaguardas más preciadas de la historia política. De esta manera, lejos de empequeñecer o disculparse con excusas, respecto de las referencias a la ley fundamental con la cual se encontraban al estudiar el siglo XVII, están dispuestos a recibirlas con entusiasmo, a veces equivocadamente, como precursoras de sus propios principios constitucionales<sup>15</sup>.

La razón por la que Coke no es precursor de Marshall<sup>i</sup> es simplemente porque hay una diferencia radical entre las cuestiones que cada uno tenía que enfrentar. Cuando Coke pensó en una ley, pensó en ella como algo respecto de lo cual la razón era intrínseca, como algo que ejemplificaba uno o todos nuestros primeros tres procesos, pero no el cuarto (debiéramos decir que primariamente pensó en ella como eso: porque había comenzado el proceso de transformación en una legislatura puramente de nuestro cuarto tipo). Ése era su estatus lógico, y si el Parlamento fracasaba era porque no había sido razonable en relación a su base previa; fracasaba en sus propios términos (vacío o nulo en sus propios términos; tal como un precedente judicial en los tiempos modernos es susceptible de ser revocado o no seguido (vacío o nulo) en virtud de su falta de razón). Para Marshall, por otra parte, una ley del Congreso era puramente legislativa, y cuando el Congreso fracasaba (como cuando la ley era inconstitucional), fracasaba en razón constitucional extrínseca; no en sus propios términos, porque la ley del Congreso, en sus propios términos, era un puro acto de voluntad. La diferencia entre las dos cosas es tanto sustantiva como lógica, y puede ser representada por el siguiente par de normas:

A Acepta lo que es razonable.

B Acepta lo que es razonable aceptar.

---

<sup>11</sup> *Constitutional Ancient and Modern*, 2nd edn (Cornell, 1947) p. 170-178.

<sup>12</sup> *Constitutional History of England* (Cambridge, 1908) p. 382ff.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, nota 10 en p. 24.

<sup>14</sup> *Ibid.*, capítulos 1-3.

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 3.

Dado que es obvio que es a menudo razonable aceptar algo no razonable (razonable decir que una ley no razonable es, sin embargo, constitucional), es obvio que hay una diferencia bastante fundamental entre la doctrina de Coke (A) y la revisión judicial (B); entre la razón intrínseca y la extrínseca.

Gough parece no entender claramente esta diferencia. Escribe:

¿Cómo, entonces, se sostiene la teoría del profesor McIlwain a la luz de lo que hemos visto? Pienso que, en primer lugar, debemos desechar la noción de que la ley fue solamente declarada y no hecha. Esto puede haber sido cierto en la primeras Edades Medias, pero en las Edades Medias tardías, o en los tiempos de Tudor, claramente ya no era así. Sigue siendo cierto que a menudo el Parlamento, quizás generalmente, siguió siendo considerado fundamentalmente un tribunal, y esto puede haber impedido el reconocimiento del hecho de que al mismo tiempo se estaba volviendo más y más una legislatura<sup>16</sup>,

y está aquí pensando en términos de nuestro cuarto tipo (legislativo) de determinación jurídica, en donde la cuestión de la razón es extrínseca. Pero la distinción entre “declarar” y “hacer” es demasiado rígida: nuestros primeros tres tipos de determinación jurídica son casos de “hacer” tanto como de “declarar” (hacer razonablemente si la razón tiene un lugar, como lo hace en la doctrina de Coke). El hecho de que Gough ignora esta diferencia es notorio en lo que dice acerca de uno de sus ejemplos principales de la creación legal temprana, la Ley de Usos (*Statute of Uses*) (1536). Del análisis de dicha ley ofrecido por Montague CJ en *Wimblish v. Taillebois*<sup>17</sup>, Gough escribe:

A pesar de lo forzada y no natural que nos parece la interpretación de Montague, se aceptaba obviamente el poder del tribunal para negarse a aplicar el *Statute of Uses*, o declararlo nulo por contradecir el ‘derecho’ común (*common law*) o razón común<sup>18</sup>.

Lo que se sugiere aquí es que hay una oposición fundamental entre lo que Montague hizo y la idea de la nulidad de Coke. Pero ambas son partes complementarias de la misma doctrina de la razón intrínseca. La interpretación de Montague de la ley es en verdad un claro ejemplo del modo de entender algo intrínsecamente dotado de razón. Habría sido totalmente contrario a la razón de la edad media que una ley parlamentaria expropiara (la propiedad era sacrosanta para la razón). Así que la ley no podría haber sido vista de esa manera. Montague lo ve de la siguiente forma:

Cuando la ley de 27 H.8 fue hecha, le dio la tierra a los que tenían su uso. Y, señor, el Parlamento (que no es otra cosa que un tribunal) no pudo haber sido considerado el donante. Porque lo que el Parlamento hizo fue sólo un traspaso de la tierra de uno a otro, y un traspaso por el Parlamento no hace al Parlamento un donante; pero me parece que los feudatarios de los usos deben ser los donantes, porque cuando se hace un regalo por el Parlamento, cada persona en el reino es informada de ello, y consiente, pero aún así la cosa debe pasar desde aquél que tiene más derecho y autoridad para darla. ...Así que aquí debe decirse la donación de los feudatarios por el Parlamento, y el asentimiento y confirmación de todos los otros. Porque si debiera considerarse la donación de cualquier otro, entonces el Parlamento haría un mal a los feudatarios en quitarles algo, y hacer a otro el donante de ella... Y aquí la tierra es removida por un acto del Parlamento de los propietarios, esto es decir los feudatarios, al *cestuy que use*, y la ley cometería un error si no los considerara los donantes, porque ellos tienen la mayor autoridad para darla, y el Parlamento es sólo quien traspasa y, en consecuencia, debe ser considerada la donación de los feudatarios por medio del Parlamento...<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>17</sup> I Plowden, 38.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, nota 10 en p. 27.

<sup>19</sup> I Plowden, 38.

Para Montague y para todos los jueces ingleses hasta su época, el derecho previo era no sólo el derecho común (*common law*), sino que también incluía la razón natural (lo correcto) y la ley de Dios. En *Partridge v. Strange & Croker*<sup>20</sup>, lo encontramos diciendo lo siguiente (de otra ley, 32 H8 C9):

Esta ley fue hecha en confirmación del *common law*, y no en alteración de él. Ella se ha limitado a agregar una mayor penalidad a lo que era previamente contrario al *common law*... Porque una interpretación de la ley que sostuviera que aquel que está en posesión no debe arrendar... a menos que haya estado en posesión... durante un año, sería una ley dura, y contraria a toda razón y equidad: y una exposición semejante de la ley nunca fue pretendida por sus creadores. ... Y lo que el sistema jurídico en conjunto y la razón permitan, debe ser considerado válido en contra de las palabras de las leyes en particular.

La razón natural y la ley de Dios ordenaban la santidad de la propiedad. Así, era necesario ver a la Ley de Usos (y 32 H8 C9) como una elaboración razonable del aquel estado previo. Y esto es lo que hizo Montague cuando dijo que la Ley de Usos era un traspaso<sup>21</sup>. Ahora, esto (el proceso de traspaso) no es realmente semejante a ninguno de nuestros primeros tres procesos de determinación jurídica (quizás debiéramos verlo como un quinto tipo), pero claramente comparte con ellos el mismo carácter lógico: es una expresión o elaboración de algún derecho o derechos previos, y tal carácter es intrínseco a él. Si Montague no hubiera sido capaz de verlo como tal, entonces habría fallado en alcanzar el estatus que buscaba y habría entrado en juego la idea de nulidad de Coke.

Uno de los propios ejemplos de Coke es instructivo aquí: Coke citó varios precedentes en el caso *Dr. Bonham*, uno de los cuales era el caso de *Thomas Tregor*, del octavo año de Eduardo III:

Y, en consecuencia, en 8E. 3.30 a.b., el caso Thomas Tregor sobre la ley de W.2.c38 & artic. *Super chartas*, c.9., Herle ha dicho, algunas leyes son hechas contra ley y derecho, aquellas respecto de las cuales quienes las hicieron, percatándose de ello, no las pondrían en ejecución<sup>21</sup>.

Es una cosa extraña en nuestra historia constitucional que haya tantas interpretaciones triviales (conceptuales y políticas) de aquellos como Coke, un jurista a la vez profundo e intrépido. Una de ellas es la interpretación que da Pollock al pasaje de *Tregor*:

muchas de las leyes modernas han sido inoperantes en la práctica, no porque el *common law* las controlara, sino porque eran impracticables de hecho<sup>22</sup>.

Ahora, es cierto que Coke interpoló en su cita de Herle las palabras “contra ley y derecho”; pero es también claro, como muestra McIlwain<sup>23</sup>, que no consideró que esto cambiara su sentido. Entonces, ¿cuál es el sentido de las palabras? McIlwain se acerca:

Una cosa muy impactante acerca de todo el caso es el hecho de que Coke está aparentemente citando estas palabras de Herle—“Hay algunas leyes respecto de las cuales *quienes las hicieron*, percatándose de ello, no las pondrían en ejecución”—como prueba del poder de los *jueces* para no considerar la ley sobre el colegio médico que estaba bajo discusión en el caso de *Dr Bonham*. ¿Qué posible relación puede haber entre las opiniones de los *jueces* y las opiniones y deseos que *quienes hacen la ley* abrigan con posterioridad a la aprobación de la ley?... Cuando Herle dice que *los que hacen* las leyes a menudo no pretenden hacerlas cumplir, ¿es cierto, como usualmente se asume, que se refiere exclusivamente a la “*legislatura*”? No es posible que Coke estuviera igualmente en lo correcto cuando citó la declaración para probar el derecho de los *tribunales* para revisar la “*legislación*”? Pero ¿no sería aún más cercano a la realidad decir de la fusión

---

<sup>20</sup> I Plowden, 77 en p. 88.

<sup>21</sup> “*Conveyance*” en el original, que puede ser también “título traslativo”. [N. del trad.]

