

C

captura de renta Término utilizado en el análisis económico para describir acciones tomadas por individuos y grupos para alterar la política pública, a fin de obtener una ventaja o ganancia a costa de otros (dentro del análisis económico, las “rentas” son las ganancias que se obtienen de un recurso por encima de su valor en un mercado competitivo o por encima de su “coste de oportunidad”, cuando deberían ser equivalentes). Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando una compañía persuade al gobierno para crear un monopolio a su favor. Los monopolios crean ineficiencias en el mercado; el concepto de “captura de renta” apunta a que hay costos en la creación inicial de los monopolios. En general, existe un número de “ineficiencias” que pueden ser generadas por la intervención gubernamental (como los subsidios y las tarifas proteccionistas); sin embargo, la teoría económica pronostica ineficiencias adicionales en la medida en que diferentes entidades compiten por obtener los beneficios potenciales de la acción gubernamental (p. ej. diferentes corporaciones que particularmente pagan a los cabilderos \$800,000 para que intenten persuadir a los legisladores de modificar la ley de tal modo que pudiera beneficiar a una de ellas por \$1,000,000).

Probablemente, el término fue introducido por Ann O. Krueger, en “The Political Economy of the Rent-Seeking Society” (*American Economic Review* (1974)), aunque la idea básica pueda quizá localizarse también en anteriores obras económicas sobre la acción gubernamental.

Véase cuasirrenta; renta económica; teoría de la elección pública

Cardozo, Benjamin N. Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) dejó huella en el derecho norteamericano tanto a través de sus opiniones reflexivas y hábilmente redactadas durante su gestión como juez, como por sus escritos relativos al proceso judicial. Aunque Cardozo fungió en el Supremo Tribunal del Estado de Nueva York, en la Corte de Apelaciones de Nueva York y en la Suprema Corte de los Estados Unidos, la mayoría de sus opiniones más conocidas provienen, paradójicamente, del Tribunal de Nueva York.

Probablemente el libro más importante de Cardozo es *La función judicial* (1921), en el cual presenta a la función judicial como una parte creativa del proceso para hacer que el derecho sirva a necesidades sociales. Aunque actualmente esta opinión pueda parecer un lugar común, ella se opuso a las consideraciones formalistas dominantes de aquella época, al mismo tiempo que era consistente con muchas de las ideas impulsadas por los realistas jurídicos norteamericanos. Irónicamente, muchas de las opiniones de Cardozo, incluyendo algunas de sus decisiones más célebres, se interpretan más como el trabajo de un formalista que como el de un realista jurídico, aunque esto sólo podría reflejar las creencias que tenía Cardozo sobre cómo deberían presentarse las decisiones.

Véase formalismo; realismo jurídico norteamericano

casos centrales Un enfoque hacia un problema recurrente en la teoría social: cómo construir una teoría descriptiva sobre prácticas o instituciones que varían sustantivamente en cada caso particular. En lugar de discutir lo que todos los casos particulares tienen en común (su común denominador más elemental), una perspectiva de casos centrales selecciona las características que podrían aparecer por completo sólo en los casos más desarrollados, maduros o sofisticados de la categoría. Así, una amistad de negocios es un ejemplo periférico de “amistad”, y por lo tanto no es la mejor perspectiva para estudiar la amistad. De modo similar, John Finnis (1940-) defiende un análisis de “caso cen-

tral” hacia el derecho (en *Natural Law and Natural Rights* (1980)) —prefiriendo concentrarse en un sistema jurídico más sofisticado que en un orden consuetudinario más simple; y en un sistema jurídico que sea lo suficientemente justo como para que sus obligaciones jurídicas presuman ser obligaciones morales, que en sistemas jurídicos perversos en donde ése no sería el caso—. Finnis bosqueja la idea de casos centrales basándose en el trabajo de Alfred Schutz (1899-1959), el concepto de “tipo ideal” de Max Weber (1864-1920) y la idea de Aristóteles del “significado central”.

Véase Weber, Max

casos difíciles Al interior de las discusiones relacionadas con la toma de decisión judicial y la cuestión de si existe siempre (o generalmente, o algunas veces, o nunca) una respuesta correcta a las disputas legales, muchos teóricos distinguen entre “casos difíciles” y “casos fáciles”. Los casos difíciles son aquellos en donde jueces o abogados igualmente razonables y competentes podrían arribar a conclusiones distintas sobre el resultado. En cierto sentido, la dificultad o facilidad de un caso podría ser considerada a partir de algunas variables: la cantidad de personas (igualmente competentes) que estaría de acuerdo con el resultado; la rapidez con la cual un juzgador determinado llega a una conclusión, y la seguridad o certeza con la cual se afirma dicha conclusión.

Una posición común, sustentada por H. L. A. Hart (1907-1992), entre muchos otros, considera que en los casos fáciles existe claramente una respuesta correcta mientras que en (muchos de) los casos difíciles puede no haberla, y que los jueces pueden tener discreción. Ronald Dworkin (1931-), el principal proponente de la perspectiva de que siempre hay (o casi siempre) una respuesta correcta a las disputas legales, en un principio aceptó la distinción común entre casos fáciles y difíciles, pero más tarde sostuvo que el proceso de toma de decisiones judiciales debería ser el mismo para ambos tipos de casos.