<sup>22</sup> *Supra* nota 5 en p. 118a.

<sup>23</sup> *First Book of Jurisprudence*, 5ª ed (londres, 1923) p. 266n.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, nota 9 en p. 288.

de funciones judicial y legislativa, en vista de las cercanas relaciones de los jueces y el Parlamento que hemos encontrado tanto en la *High Court of Parliament* y los tribunales inferiores, y por sobre todo en vista de la manifiesta ausencia de cualquier distinción clara entre un dictamen judicial y una ley, entre la judicatura y la legislatura, en el tiempo de Eduardo III,—en vista de todo esto, no sería mejor decir que Herle probablemente habría considerado una alteración de una ley por una ley posterior, y una modificación de ella, o incluso una negación a ejecutarla, por los *tribunales*; como acciones no esencialmente diferentes en carácter? <sup>24</sup>

El proceso judicial es un proceso de razón intrínseca. Y así era, en la forma en que hemos estado mostrando, el proceso del Parlamento. De ahí la identidad entre tribunal y Parlamento que encuentra McIlwain. Las palabras de Coke (“quienes las hicieron, percatándose de ello, no las pondrían en ejecución”) expresan este punto de manera más perspicaz que las de McIlwain. Una persona no desea la conclusión de un proceso de razón acerca de un derecho previo excepto en cuanto sea razonable. Cuando su falta de razón aparece, la voluntad que apoya la conclusión se desvanece y el derecho previo se reafirma solo. Y así es con los viejos parlamentos. Sus leyes son leyes porque y en tanto están intrínsecamente dotadas de razón en relación a la ley y el derecho previos. Quizás quienes estamos familiarizados con el derribamiento en masa de viejas ideas, encontramos difícil entender esto. Pero esto es porque estamos familiarizados con la idea del Parlamento *legislador*. Lo más cercano que tenemos a la vieja idea en el Derecho de estos días es cuando un juez se refiere a un juez anterior como “yendo demasiado lejos” o “hablando descuidadamente” o “*per incuriam*”. El punto no es decir que el juez ha querido algo que posteriormente la razón considera inválido; es que lo que se quiere adolece de falta de racionalidad.

La interpretación trivial más común de las palabras de Coke en el caso del *Dr. Bonham* es que estaba meramente expresando principios ordinarios de interpretación de leyes. Así lo sostuvieron C. K. Allen<sup>25</sup> y Gough<sup>26</sup>; y Holdsworth escribió respecto de los casos en que se basó Coke, diciendo que eran:

decisiones en las que los tribunales... interpretarán leyes *stricti juris*... esto es, de manera de darles un significado de acuerdo con un principio establecido... Estos son principios de interpretación que serían aceptados hoy en día<sup>27</sup>.

Pero es literalmente posible que una proposición con significado sea nula como expresión de razón (como una expresión de algo a lo cual la razón es intrínseca). Por ejemplo, la ley “todos los jueces deben fallar parándose sobre sus cabezas” tiene significado, pero es nula de acuerdo a la razón intrínseca. En tanto que en el asunto moderno de la interpretación de actos puramente legislativos (interpretación adjudicativa: como hemos visto, la palabra “interpretación” es usada sueltamente en ese contexto), si una proposición legal tiene significado, hay un punto bastante prematuro más allá del cual la interpretación no puede ir y seguir siendo interpretación. ¿Cómo podrían los jueces atacar, *por interpretación*, a una ley recién establecida? Y otro ejemplo: si se sostuviera que la famosa ley de Dicey que requería la ejecución de las guaguas de ojos azules<sup>k</sup> debía aplicarse únicamente a las guaguas cuyos ojos fueran completamente azules (esto es, a ninguna), a pesar de que podría pretenderse que eso era interpretación, no lo sería. En verdad, sería un simple caso de razón extrínseca (revisión judicial) negándose a reconocer la ley; esto es, afirmándolo para que

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 289-291.

<sup>25</sup> *Law in the Making*, 4ª ed. (Oxford 1946) p. 369.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, nota 10 en p. 355.

<sup>27</sup> Holdsworth, *History of English Law*, ii, p. 443.

sea inválido; y ocultando el hecho. Y eso es también bastante diferente de la nulidad de un acto intrínsecamente dotado de razón. Debemos expresar la diferencia nuevamente:

A No aceptes lo que no es razonable (Coke).

B No aceptes lo que no es razonable aceptar (revisión judicial).

Es bien sabido que Coke también dijo, del poder y jurisdicción del Parlamento, que era:

tan trascendente y absoluto que no puede ser confinado por causa o personas dentro de ningún límite<sup>28</sup>.

Hay explicaciones políticas triviales para lo que es entendido como una inconsistencia entre este pasaje y las otras doctrinas de Coke que hemos estado discutiendo en esta sección (por ejemplo, la de Holdsworth<sup>29</sup>). Pero no hay tal inconsistencia. No hay inconsistencia entre la finalidad absoluta de la decisión de un tribunal del caso particular que juzga y el carácter dotado de razón (*reasonfulness*) intrínseco, no final, no absoluto, de los pronunciamientos generales que hace en el curso de tal dictamen. Ni hay aquí tampoco sugestión alguna de que el carácter absoluto de un dictamen adjudicatorio particular tenga conexión alguna con el carácter absoluto de una ley moderna (verdadera legislación). McIlwain<sup>30</sup> y Gough<sup>31</sup> son más sutiles. Ellos sostuvieron que la jurisdicción del Parlamento era absoluta para Coke por el indisputable hecho de que era el tribunal más alto y final: no sería “confinado” por ningún procedimiento posterior. Tal doctrina sólo se aplica a la adjudicación del Parlamento, a su resolución de casos particulares. Obviamente, cuando el proceso parlamentario en cuestión es interpretativo o consultivo (nuestros segundo y tercer tipo) cualquier número de procedimientos posteriores es posible; pero cuando un caso particular es resuelto por la adjudicación del más alto tribunal, no hay nada adicional en el sistema legal. Gough da un ejemplo apto. Coke escribe acerca de la condena de muerte civil (*attainder*) de Thomas Cromwell:

Y si bien encuentro que una condena a muerte civil por alta traición, antes de que el condenado sea oído, y a pesar de no haber sido llamado a responder en ninguna de las *Houses of Parliament*, a pesar de que no cuestiono el poder del Parlamento, porque sin duda la condena de muerte civil estaba basada en la ley: a pesar de ello digo de la manera del procedimiento, *Auferat oblivio, si potest; si non, utcunque silentium tegat*: porque mientras más alta y absoluta sea la jurisdicción de la Corte, más justa y honorable debiera ser su proceder, y dar ejemplo de justicia a los tribunales inferiores<sup>32</sup>.

Ahora, esto nos lleva al punto central del derecho constitucional. La jurisdicción del más alto tribunal es necesariamente auto-validante. Si un administrador alega jurisdicción sobre mí, puedo argumentar en un tribunal que no la tiene: su decisión no es auto-validante. Sin embargo, si el más alto tribunal toma una decisión respecto de mí, no hay lugar donde yo pueda argumentar que dicha decisión excede su jurisdicción. Ése es el significado de la proposición del *common law* de que los tribunales superiores tienen un poder jurisdiccional auto-validante<sup>33</sup>. Y es de este poder jurisdiccional último de los viejos parlamentos de lo que está hablando Coke en este asunto de jurisdicción absoluta y trascendente. La condena a muerte civil de Thomas Cromwell fue la decisión final de su caso. Pero las declaraciones generales en el curso de tal resolución, quizás interpretaciones del derecho previamente

---

<sup>28</sup> 4 Inst, cap 1, 36.

<sup>29</sup> History of English Law, iv, pp. 186-187.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, nota 9 en p. 129.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, nota 10 en pp. 42-43.

<sup>32</sup> 4 Inst, cap 1, 37.

<sup>33</sup> *Scott. V. Bennet* (1871) L.R. 5 H.L. 234. Este notable caso y su doctrina de la definitividad de la adjudicación son discutidos extensivamente en *op. cit.* en nota 7.

existente, estarían, como las declaraciones generales de los tribunales superiores modernos y las otras cosas (universales) generales que los viejos parlamentos decidían, intrínsecamente dotadas de razón en su relación con el derecho pre-existente, y no serían finales y absolutas. Éste es el sentido en el cual los verdaderos sucesores de los viejos parlamentos son los tribunales superiores. Pero tenemos que ser cuidadosos en esta comparación: los tribunales superiores no están, como estaban los viejos parlamentos, en proceso de convertirse en legislaturas en el sentido verdadero (¿o lo están? ¿pero con qué justificación democrática?).

El Parlamento era un tribunal. El Parlamento es ahora una legislatura. La doctrina (de Dicey) de la omnipotencia del Parlamento está basada en una falla fundamental en la comprensión de la historia. Es un simple *non sequitur* argumentar desde la definitividad de un proceso intrínsecamente dotado de razón (con todas las calificaciones que dicha naturaleza particular implica) a la definitividad de un proceso puramente legislativo. Esta segunda definitividad deniega por completo la razón: la razón no es intrínseca ni se le permite mantenerse extrínsecamente. Cuando la historia transformó al Parlamento de un tribunal intrínsecamente dotado de razón en una legislatura, se pasó por alto ese punto; esto es decir que la necesidad (racional) de reemplazar la perdida razón intrínseca con una razón extrínseca fue pasada por alto. Estos puntos difícilmente podrían ser más claros de lo que lo son en las bien conocidas palabras de Willes J en *Lee v. Bude & Torrington Railway*:

Las Leyes del Parlamento... son el derecho de esta tierra; y no celebramos aquí sesión como un tribunal de apelaciones del Parlamento<sup>34</sup>.

¡Por supuesto que no! Debemos distinguir nuevamente:

Acepta (del Parlamento) lo que es razonable.

Acepta (del Parlamento) lo que es razonable aceptar.

Sólo si los tribunales hubieran actuado sobre el intrínsecamente dotado de razón A, habrían presumido ser un tribunal de apelaciones del Parlamento. La apelación se preocupa de la rectitud o racionalidad (en Derecho administrativo, en este preciso punto, es contrastada con la revisión [*review*]). Sólo A cuestiona la rectitud o racionalidad de las leyes del Parlamento. El extrínsecamente dotado de razón B es un asunto completamente diferente: a menudo es obviamente dotado de razón el aceptar legislación irracional. El hecho de que Willes J. estimara necesario negar A, pero no necesariamente negar B, muestra que la idea de la razón extrínseca (lo que es razonable *aceptar*) se le escapó por completo. La doctrina (de Dicey) de que cualquier cosa que el Parlamento promulgue es la ley, no es nada: ni historia (porque ella no se ha puesto a la par con transformación del Parlamento de un caso de razón intrínseca en extrínseca), ni razón (porque la razón intrínseca se ha perdido y ninguna razón extrínseca la ha reemplazado).

Muchos filósofos del Derecho pasan por alto la diferencia entre A y B. Uno de ellos es Joseph Raz. En su “The problem about the nature of law”, Raz argumenta que la “inclinación a identificar la teoría de la ley con una teoría de la adjudicación y las consideraciones jurídicas con todas aquellas apropiadas para los tribunales, está basada en una doctrina de poca perspectiva, que pasó por alto la conexión del derecho con la distinción entre consideraciones ejecutivas y deliberativas”<sup>35</sup>. Él acepta que los tribunales

---

<sup>34</sup> (1871) L.R. 6 C.P. 576 en p. 582.

<sup>35</sup> *Supra* nota 2 en p. 217.

toman sus decisiones sobre la base de consideraciones jurídicas y morales. Pero ese preciso hecho, dice, muestra que es incorrecto tomar una teoría de la adjudicación como si fuera una teoría del derecho; una teoría del derecho debe al menos distinguir entre consideraciones morales y jurídicas. Para Raz, la distinción gira sobre el concepto de una “consideración positiva dotada de autoridad”. La necesidad de este concepto en una teoría del derecho

es vista claramente al contemplar su negación. Hay formas de arbitraje en las cuales el árbitro es instruido para juzgar meramente los méritos del caso y emitir un juicio justo, sin estar limitado a seguir un estándar positivo dotado de autoridad. Podemos imaginar una adjudicación puramente moral que adopte la misma forma. Las consideraciones positivas son aquellas de las que su existencia y contenido pueden ser averiguados sin recurrir a un argumento moral. Las leyes y los precedentes son consideraciones positivas, mientras que los principios morales de justicia no lo son. Un adjudicador moral confiará, durante su deliberación, en la existencia de estándares positivos, pero no está limitado a considerarlos como dotados de autoridad. Pero no podemos hablar de un tribunal de Derecho (*a court of law*) a menos de que el órgano del que hablamos esté obligado a tomar como dotados de autoridad algunos estándares positivos tales como la costumbre, la legislación o el precedente<sup>36</sup>.

Es cierto que si no hubieran consideraciones que los jueces estuvieran obligados a tomar como dotadas de autoridad sin examen moral no serían jueces en Derecho, sino simplemente adjudicadores morales. Y Raz está también de seguro en lo correcto al sostener que la finalidad de tener, digamos, una legislatura es, en primer lugar, determinar [*settle*] algo. Si la legislación no determinó [*settled*] en alguna forma la cuestión a que se refería, la comunidad no tendría en realidad legislación, porque en sus instituciones se estaría todavía deliberando la cuestión legislativa (la comunidad sería tal como una persona que nunca puede decidirse: Raz se apoya fuertemente en la analogía con la decisión personal). El punto es presentado por Raz como uno de “capital importancia para la organización social”<sup>37</sup>, y lo es, pero es quizás más fuerte que eso. Puede ser lógico. Tal como en el caso de un hombre que nunca tomó una decisión estaríamos lógicamente impedidos de decir que tomó una decisión, respecto de una comunidad que volvió a deliberar cuestiones legislativas estaríamos lógicamente impedidos de decir que existió cualquier legislación (¿y no es este punto lógico suficiente para defender el positivismo jurídico?).

Pero Raz yerra la cuestión que la legislación determina. Supóngase que se promulga una ley: Dados A, B y C, las personas deben hacer X. Mediante deliberación moral, esta ley determina la cuestión implícita que consiste en, ¿debieran todas las personas hacer X, dados A, B y C? Raz dice:

Ya que la ley pertenece a la fase ejecutiva [*i.e.*, no-deliberativa], puede ser identificada sin recurrir a argumentos morales, los que por definición pertenecen a la fase deliberativa<sup>38</sup>.

Esto no es de forma alguna una consecuencia lógica. La legislatura ha decidido que todas las personas deben hacer X. Y esto debe ser aceptado sin recurrir a argumentos morales adicionales. Pero el único tribunal que fallaría aquí sería un tribunal que actuara sobre:

A: Aplica sólo lo que es razonable.

El verdadero principio de la acción judicial en relación a la verdadera legislación (nuestro cuarto tipo de determinación de la ley) es, según hemos visto,

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, en pp. 213-214.

<sup>37</sup> *Ibid.*, en p. 216.

<sup>38</sup> *Ibid.* en p. 217.

B: Aplica sólo lo que es razonable *aplicar*.

Y este segundo principio preserva el sentido de la legislación en una comunidad. Hay, en coherencia con él, una cuestión legislativa que ha sido determinada, es decir, lo que es razonable. No hay cuestión en volver a deliberar sobre aquella cuestión. Pero lo que es razonable aplicar no ha sido decidido por la legislatura y no puede ser decidido. Esto es así aún si se considerara que nuestra legislación contuviera una segunda norma:

Todas las personas deben hacer X y todos los tribunales deben aplicar esta primera norma.

Podemos aceptar que la legislatura ahora ha deliberado sobre la base de, y decidido: primero, que la primera norma es razonable, y, segundo, que es razonable aplicar la primera norma. Pero no una tercera cosa, que es razonable aplicar la segunda norma. Y así sucesivamente. La razonabilidad de la aplicación de la segunda norma es una cuestión que no puede sino quedar abierta. Tampoco se evita el asunto si la segunda norma o cualquier norma subsecuente son auto-referentes. Quedaría la cuestión de si debe aceptarse la ahora auto-referente entidad completa. Esto es tal como la cuestión de si el cretense es un mentiroso, que queda sin resolver a pesar de la declaración del cretense: "Soy un mentiroso". No importa cuánto le creamos: no importa cuánto respeto le tengamos al Parlamento. El punto es uno de naturaleza lógica: no puede tenerse ningún respeto a una decisión que no ha sido tomada.

La distinción entre lo que es razonable legislar y qué legislación es razonable aplicar está establecida incluso en un sistema jurídico en que los tribunales juzgan razonable (correcto, necesario, jurídicamente debido) aplicar cualquier legislación que sea (como Dicey creía era el caso con el sistema legal del Reino Unido). La cuestión de la aplicación es, aún en tales sistemas jurídicos, una cuestión distinta, requerida lógicamente, cuestión que responden (afirmativamente, se dice, cada vez) los tribunales y no la legislatura,.

Si pensamos nuevamente en la comparación de Raz con la decisión personal, la importancia de la diferencia entre A y B se volverá evidente. Yo tomo la decisión de ir a Nottingham, supone Raz (éste es uno de sus ejemplos). Para que esa decisión subsista, debe ser el caso que yo no la reconsidere (a pesar de que puedo considerar activamente cuestiones subsidiarias, como dónde quedarme y así sucesivamente). Esta analogía es muy engañosa, por cuanto precisamente está fuera de revisión en la esfera de la decisión personal qué es lo que hace que sea importante en la ley distinguir A y B, legislación y adjudicación. Yo decido ir a Nottingham y puedo ponerme inmediatamente a ejecutar tal decisión, porque no hay cuestión, sino que es *mi* decisión. ¿Qué pasaría si fuera tu decisión ir a Nottingham? ¡Por supuesto que *yo* no iría! Ni siquiera si fuera tu decisión que es razonable que todos vayan a Nottingham. E incluso si fuera tu decisión que *yo* fuera a Nottingham, yo no iría a menos que hubiera alguna mediación conectando tu decisión conmigo: No soy tu esclavo. Hay varias cosas en la esfera personal (un contrato, por ejemplo) que podrían proveer tal mediación. En el derecho la mediación es adjudicada a, y completada por, los tribunales. Nuestro contrato bajo el cual tú alegas que yo debo ir a Nottingham si tú me lo ordenas, será conocido por un tribunal y, si éste falla en contra mío, debo ir a Nottingham. Todo el derecho de contratos da testimonio de la distinción entre A y B: el tribunal decide sobre la *aplicación* de los contratos (B: Aplicar aquellos contratos que es razonable *aplicar*); no según lo que ellos estipulen que es razonable (A: Aplicar aquellos contratos que son razonables) (a pesar de que obviamente hay algunas calificaciones menores respecto de esto). La aplicación de las leyes es

similar. La ley de nuestro ejemplo ha decidido (razonablemente) que: dados A B C, las personas deben hacer X. Esta podría ser sólo tu decisión (tuya y de determinados otros ciudadanos), tal como tu decisión de enviarme a Nottingham. Podría ser una ley razonable, e incluso si no, puede ser aceptado que ella decide qué es razonable (respeto total por lo que *sí* decide). Pero para que yo haga X, se requiere alguna conexión particular de la ley conmigo (alguna mediación, como en el caso del contrato). Así, B en vez de A. *Aplicación* razonable a mí antes que racionalidad [*reasonableness*]. A y B pueden ser distinguidos sobre la base de que son cuestiones simplemente diferentes gobernadas por razones diferentes<sup>39</sup>. Pero la distinción fundamental parece ser ahora que una conexión particular conmigo es necesaria antes que cualquier norma pueda serme aplicada con justicia. La racionalidad de la norma (A) no es garantía para B. La distinción entre A y B es fundamental para la libertad.