Véase tesis de la respuesta correcta; textura abierta

casos fáciles Véase casos difíciles

causa próxima Véase causalidad

causalidad Mientras la causalidad genera una serie de preguntas interesantes en la filosofía (p. ej. la crítica de David Hume (1711-1776) hacia el entendimiento convencional de la necesidad causal), su discusión dentro de la filosofía del derecho se relaciona normalmente con la manera en que dicho concepto ha sido reformulado por la doctrina jurídica, a fin de reflejar ideas e intuiciones relativas a la responsabilidad moral y a las políticas públicas.

En el derecho, al igual que en la filosofía moral, el tema de la “causalidad” está estrechamente ligado con la atribución de responsabilidad o culpa derivada de un incidente o suceso, aunque en un sentido más amplio o empírico de “causalidad” el incidente o suceso haya sido el producto de un número de acciones y circunstancias más extensas, y quizá infinitas.

El ejemplo más evidente de cómo la idea de causalidad ha sido modificada por su uso en un contexto jurídico es la distinción entre “causalidad de hecho” (también conocida como “causalidad *sine qua non*”: la aserción de que sin la acción en cuestión, el daño no habría ocurrido) y “causa próxima” (también conocida como la prueba de la “lejanía”, necesaria para la responsabilidad legal) en el derecho de responsabilidad civil anglosajón. La dificultad con la causalidad de hecho, en cuanto a la determinación de la responsabilidad civil o penal, estriba en que en muchos casos señalará demasiadas causas para un solo hecho. En un puñado de casos puede conducir a un resultado paradójico de “no responsabilidad” (p. ej. en donde dos causas —digamos, dos incendios— se combinan y causan un daño tal por su combinación que cada uno habría sido incapaz de causar por su propia cuenta). El problema de la responsabilidad al tener demasiadas causas, o causas que son demasiado lejanas, se supone que sería resuelto por el concepto de “causa próxima”, aunque los teóricos son inconsistentes en cuanto a sus esfuerzos por articular esa idea. Algunos autores conside-

ran a la decisión de lo que es (o no) una causa próxima simplemente como una decisión política (ligeramente disimulada), mientras que otros autores explican la doctrina en términos de la previsibilidad del daño.

Hay otras limitaciones legales sobre la responsabilidad, ligadas directa o indirectamente con la causalidad; p. ej. la manera en que diversos sistemas jurídicos son más proclives a denominar una acción como “la causa del daño” que a caracterizar a una omisión en el mismo sentido. Muchas de las complicaciones de la causalidad en el derecho fueron tomadas en cuenta en la obra de H. L. A. Hart y A. M. Honoré, *Causation in the Law* (1a. ed., 1958; 2a. ed., 1985).

Una teoría cardinal en el movimiento del análisis económico del derecho, el teorema de Coase, depende de lo que Coase llama “la reciprocidad de la causalidad” en los accidentes. Mientras que la responsabilidad civil asume que en muchos accidentes o percances, una parte claramente será la culpable (p. ej. “el tren *causó* el incendio en el sembradío alledaño” o “la contaminación proveniente de la fábrica *causó* la decoloración de la ropa en el vecindario”), Coase consideró que los accidentes o percances serían entendidos más adecuadamente como costos que derivan de la concurrencia de actividades: la causalidad es “recíproca” en el sentido de que (p. ej.) el incendio no habría ocurrido sin los trenes, pero tampoco si el granjero no hubiera sembrado tan cerca de las vías. Una vez que se evidencia que ambas partes ocasionaron el daño, Coase puede centrar su atención en cuanto a qué combinación de actividades (y qué combinación de derechos) conducirán al mejor beneficio social. Con una base similar, algunos teóricos del derecho de mentalidad economicista han sugerido que los derechos y la responsabilidad sean distribuidos bajo el principio de la distribución que tendría mejores consecuencias a largo plazo (p. ej. al fomentar niveles óptimos de prevención), en vez de cualquier sentido abstracto de “culpa” o “responsabilidad”.

Véase condiciones necesarias y suficientes; responsabilidad civil; teorema de Coase

Cicerón La importancia del orador romano Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.) para la filosofía del derecho es que en sus obras *La República* y *Las leyes* ofreció una de las primeras disertaciones acerca de la postura posteriormente conocida como teoría del derecho natural. Cicerón escribió: “la ley verdadera es la recta razón en armonía con la naturaleza; su aplicación es universal, inmutable y eterna” (*La República*). Es probable que estas consideraciones no hayan tenido su origen con Cicerón, sino que fueron adaptadas a partir de las ideas de los estoicos griegos.