Es también fundamental en la practicalidad del derecho. Cuando el derecho es visto como esencialmente teórico, *i.e.* como algo que debe ser conocido, la distinción entre A y B no tiene asidero. Algo conocido es el derecho, sin importar si debiera ser valorado de acuerdo a la racionalidad o si debiera ser aplicada a una persona en particular. Cuando el derecho es visto como práctico, surge una cuestión de razón práctica. Se contempla una acción particular y la cuestión es una de razón sobre esa acción (B ... razonable *aplicar*). Por contraste, A, a pesar de que menciona la acción ("*aplica* lo que es razonable"), no plantea una cuestión de razón práctica sobre sí. Es esta acción y el enfoque preciso de razón práctica sobre ella, lo que plantea la distinción entre A y B. Una visión teórica de la ley (algunas versiones de positivismo jurídico) ha parecido atractiva en beneficio de la libertad; porque la libertad de uno parece ser más grande cuando la ley es algo a ser conocido antes de la acción (así, se piensa, podemos calcular con claridad y actuar más libremente). Éste ha sido siempre el argumento más plausible para cualquier tipo de positivismo jurídico. Pero las mayores destrucciones de la libertad (todos los fascismos) son construidas sobre una negación de la distinción entre A y B: los humanos son reclutados o destruidos en servicio de lo que es razonable (aquella gloria o destino que el tirano o el Estado estimen razonables); en tanto que son los Estados los que son reclutados cuando se trata de lo que es razonable aplicar a los ciudadanos (porque entonces son ellos responsables de los derechos de sus ciudadanos)<sup>40</sup>.

## II LA PARTICULARIDAD DE LA ADJUDICACIÓN

Que yo decida ir a Nottingham es una cosa. Que tu decidas respecto de mí es otra. Y aún otra es si es razonable para cualquiera (o todos) ir allá. Esta última no es práctica mientras no determina o se contempla la posibilidad de que determine la voluntad de al menos una persona. Es universal y no práctica, en tanto que las dos primeras son particulares y prácticas (la primera en conexión con mi acción de ir a Nottingham; la segunda con la tuya de, digamos, forzarme a ir). ¿Cuál es la conexión entre estas cosas? ¿Cómo se vuelve práctica una decisión universal?

Supongamos que estoy dando un examen para obtener un cargo judicial. Se me da un problema para resolver que consiste en los hechos A B y C. Lo desarrollo y concluyo

---

<sup>39</sup> *Op. cit.* nota 3 en pp. 251-259.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, nota 7, en donde el argumento es que la función propia de los tribunales en el Derecho administrativo es preservar los derechos de los ciudadanos en contra del Estado, porque los derechos de los individuos (que determinan las aplicaciones *particulares* de la ley) son absolutos contra el Estado.

que el demandado debe indemnizar. Mi conclusión es universal: *a*, demandado en circunstancias A B y C, debe indemnizar. Pero ¿estoy en lo correcto? Reviso mi razonamiento y concluyo que estoy en lo correcto. Terminó el examen, satisfecho. Pero, siendo más bien introspectivo, reviso mis libros tras el examen para estar seguro. Sí, el demandado debe pagar daños. Estoy seguro. Ahora estoy seguro de que tengo la respuesta a la pregunta (universal): dados A B C, ¿debe el demandado indemnizar? Pero no es una respuesta práctica. Mi voluntad no está determinada a acción alguna, porque no hay A B o C particulares, ni ningún demandante (particular) en contra de quien actuar. Algunos podrían decir que mi conclusión fue teórica. Esto no es estrictamente cierto, porque es una suerte de cuestión práctica que he considerado (no es una cuestión de mero conocimiento): es mejor decir que mi conclusión es hipotética. Mi respuesta se volverá práctica cuando se vuelva particular. Pero, ¿es sólo un asunto de esperar hasta que aparezca un particular que calce en mi juicio universal?

Estaba en lo correcto. Paso el examen, soy designado, y mi primer caso resulta ser exactamente el caso de mi examen: se prueba A B y C, y el demandante persigue que se le indemnice. Saltémonos en este análisis (filosófico) los alegatos, la fase probatoria y los argumentos finales, hasta el punto en que estoy solo en mi despacho y empiezo a analizar el fallo. Dados A B y C, el demandado debe pagar los daños. Sé que esto está bien. He hecho ese razonamiento. ¿Qué más hay ahí? ¿No está mi voluntad enrollada coherentemente, lista para ser desenvuelta? Sí. Pero, ¿qué se requiere para desenvolverla? ¿Por qué no se desenvuelve por sí misma? Las aproximadamente seis semanas entre mi examen y el caso no son nada (en otro caso, D E F, supóngase que elaboro mi dictamen y pasan seis semanas antes de que lo dicte; vestido de toga y peluca, me siento en el lugar en que debo dictarlo y, sin perjuicio de las seis semanas de atraso, mi decisión sí se desenvuelve sola). Pero no aquí. ¿Qué es lo que me detiene en el caso A B C? No es que dude de mi conclusión. Recuerdo mi razonamiento muy claramente. No es que quiera recurrir a Halsbury para ver si existe algo que haya pasado por alto (pese a que podría hacer eso, como excusa para tener tiempo). Sé que no he pasado nada por alto. Es sólo que ahora tengo un problema radicalmente diferente. Un problema particular, práctico, que el razonamiento hipotético (teórico) universal no resuelve. Y todo el problema es que ningún razonamiento puede resolverlo. Es particular, acerca de lo cual nada puede decirse (cualquier cosa que *diga* será universal). En rigor, estoy perdido y, si sigo pensando, no voy a emitir dictamen alguno. Este momento de indecisión (un reino completo) es un tema recurrente en la literatura. Piénsese en Hamlet, cuya inacción fue trágica (digna de un mundo que no consuela ni da respuesta), no una simple falla en el carácter. Piénsese en la confrontación entre Pierre y Davoût en *La Guerra y la Paz*. El momento de indecisión fue lo que salvó a Pierre de ser ejecutado como espía ruso bajo las órdenes de Davoût (espía ruso=A B C; así que la regla relevante de acción para Davoût es: ejecutar, dados A B C):

Davoût lo miró y lo contempló intensamente. Por algunos segundos se miraron mutuamente, y esa mirada salvó a Pierre. Aparte de las condiciones de la guerra y del derecho [A B C], esa mirada estableció relaciones humanas entre ambos hombres. En ese momento un inmenso número de cosas pasaron nebulosamente por las mentes de ambos, y comprendieron que eran ambos hijos de la humanidad, y que eran hermanos.

*La Guerra y la Paz*, Libro XII, Cap. X.

Yo, el juez, y Davoût, en el momento práctico, entramos en el vacío de la particularidad que no responde, el reino del amor, acerca del cual sólo pueden decirse cosas místicas,

poéticas (hijos de la humanidad, y similares); o nada (Hamlet: “el resto es silencio”). Los jueces entran en este reino todos los días (si sólo lo supieran).

Antes de continuar, quisiera recordar la cuestión de la definición más amplia de Finnis de lo práctico en *Fundamentals of Ethics*. Finnis incluye en su concepción de lo práctico tanto el pensamiento práctico hipotético (que termina en el conocimiento práctico), como el pensamiento que termina en acción (o una decisión en contra de la acción). Con esta definición, excluye el vacío de la particularidad. Así, dice:

[Un cierto] argumento funcionaría *exactamente en la misma forma* si la cuestión no fuera hipotética sino requiriera de ti una decisión aquí y ahora ...; así, el que sea hipotética no le quita su carácter radicalmente práctico.<sup>41</sup>

Por supuesto que el asunto no es sólo uno de definiciones: Finnis tiene profundas razones para esto, que discutiremos más adelante. En la parte I identificamos dos problemas de particularidad: la adjudicación de los casos particulares (el cruce del vacío de la particularidad, como lo llamamos ahora) y el mayor refinamiento en la definición de una clase determinada. Hart dijo:

Diferentes sistemas legales, o el mismo sistema en distintos tiempos, pueden bien ignorar o reconocer más o menos explícitamente tal necesidad para el ejercicio ulterior de decisión en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El vicio conocido por la teoría legal como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas formuladas verbalmente que busca al mismo tiempo disfrazar y minimizar la necesidad de tal decisión, una vez que la regla general ha sido establecida. Una vía de hacer esto es congelar el significado de la regla para que sus términos generales deban tener el mismo significado en cada caso en que su aplicación esté en cuestión. Para asegurar esto podemos fijarnos en determinados aspectos presentes en el caso simple, e insistir que ellos son a la vez necesarios y suficientes para traer cualquier cosa que los contenga dentro del ámbito de la regla, cualesquiera otros aspectos que el caso pueda tener o de los que pueda carecer, y cualesquiera que puedan ser las consecuencias sociales de aplicar la regla de esta forma. Hacer esto es asegurar una medida de certeza o predecibilidad, con el costo de prejuzgar ciegamente lo que debe hacerse en una serie de casos futuros, acerca de cuyo contenido somos ignorantes. En consecuencia, deberemos tener éxito en resolver por adelantado, pero también en la oscuridad, asuntos que sólo pueden ser resueltos razonablemente cuando surgen y son identificados.<sup>42</sup>

Por eso tenemos, de acuerdo al argumento de Hart, instituciones para resolver estos asuntos mediante un mayor refinamiento de la definición. Esto es como la idea de adjudicación de Raz que es (cuando no es mera ejecución), sub-legislación: el progresivo refinamiento de las categorías de la ley de acuerdo a la experiencia. Pero esto no es verdadera particularización. La interpretación sub-legislativa es en verdad (como vimos en la parte I) sólo especificación. Para el problema del vacío de particularidad no importa cuán altamente definidos estén A B y C. Podemos haber establecido un gran número de hechos muy detallados, y nuestro problema sería exactamente el mismo (más o menos disfrazado). ¿Cómo actuar con respecto a un particular? ¿Cómo cruzar el vacío? Esto es algo importante que aprendemos de los ejemplos. A veces se piensa en el ejemplo como en una especificación mayor, aunque en cierta forma indeterminada. Por ejemplo, muchas cosas no pueden ser formuladas de manera definitiva; por ejemplo, cómo danzar el *eightsome reel*.<sup>\*</sup> Pero pueden ser enseñadas mediante un ejemplo. Y a menudo se piensa que el ejemplo es sólo una inarticulada especificación mayor. Es esto, pero no sólo esto. Lo

---

<sup>41</sup> *Op. cit.*, nota 1 en p. 17. El énfasis es mío.

<sup>42</sup> *Concept of Law* (Oxford, 1961) en p. 126.

\* Un tradicional baile *country* escocés, para 4 parejas. [n. del trad.]

primero que la particularidad enseña, y lo que constantemente enseña, es la superación del vacío de la particularidad.

El vacío de la particularidad es simplemente respeto por el particular. El respeto por el particular no es respeto por cualquier cualidad (universal) o relación que nos vincule al particular, no es respeto por A B o C ni ningún refinamiento de ellas. Es respeto por el particular mismo. Respeto por cualquier particular es respeto por el misterio de la existencia del mundo: el mundo podría ser más simple, *i.e.* cualquier particular podría ser el mundo completo, y el misterio de la existencia sería el mismo.<sup>43</sup> Pero hay una cierta desolación en esta conclusión. Un juicio respecto de A B y C no puede ser un juicio práctico, porque no puede cruzar el vacío. Por supuesto que puede justificar *un* juicio en el asunto: un juicio teórico/hipotético, como sea que se le llame, a la altura del vacío. Pero la racionalidad final del juicio práctico parece estar aquí en duda. Neil MacCormick ha intentado reafirmar la racionalidad en contra de ciertas teorías de la particularidad<sup>44</sup> reconsiderando la idea de justificación. Él ve que el acto de justificación es incapaz de resolver el problema, por cuanto plantea inmediatamente la cuestión de por qué justificar; y la respuesta, como la de la cuestión original, será finalmente particular, no universal; así que tendrá su propio vacío de particularidad. MacCormick pretende obtener la universalidad deseada mediante la postulación (siguiendo a Adam Smith) del espectador imparcial ideal:

Abstrayéndonos de nuestro propio compromiso particular y confrontando un problema, ya sea en términos universalizados o como le parecería a un espectador imparcial ideal, objetivamos el asunto. Uno lo plantea como el problema de cualquiera, abierto a la respuesta de cualquiera. Exactamente lo que hizo a Smith el más persuasivo de los particularistas resulta en verdad ser en su teoría un sustituto de la universalización.<sup>45</sup>

Pero la cuestión de cualquiera es el vacío de cualquiera. Lo que MacCormick y Smith no han mostrado es cómo el juicio del espectador imparcial no es también incorregiblemente particular; por qué no confronta él también el vacío de la particularidad. Hay dos cuestiones de universalización en el juicio práctico. Si yo juzgo a p, las dos cuestiones de universalización me conciernen a mí, el propio yo, y a p. La primera cuestión es si debo ser universalizado a todos los agentes morales que juzguen a p. Ésa es una cuestión de universalización y objetividad, y aquélla a la que se acerca la teoría de Smith. Pero la otra, con la que no trata, es si p es universal o incorregiblemente particular. Wittgenstein pensó en dos deidades (*god-heads*): “el Mundo y mi Yo Independiente”.<sup>46</sup> Siendo divinidades, ambas son particulares, resistiendo la universalización. Pero no hago ningún juicio acerca del Yo: el propio yo no es el mundo, como mostró Wittgenstein.<sup>47</sup> Así, es p quien abre el vacío de la particularidad y siembra duda sobre la verdad de todos los juicios prácticos, subjetivos u objetivos.

En este ensayo quiero perseguir la idea de que la negociación del vacío de la particularidad depende del particular con respecto al cual contemplo actuar, hablando por sí mismo. Supóngase de nuevo que soy un juez y que estoy evaluando un dictamen en

---

<sup>43</sup> *Op. cit.*, nota 3 en p. 17.

<sup>44</sup> En “Universalisation and Induction in Law”, en *Proceedings of Conference on Reason in Law* (Bologna, 1984), en donde considera tres teorías de la particularidad: Adam Smith, *Theory of Moral Sentiments* (1759), R. S. Summers, “Two Types of Substantive Reasons” 63 Cornell LR 707 (1978), y mi *The Unity of Law and Morality* (Londres, 1984).

<sup>45</sup> *Ibid.*, en p. 14.

<sup>46</sup> *Notebooks 1914-1916* (Oxford, 1961) 74e.

<sup>47</sup> *Philosophical Investigations* (Oxford, 1953) 178e.

contra de un ciudadano en particular. Si mi respeto es tal que le permito hablar por sí mismo, entonces lo respeto como un fin en sí mismo. ¿Y no es ello precisamente respeto por su particularidad? ¿No es su ser particular su ser un fin en sí mismo?

No completamente. Hasta ahora he usado la palabra “particular” (en vez de, por ejemplo, “individuo”) para indicar mi visión de que finalmente otros humanos son sólo arreglos particulares de la sustancia del universo (otros humanos: no tiene significado para mí (yo) decirlo de mí mismo). Esta austera ontología es Wittgensteiniana: “Mi actitud hacia él es una actitud hacia un alma. Yo no soy de la *opinión* de que él tenga un alma.”<sup>48</sup> Éste es, en mi opinión, el estado de naturaleza que han buscado los filósofos políticos. No hay almas en la naturaleza esperando ser descubiertas por un súper microscopio. Pero la desierta soledad de tal mundo es una inducción al amor (la “actitud” de Wittgenstein), y en el amor se le atribuye alma al otro. Así, del estado de naturaleza, por medio del amor, emerge la política en que los humanos son almas o, como lo estamos poniendo, fines en sí mismos.<sup>49</sup> Los arreglos particulares de la sustancia del universo se vuelven fines particulares en sí mismos<sup>50</sup>, capaces de hablar por sí mismos.

Ahora, soy un juez evaluando una acción contra un ciudadano en particular. Mi acción evaluada está conectada con su acción (lo que hizo para merecer un juicio). Y es mediante nuestra hipótesis conectada con su ser un fin en sí mismo. ¿Cuál es la conexión entre estas dos cosas, que está entre su acción y el hecho de ser un fin en sí mismo (entre lo práctico y la particularidad)?

La acción tiene un propósito determinado. Si boto un vaso desde una mesa en el curso de un espasmo muscular, no realizo acción alguna. Y, de manera similar, si mediante una fuerza superior tu mueves mi mano, la acción de botar el vaso de la mesa no es mía. Pero si hay un propósito en mi movimiento (atraer atención, demostrar la ley de gravedad...), hay una acción que yo he realizado. Y, por supuesto, hay muchos casos intermedios; por ejemplo, cuando boto el vaso porque tengo mucha rabia o estoy muy borracho. Cualquier filosofía de la acción debe ser una filosofía de propósitos (fines). Ahora, siendo el derecho algo práctico, pretende guiar, influir o controlar las *acciones* de los ciudadanos. Ésta no es la única forma de conseguir la paz. Podríamos cortar las manos de los potenciales carteristas, cuyas subsecuentes omisiones al respecto no serían entonces acciones de obediencia a la ley. O podríamos duplicar la fuerza de las bóvedas bancarias (o de su software defensivo); y no diríamos que esa disminución en el número de robo de bancos ha sido conseguida por la ley. O podríamos conseguir nuestros fines mediante la fuerza de la guerra. En estos casos simplemente hemos modificado el mundo; no influido, guiado o controlado las acciones de los ciudadanos. Casos más limítrofes ocurren cuando los ciudadanos son calmados; o puestos en situación de gran temor al punto en que la llamada sanción legal no es sólo una razón para la acción racional, sino una abrumadora dominación de la persona. ¿Es su cumplimiento en estas circunstancias un caso de acción de los ciudadanos? ¿O es, más bien, una modificación del mundo (una modificación de ciertos estados cerebrales en los ciudadanos)? Estos son casos límite, pero el punto es todavía claro: al derecho no le concierne la paz como tal, ni el originar cierta paz, sino las acciones de los ciudadanos en paz.

---

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> He examinado este proceso completo con mayor profundidad en *op. cit.*, nota 7.

<sup>50</sup> Nótese que el vacío de particularidad pre-existe a la otra alma; tal como puede verse si en verdad se piensa intensamente sobre (por ejemplo) cortar un árbol.

La acción es necesariamente particular. Y esto en dos sentidos. Primero, una acción debe estar en relación con un particular o conjunto de particulares. Así, yo podría generar el propósito, intención o fin, de beber borgoña; pero no hay cuestión de mi realización de tal acción hasta que una botella en particular cruce mi camino. Este sentido es, por supuesto, bastante obvio; el segundo, quizás, no tanto. Para que haya una acción debe haber un propósito o fin particular de un agente en particular. El beber vino puede ser en alguna vaga forma un propósito o fin de la humanidad; pero a menos que sea particularmente el propósito de una persona en particular, no figurará en descripción alguna de las acciones de alguien. De esta forma, en el tema de la obediencia a la ley, la ley debe ser un fin o propósito particular de un ciudadano en particular si él ha de *actuar* en obediencia a ella. Por ejemplo una ley debe ser, en algún sentido, su ley (llevada hacia sus fines).

Supóngase que es una ley que legisla para el caso que debo juzgar (dados A B y C, se decide en contra del demandado). Ahora, si somos capaces de decir que la ley es la propia ley del demandado, ¿no ha sido autorizado el cruce del vacío de la particularidad en la única forma posible, esto es, mediante la autoridad del mismo particular? Por supuesto que la ley no tiene que ser su ley en ninguna forma inmediata. Puede que ni siquiera sepa de ella. Pero si la ley es autorizada por *su* comunidad o constitución (la comunidad o constitución llevados a sus fines), eso puede bastar.