Véase teoría del derecho natural

clase funcional Una categoría que es definida mediante una función compartida (en contraste con una estructura compartida). Algunos teóricos del derecho, p. ej. Michael Moore (1943-), han sugerido que el derecho podría ser pensado de mejor manera como una clase funcional.

coacción En muchos sistemas jurídicos, la evidencia de que una acción fue hecha bajo fuerte apremio o coacción puede excusar o disminuir la responsabilidad civil o penal por dicha acción. Por ejemplo, en el derecho inglés y norteamericano, una obligación contractual puede ser rescindida si el contrato fue suscrito bajo “coacción”. Mientras que el significado de la coacción fue alguna vez comprendido estrictamente como el uso de la amenaza o la fuerza física, en décadas recientes se ha expandido el término para incluir lo que se denomina “coacción económica” o “coacción de bienes”. Y si bien antes era fácil trazar una línea relativamente clara respecto de lo que constituía una coacción (física) en el sentido tradicional, la doctrina moderna requiere de una distinción, relativamente sutil y difícil de distinguir, entre la coacción (económica) y las formas aceptables de negociaciones injustas o de aprovecharse de una posición privilegiada en la negociación. De manera similar, cuando la coacción se dirige a una “decisión difícil”, pero no amenaza la vida ni el cuerpo, hablar de ella “como si se sobrepusiera a la libre voluntad” parece inexacto o infructuoso. Cuando

las consecuencias de no actuar de cierta manera se vuelven más onerosas, el sentido en el cual las acciones de uno son “voluntarias” o “consensuales” disminuye. Al mismo tiempo, muchos autores sostienen que hay buenas razones morales y de política para fincar responsabilidades penales o contractuales sobre las personas, incluso por decisiones y acciones que pueden no haber sido enteramente voluntarias.

El realista jurídico norteamericano Robert Hale (1884-1969) sostuvo que la coacción y la asimetría de poder eran un aspecto dominante en las transacciones mercantiles y laborales, aunque Hale no buscaba que este argumento sirviera como base para que la gente se negara a cumplir sus acuerdos, sino como base para un cambio en las directrices políticas gubernamentales a fin de igualar el poder de negociación.

Véase autonomía; consentimiento; Hale, Robert L.

coerción *Véase* coacción

Common Law Es una forma de toma de decisiones judiciales y de creación del derecho que predomina en Inglaterra y en un número importante de sus primeras colonias, incluyendo a los Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, cuyo origen puede ser ubicado desde la invasión normanda de Inglaterra en 1066. En este amplio sentido del término, el “*Common Law*” es a menudo contrastado con el “derecho romano-germánico”, un enfoque hacia el derecho derivado del antiguo derecho romano, que depende más de la interpretación de códigos autoritativos y donde presuntamente las decisiones judiciales no son una fuente importante de derecho.

En los sistemas jurídicos del “*Common Law*”, éste se refiere algunas veces a cuestiones más específicas: (1) “*Common Law*” frente a “equidad” —donde esta última se refiere a criterios jurídicos inicialmente desarrollados por el Tribunal de Cancillería, los cuales tienden a ser menos precisos y más fundados en la justicia que en reglas bien definidas, establecidas por el sistema jurisdiccional en general—, y (2) “*Common Law*” frente a legislación —el cual contrasta el derecho establecido en los códigos con el derecho que crean los jueces, una distinción que era usada frecuentemente cuando el derecho de los códigos era

menos común de lo que es ahora, y que tendía solamente a modificar el derecho existente que había sido creado por los jueces—.

El razonamiento del *Common Law* y la toma de decisiones han generado muchas dificultades para las teorías del derecho, ya que existen problemas al caracterizar lo que los jueces están haciendo (p. ej. creando derecho o encontrándolo, y si están “encontrándolo”, ¿dónde está o estaba ese derecho que está siendo encontrado?). Históricamente, algunos autores concibieron al razonamiento del *Common Law* como una “costumbre inmemorial” (o como un “derecho preservado en la memoria del hombre”, John Davies (1615)) restablecida por los jueces, o como una “perfección artificial de la razón obtenida a través de un largo estudio, observación y experiencia” (sir Edward Coke (1628)). Este punto de vista del *Common Law* (o más generalmente del derecho) comienza a convergir con ciertas variaciones de la teoría del derecho natural, bajo las cuales los principios morales eternos, y quizá fundados en la divinidad, subyacen a los pronunciamientos jurídicos de los hombres.

Las caracterizaciones más modernas conciben al razonamiento del *Common Law* como una consideración (y reconsideración) gradual de problemas morales y prácticos a través de la aplicación de intuiciones morales a hechos completamente establecidos (y a los argumentos de abogados rivales en ambos sentidos).

El razonamiento del *Common Law* también ha sido concebido como el origen del problema del carácter retroactivo, real o percibido, de aplicar normas recién sancionadas (o recién descubiertas) en las disputas ante los tribunales. Jeremy Bentham (1748-1832) describió el derecho creado por los jueces como “justo al igual que un hombre crea leyes para su perro. Cuando tu perro hace algo que no quieres que haga, esperas a que lo haga de nuevo y entonces lo castigas. Esta es la manera en que tú haces leyes para tu perro: y esta es la manera en que los jueces crean leyes para ti y para mí” (“Truth versus Ashhurst” (1792)).