Usualmente estas cuestiones no son planteadas explícitamente, por la simple razón de que, hablando genéricamente, sólo los ciudadanos son llevados a defenderse de cargos frente a los tribunales, y ciudadanos son precisamente aquellos de quienes puede decirse: las leyes, incluyendo las emanadas del Parlamento, son sus leyes. El punto no debiera ser mal entendido. Del hecho que alguien rompa una ley no se sigue que desconozca la ley. La mayoría de los criminales convictos no hacen esto, sino, en cambio, mantienen su lealtad básica a su sistema legal, sin perjuicio siquiera de una inclinación a cometer nuevamente un delito cuando surja la oportunidad. Quien los acusa es su comunidad y, dado que es su comunidad, las leyes de ésta son sus leyes en el sentido fundamental. Por supuesto que algunos infractores de la ley sí desconocen el sistema legal completo que los acusa. Y así las leyes no son sus leyes: son externas al Derecho y, estrictamente hablando, están en guerra con la comunidad en el sentido hobbesiano (hay muchos problemas con el análisis del razonamiento particular en guerra que no consideraremos aquí). Pero ocasionalmente puede plantearse la conexión particular del acusado con la ley. Considérese este bien conocido caso de Jennings:

La supremacía del parlamento implica, en segundo lugar, que el parlamento puede legislar para todas las personas y todos los lugares. Si promulga una ley que dispone que fumar en las calles de París es una falta, entonces *es* una falta. Naturalmente, es una falta de acuerdo a la ley inglesa y no a la francesa, y en consecuencia sería considerado como una falta sólo por aquellos que prestaran atención a la ley inglesa. La policía de París no comenzaría de inmediato a arrestar a todos los fumadores, ni los tribunales criminales franceses comenzarían a imponerles castigos. Pero si cualquier francés viniera a un lugar en que se prestara atención a la ley inglesa, se podría iniciar un proceso en su contra. Si, por ejemplo, un francés que hubiera fumado en las calles de París pasara un par de horas en Folkestone, podría ser traído frente a un tribunal de jurisdicción sumaria por haber cometido una falta en contra de la ley inglesa.<sup>51</sup>

Ahora bien, ¿qué diría el francés si fuera arrastrado desde Folkestone hacia los jueces? Simplemente: “No es mi ley. Pueden castigarme si quieren, pero no es por una falta contra

---

<sup>51</sup> *The Law and the Constitution*, 3rd edn (London, 1943) p. 149.

el derecho. No he infringido ninguna ley. Ustedes ni siquiera pretenden que yo debería haber observado en París su ley en vez de la mía.” Si se siguiera el juicio, no sería el juicio del francés; sería una discusión (puede llamarsele juicio) entre ingleses respecto de qué hacer con este francés, quien necesariamente no es considerado como un fin en sí mismo, sino como un medio para los fines (ingleses). El estatus de este medio (el francés) para un fin en tal proceso no es mayor que el de, por ejemplo, el encierro de un perro (inglés) respecto del cual los ingleses estén alegando en un tribunal (es, por supuesto, un abuso de palabras el hablar de un caso de encierro como el juicio de un perro). Ahora, debe insistirse en este punto: si el francés es tratado como humano en vez de como perro, entonces es un fin en sí mismo. Y si es un fin en sí mismo, el hecho de que la ley no sea la suya (*su fin*) es crítico. No hay autoridad para cruzar el vacío de la particularidad. Sólo si el derecho es su derecho puede aplicársele con justicia (con respeto).

Es altamente posible que los tribunales ingleses siguieran a Jennings y aplicaran la ley. Esto no sería aplicar el derecho al francés. Sería aplicarlo con respecto de él (como con el perro) a otros: podemos tomarlo como que nuestra ley autorizando el arresto del francés en Folkestone y su encarcelamiento se aplica a los funcionarios ingleses involucrados. Esto sería conseguir la paz (en relación con el francés) por medio de la fuerza más que por guía de la acción. No se trataría al francés como un fin en sí mismo. Se cruzaría con respecto de él el vacío de la particularidad mediante la fuerza. Sería un simple acto de guerra y no de ley.

Jennings pensó que este caso era una ilustración de la omnipotencia del Parlamento. Y puede serlo, aun si se admite que la ley no puede ser aplicada al francés. No hay nada en esta parte de nuestro argumento que sugiera de manera alguna un límite a lo que el Parlamento pueda promulgar para sus ciudadanos. Quiénes son ciudadanos es una cuestión que limita la aplicación de la ley (B, lo que es razonable aplicar), no un límite a A, lo que es razonable promulgar. Así, se ve completamente satisfecho el requerimiento de Raz de que las razones para la legislación no sean reconsideradas. Pero, aceptando aquello, su aplicación no es la mera ejecución de lo mismo. Ni lo sería si la ley contuviese una sección que dispusiera que sólo se aplica a los ciudadanos (en nuestro ejemplo, agregando una cuarta proposición universal a A B y C); porque la cuestión todavía sería: ¿a quién puede aplicarse *dicha disposición*? Esta última reflexión muestra que la ciudadanía es siempre un asunto a resolver por los tribunales, no por el legislativo; y la ciudadanía es siempre un asunto de la determinación de conexión particular (la conexión que le permite a uno decir: ésta es mi ley) no la aplicación de una cualidad universal.

El caso de Jennings es un muy buen ejemplo de la diferencia entre:

A. Aceptar (aplicar) lo que es razonable,

y

B. Aceptar (aplicar) lo que es razonable aceptar (aplicar).

Podría ser altamente irrazonable prohibir fumar. Así, si la cuestión ante los tribunales fuera la cuestión intrínsecamente dotada de razón A, la legislación sería inválida incluso en el caso de un ciudadano (nula en razón intrínseca, como lo pusieramos anteriormente). Pero la cuestión es B, y para los ciudadanos es razonable (en una democracia) aceptar la legislación sin importar su falta de razonabilidad. Así que es razonable aplicar la no razonable prohibición de fumar. Por el otro lado, la legislación podría ser altamente

razonable, y si su razonabilidad fuera el examen judicial, podría ser aplicada al francés sin mayor cuestionamiento. Pero la cuestión es B y no A. Y es irrazonable (irrazonable si se respeta el vacío de la particularidad) aplicar esta ley razonable a quien es extranjero: la razonabilidad de A B C no autoriza cruzar el vacío de la particularidad. En casos extremos, las dos cuestiones, A y B, se funden. Se puede decir que la ley de Dicey que disponía la ejecución de los bebés de ojos azules es tan malvada (tan irrazonable) que es ajena (*foreign*) a cualquier empresa humana y, en consecuencia, la ley de nadie. Igualmente el caso de los judíos en Auschwitz. Es importante ver aquí que el argumento no se vuelve en contra de matar, ni siquiera completamente en contra de la maldad. Antes de su ejecución, se le ofreció a Sócrates escapar. Pero dijo que no. Él no tenía ley sino la de Atenas (¿dónde más podría haber ido a su edad?). En consecuencia, la ley que autorizó su muerte era su ley. Sócrates juzgó que era razonable aceptar su ejecución decretada de acuerdo a la ley. Sócrates mismo autorizó la ley y el cruce del vacío de la particularidad hacia su propia muerte.<sup>52</sup>

### III LA PLENITUD DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Las dos deidades de Wittgenstein eran “el Mundo y mi Yo independiente”.<sup>53</sup> Una deidad es un punto de misterio, un punto en que hay un vacío de razón. La deidad, mundo, es simplemente la particularidad del mundo. La razón condujo a Davoût a la aceptación de la norma: ejecutar a todos los espías rusos. Pero el vacío de la razón (el vacío de la particularidad, como lo llamaríamos en la parte II) se interpuso entre esta norma y el particular Pierre. La segunda deidad de Wittgenstein es el Yo, o el propio yo: Davoût podría también haberse dicho a sí mismo, “es razonable ejecutar a todos los enemigos de Francia, pero ¿por qué debiera hacerlo Yo?:”

un hombre desobedeciendo  
Desleal, rompe su fidelidad, y peca  
En contra de la alta supremacía del cielo,  
Afectando a la deidad

*El Paraíso Perdido*, Libro III

Hay, entonces, un segundo vacío de particularidad: uno para la deidad Yo, así como para la deidad mundo; uno para el sujeto así como para el objeto.

Es este vacío del sujeto el que define el predicamento modernista; el cual activa, entre otras cosas, Estudios Críticos del Derecho. La crisis del modernismo, la propia idea del modernismo, es de un yo sin conexión trascendente.<sup>54</sup> Sin Dios, soy una deidad y un héroe trágico. Para los no-modernistas (aquéllos que tienen a Dios como su amigo), la plenitud de la razón práctica proviene de su conexión con Dios. El último capítulo de John Finnis en *Natural Law and Natural Right*<sup>55</sup> es un argumento hacia esa plenitud. Primero, la *idea* de Dios:

los creadores de la teoría del Derecho Natural, que no supusieron que Dios se había revelado a través de ninguno de tales actos de comunicación informativa, creían no obstante que a través de la meditación

<sup>52</sup> Tener la propia ley como un fin profundo en esta forma es una cosa muy compleja. En *op. cit.*, nota 7, he argumentado (particularmente en el capítulo 7) que la ley no se vuelve la ley de los ciudadanos particulares por un contrato, sino por una conexión consensual particular mucho más compleja.

<sup>53</sup> *Loc. Cit.*, nota 46.

<sup>54</sup> R. M. Unger, “*The Critical Legal Studies Movement*” (1983) 96 H.L.R. 563 p. 561. Ver también *op. cit.* Nota 7, Postscript 3.

<sup>55</sup> Oxford, 1980.

filosófica uno puede lograr acceso a la fuente trascendente del ser, la deidad y el conocimiento. Tampoco es irrelevante para su desarrollo de una enseñanza acerca de la racionalidad práctica, la ética o el Derecho natural, esta creencia de Platón y Aristóteles, en oposición a los escépticos, relativistas y positivistas de su tiempo. Porque en la base de tales enseñanzas está su fe en el poder y la objetividad de la razón, inteligencia, *nous*. Y hay mucha razón para creer que su confianza en el *nous* humano está ella misma fundada en la creencia de que la actividad del entendimiento humano, en su grado más intenso, es un tipo de participación en la actividad del *nous* divino.<sup>56</sup>

Si la razón práctica humana conduce a una cierta conclusión acerca de la acción, entonces su participación en la razón divina parecería suficiente autoridad para cruzar ambos vacíos de la particularidad: sobre el simple precepto de que mi razón es la razón de Dios, puedo hacer eso (sea lo que sea). Por supuesto que puedo entenderlo mal. Pero es una posibilidad humana: no es un error de categoría. Pero, aún así, la particularidad persiste. ¿Por qué yo? ¿Por qué este “eso”? Aquí se requiere un salto de categoría: el vacío de la particularidad no puede ser cruzado por la razón. Al final, de acuerdo a este razonamiento, es solamente Dios como particular (como mi amigo particular), en vez de Dios como la conclusión (ideal) de una meditación filosófica, quien puede lograr la plenitud total del razonamiento práctico. Finnis advierte la profunda falta de certeza de Platón y Aristóteles en su conocimiento de la naturaleza de Dios y su relación con el mundo;<sup>57</sup> y sostiene que sólo un Dios revelado y particular (en consecuencia, amoroso) puede cubrir tal vacío (ese vacío que podemos ver como un vacío de particularidad).

Sin alguna revelación más reveladora que cualquiera de las que Platón o Aristóteles puedan haber experimentado, es imposible tener suficiente certeza de que la causa incausada de todas las cosas de este mundo (incluyendo nuestra habilidad para entenderlas) es en sí misma un bien que uno podría amar, personal en una forma que uno podría imitar, una guía que uno debería seguir, o un garante de la racionalidad práctica de cualquiera.<sup>58</sup>

Es la amistad con el Dios particular lo que supera el vacío del sujeto: mi rebelión contra la deidad es sojuzgada. Y supera también el vacío del objeto en una forma que no es meramente definicional. La amplia definición de Finnis de la utilidad práctica (como vimos antes) es una que ignora el vacío del objeto. Transcribo de manera más extensa un pasaje citado anteriormente de manera más breve:

Pero a medida que el argumento se despliega, podemos ver que *funciona*, *i.e.* induce al entendimiento y conocimiento de lo que es una existencia humana completa y apropiada, precisamente poniéndote a “imaginarte en una situación en la que ...”, y preguntando “¿Te quedarías tranquilo con esto?”. Es cierto, el argumento te lleva a reconocer algo que puede ser ciertamente expresado en una proposición acerca de la naturaleza humana. Pero hace esto por medio de ponerte a considerar una cuestión que, pese a ser hipotética, no es menos práctica. (Porque el argumento funcionaría *exactamente en la misma manera* si la cuestión no fuera hipotética pero requiriera de ti una opción aquí y ahora entre las vidas (formas de vida) alternativas; así, el ser hipotética no le remueve su carácter radicalmente práctico.)<sup>59</sup>

Una “existencia humana completa y apropiada” concebida en amistad con un Dios en particular es suficiente particularidad. La maravillosamente incisiva definición de lo práctico que ofrece Finnis (la proposición “Yo pienso X” es práctica si el “Yo pienso” no es transparente para X)<sup>60</sup> enfoca el pensamiento práctico en el sujeto, el cual no es deidad

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 392-393.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 397.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 398.

<sup>59</sup> *Supra*, nota 41.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 3.

cuando es amigo del Dios particular. En ese caso el vacío de objeto no es advertido. Yo, el amigo del Dios particular, no veo vacío de objeto. Dios es suficiente particularidad.

Para los modernistas, los dos vacíos de particularidad permanecen, y el problema principal en la filosofía de la razón práctica (modernista) es hacer un recuento de su cruce, que pueda pararse en su razonamiento como el recuento del Dios particular de Finnis lo hace en el suyo. Sólo entonces viene la plenitud del razonamiento práctico.

\* \* \*

El *common law* es la ley ordinaria en dos sentidos principales. El término vino a nuestro derecho del derecho canónico:

El término *common law* (*ius commune*, *lex communis*, *común dreit*, *commune lei*) no es hasta ahora un término frecuente en las bocas de nuestros abogados seculares. Por otra parte, *ius commune* es una frase bien conocida para los canonistas. Ellos la usan para distinguir el derecho general y ordinario de la iglesia universal tanto de cualquier regla peculiar a esta o esa iglesia provincial, como de aquellos *privilegia* papales que están siempre dando pie a litigación eclesiástica.<sup>61</sup>

Estos dos sentidos de ordinario, negando la peculiaridad local y el privilegio, pasaron al derecho secular de Inglaterra para darle su nombre:

De los tribunales eclesiásticos pasaría fácilmente a los seculares. Un obispo de Salisbury le dice al Papa en 1252 que, actuando como delegado papal, ha decidido que el *common law* se inclina en favor del rector de una iglesia y en contra del vicario de otra. El *common law* del que habla es el *common law* de la iglesia católica; pero este obispo no es otro que William de York, quien debe su cargo al buen servicio que ha hecho como magistrado real. En conexión con los asuntos temporales ingleses, podemos sin duda encontrar el término *ius commune* en el Diálogo sobre el Tribunal de Hacienda (*Dialogue on the Exchequer*); las leyes de bosques, que son el resultado de la mera voluntad y placer del rey, son contrastadas con el *common law* del reino. Un siglo más tarde, en tiempos de Edward I, lo encontramos frecuentemente, a pesar de que la *lex communis* (*commune lei*) se ha vuelto para entonces la frase más usual. El *common law* puede entonces ser contrastado con las normas de jerarquía legal (*statute law*); de cualquier forma, más a menudo es contrastado con la prerrogativa real; puede también ser contrastado con la costumbre local: en síntesis, puede ser contrastado con cualquier cosa que sea particular, extraordinaria, especial, con “especialidad” (*aliquid speciale, speciale*).<sup>62</sup>

La mera voluntad del rey: algo no intrínsecamente dotado de razón en el sentido usado en la parte I de este ensayo, esto es, algo que como *mera* voluntad no tiene relación intrínsecamente dotada de razón con ley o derecho anterior. Las leyes modernas, hemos visto, son también mera voluntad, en esta forma. No son intrínsecamente dotadas de razón y (lo que es lo mismo) no son comunes. Por supuesto, la ley de *reconocimiento* de leyes (o de la voluntad del rey) es *common law*: “aplica lo que es razonable aplicar” es *common law* (o, para ser más precisos, la elaboración de lo que es razonable aplicar es *common law*). Esto es B, distinguido de A “aplica lo que es razonable”, en que la (segunda) razonabilidad califica la cosa aplicada (legislación), no el acto de aplicación (*common law*). La legislación era el cuarto de nuestros procesos de determinación del derecho. Los otros tres procesos (adjudicación, consejo e interpretación) tienen también elementos creativos; por ello se requiere algún cuidado al identificar el sentido en que son comunes. Una respuesta especial a un problema legal, un consejo o clarificación, no es común *en sí misma*, pero, siendo la razón del *common law* intrínseca a estos procesos (en la forma señalada en la

---

<sup>61</sup> Pollock y Maitland, *The History of English Law*, 2nd edn (Cambridge, 1898) p. 176.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 177.

parte D), ellos son rápidamente sumergidos en lo común (“los decretos de Henry II se habían incorporado a la masa de derecho no legislado, y su texto parece haber sido ya olvidado:” Pollock & Maitland).<sup>63</sup> Las adjudicaciones son también hechas y, en consecuencia, especiales. Nadie ha pretendido nunca que las adjudicaciones fueran simplemente encontradas (como si los jueces que consultaban sus libros estuvieran en realidad consultando un oráculo hablante); pero el *common law*, aquél que gobernó la adjudicación, fue encontrado, no hecho. Tenía que serlo: si fuera hecho, sería especial, no común. Sería la ley de los jueces, no la ley de los comunes (un término que ahora podríamos traducir como pueblo). El *common law* es aquí bastante claro. Lo confuso es la moderna teoría del derecho, con sus ideas de fallos revocatorios y creación judicial de la ley.<sup>64</sup> El decir en esta forma que la ley es encontrada y no hecha no es una licencia para el conservadurismo en el *common law*. Es en verdad al contrario. Los jueces tienden a ser de temperamento conservador. Si crean derecho, tenderán en consecuencia a hacerlo de manera conservadora. Si, por el contrario, encuentran el derecho en el pueblo, y el pueblo cambia, el derecho cambia.<sup>65</sup>

\* \* \*

Un juez del *common law* encuentra el derecho en el pueblo. Nuestro juez, enfrentado, como Davoût, al vacío de la particularidad del objeto, encontró en el consentimiento del objeto ciudadano una autoridad para cruzar ese vacío. Pero, ¿por qué juez-sujeto y ciudadano-objeto? Así es, a pesar de que estemos pensando en el derecho como en algo que existe para los jueces como sujetos (el extremo de la teoría del derecho centrada en el juez que Raz rechazaba). El derecho (y los jueces) existen para los ciudadanos, no vice-versa. Así, el vacío del objeto-ciudadano es en verdad más el vacío del sujeto-ciudadano. Y la plenitud del derecho como razón práctica se alcanza cuando el derecho que aplican los jueces es el derecho que ha cruzado el vacío del sujeto ciudadano; cuando la ley es en un sentido verdadero la ley del ciudadano; cuando la ley es *common law*.