Véase Bentham, Jeremy; Blackstone, William; costumbre y derecho consuetudinario; Levi, Edward H.; precedente; razonamiento

analógico; *stare decisis*; teoría de la coherencia; teoría del derecho natural

competencia institucional Una frase relacionada con la escuela del proceso legal, y su texto primario, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* de Henry Hart y Albert Sacks (ed. tentativa, 1958). La idea básica de la “competencia institucional” es que el derecho (y, más generalmente, la sociedad) responde a diferentes problemas sociales a través de una variedad de instituciones y procedimientos (p. ej. la legislación, la acción de organismos administrativos, la adjudicación, la mediación, etcétera), los cuales tienen diferentes fortalezas y debilidades, y resultan apropiados para resolver diversos tipos de problemas. Por ejemplo, es probable que la adjudicación sea el mejor procedimiento cuando lo que se quiere es una decisión razonada o fundada en principios; sin embargo, quizá la legislación sería una mejor elección cuando se está más preocupado por la legitimidad democrática o por la amplia participación en la creación de normas.

Véase proceso legal

comportamiento estratégico Término comúnmente usado en el contexto de las negociaciones, y en el análisis económico o en la teoría de juegos cuando toman a la negociación como parte de su estudio, que se refiere (generalmente de forma peyorativa) a la actitud engañosa de las partes con respecto a sus preferencias e intenciones (incluyendo amenazas y falsas amenazas —“artimañas”—) a fin de ganar alguna ventaja en la negociación.

Algunas veces el término es usado sin ninguna fuerza peyorativa en particular, para referirse a cualquier “estrategia” que las personas hayan elegido para lidiar con las alternativas a las que se enfrentan.

Véase teoría de juegos

comunidad interpretativa Concepto introducido por el crítico literario estadounidense Stanley Fish (1938-), que forma parte de un en-

foque característico hacia la interpretación literaria o de textos. Una “comunidad interpretativa” es una comunidad de lectores o profesionales que determina colectivamente qué interpretaciones son aceptables. Fish rechazó la idea de que el significado de un texto esté “en” el texto y que el intérprete se encuentre completamente constreñido por las palabras que constituyen el documento. Al menos como una descripción de las prácticas reales de interpretación (p. ej. en la literatura y en el derecho), este punto de vista que sostiene la limitación total al texto es incapaz de explicar el hecho de los desacuerdos sustantivos en la interpretación. Sin embargo, el punto de vista opuesto, de que los intérpretes están en absoluta libertad de dar el significado que quieran, sería contrario al hecho de los acuerdos significativos. El punto intermedio de Fish consiste en decir que los intérpretes están constreñidos por el grupo al que pertenecen —un grupo que pudiera ser definido por su estilo de interpretación (p. ej. nueva crítica) o por su afiliación profesional (miembro de la Barra de un Estado o país particular)—. La idea consistía en que si las comunidades interpretativas desempeñan un papel clave para decidir cuáles interpretaciones son correctas y cuáles incorrectas, sería más sencillo explicar los fenómenos del acuerdo, el desacuerdo y el cambio en las prácticas de interpretación.

Véase interpretación

comunitarismo Son los estudios sobre la justicia, la moral y la organización social, que enfatizan la importancia que tiene la comunidad para la identidad personal, la realización de los individuos y el bien social. Los comunitaristas a menudo fijan su posición en contraste con lo que caracterizan como perspectivas demasiado individualistas sobre las personas, la ética y la justicia. El comunitarismo también tiende a enfatizar el valor (tanto para los individuos como para la sociedad) de la participación activa en la vida cívica y política.

Véase liberalismo

conceptualismo Término peyorativo comúnmente usado por los realistas jurídicos norteamericanos y sus seguidores para acusar a sus ad-

versarios de derivar indebidamente conclusiones de la sola naturaleza de conceptos abstractos (p. ej. “contrato” y “propiedad”). Por ejemplo, algunas veces se planteaba que los tribunales debían invalidar la zonificación urbana y otras regulaciones sobre uso de la tierra, ya que tales regulaciones eran contrarias a la naturaleza de “propiedad”. La acusación de “conceptualismo” frecuentemente se relaciona, o se identifica, con la acusación de “formalismo” (el “conceptualismo” no debería confundirse con el “análisis conceptual”: el análisis conceptual es un esfuerzo por determinar la naturaleza o esencia de algún objeto o práctica —con todo, esto se convertiría en “conceptualismo” si alguien afirmara que los problemas significativos del derecho o la política deberían basarse en el supuesto análisis de un término—).

Véase formalismo; realismo jurídico norteamericano

condiciones necesarias y suficientes En la lógica y la filosofía, “condiciones necesarias” y “condiciones suficientes” son términos básicos de análisis, con frecuencia descritos bajo el título de enunciados del tipo “si-entonces”. Si A es una condición necesaria para B, entonces B no puede ser el caso a menos que A sea el caso (p. ej. “una condición necesaria para que ese objeto sea mi sombrero, es que éste sea café”); en este caso, “si B, entonces A”. Si A es una condición suficiente para B, entonces si A es el caso, B también es el caso (p. ej. “es suficiente que el objeto tenga tres lados para que sea un triángulo”); “si A, entonces B”.

En ocasiones, las condiciones necesarias y suficientes describen diferentes aspectos de causalidad, donde, por ejemplo, la presunta “causa” de un accidente (p. ej. el descuido de un conductor) podría haber sido una condición necesaria, pero no una condición suficiente, para que el accidente ocurriera. En la doctrina, hay ciertas consecuencias (p. ej. la responsabilidad reducida) que podrían originarse de una causa que es sólo necesaria pero no suficiente.

El tema de las condiciones necesarias y suficientes también ha sido tratado por la teoría del derecho en general, particularmente en discusiones sobre si el “derecho” en sí mismo, o conceptos jurídicos parti-

culares, pueden ser analizados en términos de condiciones necesarias y suficientes. Algunos autores han sostenido que estos conceptos deben ser entendidos de manera diferente: p. ej. como términos “derrotables” o como conceptos de “parecidos de familia” o desde un enfoque basado en un paradigma.

Véase causalidad; derrotabilidad

consecuencialismo Son teorías morales bajo las cuales la valoración de acciones y decisiones depende de las consecuencias que éstas traigan consigo. La forma de consecuencialismo más conocida (un término aparentemente introducido por Elizabeth Anscombe (1919-2001)) es el utilitarismo, aunque uno podría rechazar el utilitarismo y aun así aceptar el consecuencialismo. La alternativa al consecuencialismo es la creencia de que las acciones y decisiones deberían basarse solamente en el valor moral de “las intenciones” o en el motivo que hay detrás de la acción, sin importar las consecuencias (“deontología”); o bien la postura de que la moral se puede entender mejor no a través de la evaluación de acciones individuales, sino a través del desarrollo del carácter de un individuo, en particular del desarrollo de ciertas virtudes (“teoría de la virtud”). El consecuencialismo, a su vez, tiene diversas variantes: algunas teorías se centran en las consecuencias de actos particulares, mientras que otras lo hacen en las consecuencias de reglas generales o principios para la acción.

Véase deontológico; fortuna moral; utilitarismo

consenso traslapado En sus últimos trabajos (p. ej. *El liberalismo político* (1993)), John Rawls (1921-2002) describió su teoría de la justicia como fundamentalmente política y no metafísica —esto es, como una teoría que responde al problema práctico de construir y conservar una sociedad justa en el contexto de una población que tiene diferentes concepciones del bien—. Rawls defiende la tesis de que los principios de justicia sean considerados como aquellos principios que podrían ser suscritos por cada una de las diferentes teorías razonables sobre el

bien —principios en los cuales las diferentes teorías del bien convergen o se traslapan—.

Véase Rawls, John

consentimiento Dentro de la teoría moral, jurídica y política, el consentimiento es una aprobación, con efectos normativos, de alguna acción, elección, situación o autoridad.

Dado que el consentimiento puede ser visto como si reflejara un estado mental (cuyas manifestaciones externas pueden ser fingidas), es posible diferenciar entre el “consentimiento real” y las acciones que ciertas instituciones sociales o jurídicas toman como una evidencia (a veces concluyente) del consentimiento. Por ejemplo: (1) uno puede prometer a un amigo que pintará su techo por \$100, pero interiormente no tener la intención de obligarse a actuar en esos términos, y (2) se puede afirmar que al estar en una organización y aceptar sus beneficios, Pérez ha consentido someterse a sus reglas, aun cuando en realidad no tenga esa intención, creencia o actitud.

La relevancia moral del consentimiento se relaciona, en parte, con una perspectiva sobre cuestiones morales y políticas que enfatiza la autonomía (un enfoque que se remonta al trabajo de Immanuel Kant (1724-1804)). Dada la notable importancia de la autonomía, y por tanto del consentimiento, algunos teóricos construyen justificaciones con base en nociones *relacionadas* (o que pretenden estar relacionadas) con el consentimiento: tal como la noción de consentimiento tácito de John Locke (1632-1704) y la idea del consentimiento hipotético (lo que uno *habría escogido* de enfrentarse a una situación particular, o quizá al enfrentarse a una determinada situación con mayor o menor conocimientos de los que se tienen actualmente) encontrada en teóricos desde John Rawls (1921-2002) hasta Richard Posner (1939-). En qué medida las acciones, las reglas o principios puedan ser justificados por medio del consentimiento tácito o hipotético, es una cuestión de continua controversia.

La obligatoriedad moral y jurídica de un supuesto acto de consentimiento normalmente dependerá de si el actor estaba plenamente ca-

pacitado para dar su consentimiento, si tenía información completa y no se encontraba bajo presiones externas relevantes. Las doctrinas jurídicas y los filósofos de la moral, sin embargo, difieren en cuanto a qué presiones (¿acaso la pobreza, la corrupción, las creencias religiosas?) deberían considerarse como un aspecto que debilita la obligatoriedad del consentimiento.