¿Qué es, entonces, para el derecho ser la ley del ciudadano? Una respuesta es establecer las condiciones bajo las cuales el derecho es llevado hacia los fines de los ciudadanos.<sup>66</sup> Otra es preguntar si hay otra ley que no sea la ley de los ciudadanos. Hart distinguió las actitudes internas hacia el derecho, de las externas,<sup>67</sup> y esto le otorgó el elemento central en su concepto de derecho; pero había aquí una curiosa ambivalencia. ¿Qué era interno a qué? ¿Era el ciudadano interno a la regla; o la regla interna al ciudadano? La mayoría de lo que Hart dice sugiere lo primero. Por ejemplo:

Es importante distinguir la declaración de hecho externa, que afirma que los miembros de la sociedad deben aceptar una regla dada, de las declaraciones internas de la regla hechas por uno que la acepta por sí mismo.<sup>68</sup>

Así es, a pesar de que la regla está constituida por aquellos que son internos a ella. Pero para nuestros propósitos presentes, la idea más interesante de internalidad no es la del

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>64</sup> *Op. Cit.*, nota 3 en pp. 201-204.

<sup>65</sup> He expuesto una forma en que esto podría traducirse en un programa de reforma judicial en Derecho administrativo en *op. Cit.* Nota 7.

<sup>66</sup> *Op. cit.* nota 7, que se preocupa de establecer dichas condiciones. Ver particularmente el capítulo 7.

<sup>67</sup> *Op. cit.* nota 42.

<sup>68</sup> *Ibid.* en p. 244.

ciudadano que es interno a la ley, sino la de la regla o la ley que es algo que el ciudadano ha tomado como su propio fin, como hizo Sócrates con la ley de Atenas. Entonces es la ley interna al ciudadano. Es esta segunda idea de internalidad la que es necesaria para completar nuestra revisión de la particularidad del derecho .

Comparemos un ciudadano que tiene una ley interna a él, con uno que trata a la ley externamente. Supóngase que un juez aplica la ley a una persona externa (digamos que cometió una ofensa criminal penada con prisión). La primera cosa de la que hay que darse cuenta es que, ya que el criminal es externo, no puede ser castigado. Pero como no quiero meterme aquí en los intrincados detalles de la teoría del castigo, mejor digo la segunda cosa. Al juez no se le ha dado autoridad para cruzar el vacío de particularidad del objeto. La ley no es el fin de la persona externa (no ha cruzado su vacío de sujeto); así que si él va a ser tratado como un fin particular en sí mismo, no puede aplicársele. Tratarlo como un fin en sí mismo es tratarlo como un sujeto. Por tratarlo como un sujeto, esta ley que va aplicársele no es *common law*, porque no es su ley. La razón práctica del juez está incompleta. Si piensa sobre ello, se detiene, al igual que Davoût. Podría cruzar el vacío de la particularidad mediante la fuerza (o hábito, o brutalidad insensible) pero no por el derecho. En algún sentido por el derecho. El juez puede considerar que está limitado por el derecho (como lo estaba Davoût por la ley francesa antes de que viera a Pierre como un particular). Pero ésa es una ley especial, un derecho para el juez. No es derecho común (*common law*). Por el contrario, para que el juez aplique la ley a un ciudadano interno (uno para quien la ley es un fin) el asunto es bastante diferente. Hay entonces (como sugerimos en la parte II) autoridad para cruzar el vacío de particularidad. Como hemos visto, el hecho de que un ciudadano haya infringido el derecho no significa que éste no sea su fin (interno a él). Algunos criminales abandonan por completo el derecho y a su comunidad (o nunca la han tenido en ellos). Otros no lo hacen, reconociendo que la ley y su comunidad son profundamente suyos, y en consecuencia algo a lo que se ha causado mal con su delito (el sentido aquí es de su haberse causado mal a sí mismos al quebrar *su ley*). Sólo éstos pueden ser castigados, porque sólo los que se han causado mal a sí mismos pueden ser castigados (difícilmente, sin embargo, a través de las bestiales instituciones que usamos en nombre del castigo).

La diferencia entre los ciudadanos internos y externos en la teorización práctica del derecho ha sido advertida por John Finnis, quien pide de la concepción de Hart de la actitud interna:

Pero, ¿hay alguna razón para no aplicar al concepto filosófico del “punto de vista interno” esas técnicas filosóficas aplicadas por Hart en su análisis filosófico del “derecho”—esto es, la identificación de una instancia central o estándar entre otras instancias reconocibles pero secundarias?<sup>69</sup>

Y responde:

somos llevados a adoptar la posición que Hart estaba preocupado de rechazar cuando adelantó su lista de motivaciones suficientes posibles para tener lealtad a la ley: la posición de que la ley sólo puede ser completamente entendida como es entendida por aquellos que la aceptan en la forma que le da su modo de operación más específico como un tipo de razón para actuar, es decir, aquéllos que la aceptan como un tipo específico de razón moral para actuar. Una vez que uno abandona, con Hart, las preocupaciones del hombre malo como el criterio de relevancia en la filosofía del derecho, se demuestra que hay poca razón para no continuar y aceptar las preocupaciones del hombre moralmente preocupado como dicho criterio... La teoría analítica del derecho replica con el programa de filosofar acerca de los asuntos humanos, el

---

<sup>69</sup> “Revolutions and Continuity of Law” en *Oxford Essays in Jurisprudence (2nd series)* ed. Simpson (Oxford 1973) p. 74.

programa cuyas condiciones han sido identificadas por Aristóteles: Sostenemos que en todos aquellos casos, la cosa es realmente lo que le parece al hombre maduro [el *spoudaios*].<sup>70</sup>

Las preocupaciones del ciudadano interno son el criterio relevante en la filosofía del derecho, pero debemos ser cuidadosos aquí para ver que “interno” no significa el simple opuesto de malo (son las preocupaciones del hombre malo las que son rechazadas). En la medida en que respetemos a los humanos como fines en sí mismos, la cuestión no es que tengan o no tengan un bien en el sentido de la actitud humana idealmente verdadera: es la verdadera elección particular, no la verdad ideal, lo que es fundamental en ese tipo de respecto. La cuestión de la actitud interna hacia el derecho de cualquier humano en particular es: ¿es el derecho de hecho profundamente suya (un fin escogido por alguien que es sincero consigo mismo, en vez de ser una inestable conveniencia día a día)? *Spoudaios*, la palabra de Aristóteles, tiene aquí una ambivalencia, que es esencial clarificar. La traducción normal del pasaje en Aristóteles<sup>71</sup> es que las cosas son lo que parecen ser al hombre *bueno*.<sup>72</sup> Esto altera por completo el propósito de Aristóteles; y es en todo caso altamente implausible, porque un par de líneas más adelante, Aristóteles continúa con las palabras más convencionales para bien, *arete* y *agathos*. Es capaz de continuar con estas palabras porque ha evitado (al menos intentado evitar) la forma obviamente tautológica: bueno es lo que así parece al hombre bueno, diciendo que bueno es lo que le parece al *spoudaios*. Bueno es un significado de *spoudaios*, pero su significado básico es serio, por contraposición a infantil o inestable; de aquí el “maduro” de Finnis. Lo que Aristóteles está buscando hacer con esta palabra es evidente en su argumento de unas líneas más arriba: “las mismas cosas no le parecen dulces a un hombre en un ataque de fiebre”. Así, dulce es lo que le parece así al hombre sano, en vez del tautológico “dulce es lo que así parece al que percibe lo dulce”. Y la madurez, la seriedad de propósito, provee un criterio independiente para la percepción de lo bueno tal como la salud general lo hace para la percepción de la dulzura. Pero sólo en la percepción práctica, particular. Si el hombre maduro era un ideal de bondad, la circularidad que Aristóteles buscaba evitar se reafirmaría a sí misma, a pesar de que sería obscurecida. Supóngase que lo bueno es A. ¿Cómo lo sabemos? Porque nos lo dice el hombre maduro. ¿Quién es el hombre maduro (ideal)? ¡El que es maduro para percibir A! Y lo mismo para B, C, etc. Pero el hombre maduro no es un ideal. El argumento de Aristóteles no es de la forma: la verdad es lo que le parece al que percibe la verdad. Tratándose del derecho el hombre maduro es cada ciudadano particular que toma el derecho como un fin suyo, profundo y particular. Tal persona es madura (seria) en virtud de que toma alguna cosa de largo plazo como un fin. Es maduro en el derecho en virtud de que toma el derecho como un fin de largo plazo. El derecho es para tal persona ley común (*common law*) en el sentido más pleno. La persona inmadura (infantil) no toma ninguna cosa de largo plazo como un fin. La persona inmadura (infantil) en el derecho no toma ninguna ley como un fin de largo plazo. No se trata aquí de decir que una persona madura *debe* tomar el derecho como un fin (imponiéndole un ideal). Un fin de largo plazo de un tipo de persona madura podría ser la acumulación de placer. Podría tratar al derecho, día a día, como un medio para ese fin (usarlo cuando le ayude a la acumulación; evitarlo cuando no lo haga). Sería externo en el derecho, pero maduro en otra forma (inmaduro en el derecho, pero maduro en el hedonismo). Y el fin de largo plazo de otro podría ser la

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, en 74-75.

<sup>71</sup> *Eic. Eth.* 1176<sup>a</sup> 17.

<sup>72</sup> JAK Thomson, Penguin, p. 298: John Warrington, *Everyman*, p. 224.

revolución. El punto es decir que la plenitud de la razón práctica *en el derecho*, y su caso central, son logrados sólo en tanto un sistema jurídico tenga (y reconozca que tiene) ciudadanos serios (aquéllos maduros en el derecho; los que tienen al derecho como derecho común). Y que un sistema jurídico dispuesto a tomar la máxima judicial como:

A. Aplicar a los ciudadanos lo que es razonable,

en vez de uno tan dispuesto a respetar el vacío de particularidad que trate a sus ciudadanos como sujetos dentro de la máxima judicial:

B. Aplicar a los ciudadanos los que es razonable aplicarles como fines en sí mismos.

es un sistema jurídico de practicalidad incapacitada; de preocupación teórica periférica; y no uno de derecho común (*common law*).