En el derecho penal y en la responsabilidad civil, hay algunas cuestiones morales y jurídicas que surgen cuando el “consentimiento” de una víctima o su “aceptación del riesgo” anula la responsabilidad del agresor (la frase latina *volenti non fit injuria*, “con consentimiento no hay daño”, es citada con frecuencia). En estos temas se incluye: si acaso el nivel de consentimiento importa (se podría consentir una actividad, tal como el *rugby*, donde el riesgo de lesión es bien conocido, o incluso podría consentirse la “lesión” en sí misma, como en tatuajes o prácticas sexuales sadomasoquistas); y si acaso algunas actividades (p. ej. el homicidio intencional o la esclavitud) deberían ser prohibidas por las políticas públicas sin importar el consentimiento de las partes (en muchos sistemas jurídicos, el sexo sadomasoquista también podría caer dentro de la categoría de acciones sujetas a responsabilidad penal a pesar del consentimiento de los involucrados).

Véase autonomía; derecho contractual; Locke, John

consentimiento tácito *Véase* consentimiento

construcción social Es la noción de que ciertas ideas, atributos u objetos “realmente no existen” con independencia de nuestras percepciones, creencias y valores, sino que más bien son el producto de nuestras creencias y actitudes colectivas. La “raza” o la “identidad racial” parecen ser un claro ejemplo de un atributo o una categoría socialmente construida, ya que las investigaciones parecen indicar que la genética humana no ofrece nada “real” que corresponda, ni siquiera aproximadamente, con las categorías raciales que usamos. En este sentido, la construcción social indica en qué medida la forma en que concebimos el mundo es contingente, y que podríamos ser capaces de

reformular esa concepción a través de las leyes, la educación o la comunicación (aunque esas modificaciones quizá no sean susceptibles de cambios inmediatos o de ser impulsadas por individuos aislados).

Algunos autores emplean el término “construcción social” un tanto diferente, que se deriva o se relaciona con la idea de “hechos sociales” y “hechos institucionales”, para afirmar que aunque ciertos “hechos” están vinculados con prácticas humanas, son “hechos” de una u otra manera.

Véase análisis crítico del derecho; género frente a sexo; raza; teoría crítica desde el punto de vista racial; teorías institucionales del derecho

contenido mínimo de derecho natural *Véase* derecho natural, contenido mínimo de

contradicción fundamental Idea introducida por Duncan Kennedy (1942-) en su artículo de 1979 del *Buffalo Law Review*, “The Structure of Blackstone’s *Commentaries*”, que tuvo influencia entre algunos teóricos del movimiento del análisis crítico del derecho. El argumento, a grandes rasgos, consistía en que nuestro fuerte deseo de unirnos a otros y, al mismo tiempo, permanecer separados e independientes de ellos, constituye una “contradicción fundamental” que se refleja en las tensiones que hay entre el individualismo y el altruismo, y quizá también una tensión entre regular la conducta a través de reglas o a través de criterios generales. Se decía que estas contradicciones se habían extendido hasta tal punto que hacía que la elección entre las posibles doctrinas del derecho y las disposiciones legales fuera irracional o indeterminada. El argumento tiene algunas similitudes con los argumentos que abogan por la indeterminación en el derecho, provenientes del estructuralismo o de la deconstrucción.

Varios críticos han señalado que (1) la “contradicción fundamental” es simplemente aseverada en el artículo de 1979; pero no se ofrece ninguna prueba, ni siquiera un argumento relevante a su favor; y (2) que por sí sola, sin mayor trasfondo teórico de un tipo u otro, la

“contradicción fundamental” es probablemente inadecuada para fundamentar las tesis específicas o sistemáticas sobre la naturaleza del derecho, que a veces han sido formuladas a su nombre. El propio Kennedy “renunció” a la contradicción fundamental en una publicación de 1984.

Véase análisis crítico del derecho; escepticismo; estructuralismo

contrato social Es un acuerdo entre ciudadanos de una comunidad o entre los ciudadanos y el gobierno. Los contratos sociales han sido fundamentales, por cientos de años, para los estudios acerca de las limitaciones y las circunstancias de legitimidad de los gobiernos, de manera destacada en las obras de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) y John Rawls (1921-2002). Algunas veces, los teóricos del contrato social se proponen describir el acuerdo histórico real que habría acompañado a la fundación de una sociedad, aunque hay pocas pruebas de que haya habido alguna vez tal acuerdo. Otros teóricos contractualistas más recientes, como Rawls, han presentado su idea del contrato social expresamente como un experimento mental.

Los contratos sociales apenas mencionados casi siempre se refieren a un conjunto de individuos que ceden algunos o todos sus derechos naturales a cambio de, o como parte de, el establecimiento de un gobierno central que proporcionará seguridad, estabilidad y (en la mayoría de las exposiciones, pero no en todas) la protección de sus derechos. Con la notable excepción de la teoría de Hobbes, estas explicaciones también involucran ciertas restricciones sobre los gobiernos establecidos.

Las teorías contractualistas del gobierno (y de la justicia) presentan a la sociedad como el resultado de un acuerdo colectivo para el beneficio común. Este punto de vista usualmente se funda sobre una descripción de los seres humanos como individuos que maximizan racionalmente sus propios intereses, lo cual puede ser una fortaleza o una debilidad para este enfoque, dependiendo de la perspectiva que uno adopte.

Aunque las teorías del contrato social pretenden establecer o justificar los derechos y deberes de los ciudadanos, su argumento básico puede ser cuestionado. Los teóricos contractualistas que se refieren a acuerdos reales ocurridos en el pasado, por un lado, necesitan demostrar por qué las personas en la actualidad deberían estar obligadas por aquellos acuerdos. Por otro lado, los teóricos que se refieren a acuerdos hipotéticos tienen, quizá, un problema todavía más difícil: demostrar por qué cualquier persona debería estar obligada por causa de un “consentimiento hipotético” (especialmente un “consentimiento hipotético” suscrito por personas imaginarias). Estos problemas podrían indicar que la descripción de “contrato social” puede ser desorientadora, en tanto que hablar de un contrato implica una legitimación basada en la autonomía (la voluntad o elección de una persona autónoma), cuando, de hecho, los argumentos ofrecidos por la mayoría de las teorías contractualistas tienden a versar, a fin de cuentas, sobre la imparcialidad o la razonabilidad (en cuanto a que éstas consisten en una distribución de derechos, o bien sacrificios de libertad, seguridad e igualdad naturalmente equitativos).

El pensamiento contractualista también es una idea relevante dentro de la filosofía moral; quienes no creen en criterios de moral obtenidos por medio de la revelación divina y son escépticos en cuanto a derivar la moral a partir de ciertas tesis básicas sobre la naturaleza humana, podrían sin embargo estar dispuestos a pensar la moral en términos de ciertos principios convenidos por los seres humanos, como un asunto de mutua auto-restricción a fin de permitir los intereses particulares de cada uno a largo plazo.

Véase Hobbes, Thomas; Locke, John; Rawls, John; Rousseau, Jean-Jacques

convencionalismo Es la aseveración de que la verdad o el significado, en algún campo, procede (“meramente”) del acuerdo que se da en la práctica o de las creencias al interior de una población. A pesar de que los defensores del positivismo jurídico frecuentemente enfatizan la importancia de la convención para plantear sus puntos de vista sobre

el derecho, pocos positivistas se refieren a sus posturas como “convencionalistas”. En general, este término es empleado dentro de la filosofía del derecho para señalar una alternativa menos favorecida frente a una teoría más favorecida, la cual usualmente es aquella que concede un papel relevante a la verdad moral (aunque, al igual que sucede generalmente con otros términos peyorativos, como “formalismo”, hay teóricos que aceptan la denominación a regañadientes).

coordinación de la conducta Muchos teóricos del derecho consideran que el derecho está primaria o esencialmente involucrado con la coordinación de la conducta de los individuos dentro de la sociedad. Además, algunos teóricos afirman que hay un vínculo entre la coordinación, la autoridad y la obligación de obedecer el derecho. Una vía de análisis es que existe una obligación de obedecer el derecho cuando el hecho de obedecerlo hace más probable que uno actúe correctamente que si uno evaluara la situación por cuenta propia. Una situación como esa, en donde obedecer el derecho puede ser moralmente obligatorio, sería una situación en donde la coordinación de la conducta ciudadana fuera necesaria para obtener un bien social importante (p. ej. agua potable, aire limpio, caminos seguros, etcétera). Aun aquellos autores, como Joseph Raz (1939-), que no creen que el derecho origina *generalmente* una obligación de obedecer, coinciden en que hay una obligación de obedecer cuando el derecho está coordinando efectivamente la conducta en este tipo de situaciones.

Véase juegos de coordinación

corazonadas, razonamiento judicial como *Véase* Hutcheson, Joseph C. Jr.

coste de agencia Término del análisis económico que hace referencia a las dificultades para cualquier estudio sobre la maximización de la ganancia, incluso en empresas comerciales moderadamente complejas. Considerando que muchas empresas y transacciones requieren de una persona (el agente) para que actúe a favor de otra (el principal), y

en vista de que los intereses (a corto plazo) de las partes involucradas podrían no coincidir, en la práctica surgen algunos problemas frecuentes, p. ej., cómo pueden estar seguros los principales de que sus agentes están actuando efectivamente a favor de ellos y no para su propio beneficio. Otras dificultades se originan no tanto a partir de una (posible) divergencia de intereses sino de una (posible) asimetría de información. Los “costes” de agencia incluyen aquellos gastos sufragados por los principales para vigilar a sus agentes y aquellos gastos sufragados por los agentes para dar garantías a sus principales en cuanto al hecho de que están sirviendo honesta y confiablemente a los intereses de estos últimos. Algunos intentos para evaluar y reducir los costes de agencia se pueden observar en el análisis de una gran variedad de áreas (p. ej. contratos laborales, políticas de compensación ejecutiva y contratos de franquicia). A menudo, este conjunto de problemas es considerado bajo la denominación “problema agente-principal”.

Véase problema agente-principal

coste de oportunidad Término económico que enfatiza cómo los “costes” relacionados con una decisión deberían incluir las alternativas a las que se tuvo que renunciar. De tal modo, los costes de una lectura vespertina por placer incluirían el dinero que uno habría ganado si el mismo tiempo se hubiese invertido trabajando. De igual manera, el valor de los recursos puede ser calculado si se determina cuánto habrían pagado otros para darles un uso distinto. A menudo, el “coste de oportunidad” hará referencia a las oportunidades o alternativas más valiosas que *no* fueron escogidas. Como lo han explicado James M. Buchanan Jr. (1919-) y otros autores, por costes de oportunidad se deberían entender las alternativas que afectan el proceso de tomar una decisión, lo que no debe confundirse con las decisiones que ya fueron tomadas (p. ej. el “coste irrecuperable”) y que, racionalmente, no deberían afectar las decisiones que aún deben tomarse.

Véase análisis económico del derecho; coste de transacción; coste irrecuperable

coste de transacción Concepto introducido (bajo una denominación ligeramente distinta) por Ronald Coase (1910-) en sus artículos “The Nature of the Firm” (1937) y “The Problem of Social Cost” (1960), que abarca los costes involucrados en las transacciones comerciales del mundo real: el coste de encontrar a un vendedor o un comprador dispuesto a negociar, el coste de la negociación de las cláusulas, el coste de la redacción del contrato, etcétera. El concepto puede ser entendido en un sentido más amplio a fin de abarcar, por ejemplo, los costes de vigilancia y cumplimiento. La existencia de un coste de transacción elevado significa que las partes, que en principio deberían ser capaces de llegar a un acuerdo (debido a que una de las partes está dispuesta a pagar por una mercancía un precio superior al establecido por la parte que está dispuesta a venderlo), podrían fracasar en alcanzarlo. El coste de transacción desempeña un papel relevante en el propio análisis de Coase: al explicar por qué los individuos constituyen firmas y por qué el derecho podría determinar *en ocasiones* cuáles son las actividades que tendrán lugar.

Véase *nomas de responsabilidad; teorema de Coase*

coste irrecuperable Idea surgida en economía que hace referencia a gastos que ya han sido erogados o asignados y que no pueden ser recuperados. El hecho de que el coste sea ya “irrecuperable” en una situación particular bien podría influir sobre las decisiones que toman las partes y sobre las estrategias que utilizan para tomar decisiones.

Algunos autores conciben al “coste irrecuperable” como un tipo de falacia (mientras comentan: “el coste irrecuperable es irrelevante”, una frase común entre economistas), una manera de pensar irracional o un ejemplo de “racionalidad limitada”. El argumento consiste en que independientemente de que uno haya o no invertido en una opción o un camino particular, la decisión económicamente racional en cualquier caso ha de considerar los costes y beneficios de las opciones *en ese momento* —y eso querrá decir, algunas veces, continuar con las inversiones iniciales y, algunas otras, tomar un camino distinto a pesar de las inversiones iniciales—. Quienes eligen un camino *sencillamente*

porque corresponde con sus inversiones iniciales —teniendo actualmente la oportunidad de obtener un mayor beneficio al escoger un camino diferente— están siendo simplemente irracionales (así se deba su decisión al orgullo o a alguna otra razón).

Este punto no debe confundirse con el argumento simple (y bastante racional) del “coste de oportunidad”: que al tomar cualquier decisión, uno tiene que considerar las alternativas u oportunidades a las que uno renuncia cuando elige un camino en vez de otro. Este es un punto a considerar con respecto a las decisiones que están por tomarse, en vez del argumento (irracional) del “coste irrecuperable” de que las decisiones pasadas deberían influir en las decisiones presentes en una cierta manera.

Véase coste de oportunidad; dependencia de la trayectoria; racionalidad limitada

costumbre y derecho consuetudinario En muchas sociedades, la costumbre generalizada o firmemente establecida es una fuente importante de derecho. Incluso en los países donde esto ya no es normalmente el caso, la costumbre podría todavía ser reconocida como una fuente de normas más específicas para las transacciones comerciales y criterios de cuidado razonable; además, la costumbre sigue siendo una fuente importante de derecho internacional. Los estudios sobre el derecho consuetudinario han desempeñado, en esporádicas ocasiones, papeles importantes en la teoría del derecho: p. ej. en debates sobre si se podría entender de mejor manera la toma de decisión del *Common Law* como una mera codificación de la “costumbre inmemorial” (una posición otrora común, hoy raramente adoptada); y sobre si las teorías positivistas del derecho podrían explicar adecuadamente el estatus jurídico de la costumbre (en vista de que la costumbre parece convertirse en derecho sin la promulgación de una autoridad y con anterioridad a su reconocimiento por un juez).

Véase *Common Law*; positivismo jurídico

crítica destructiva (*trashing*) Término ofrecido por Mark Kelman (1951-) para designar una forma crítica frecuentemente empleada por los teóricos del análisis crítico del derecho, en la cual se muestra que un argumento o principio jurídico, tomado seriamente en sus propios términos, conduce al absurdo o a resultados ridículos. Algunas veces se pensaba que la preponderancia de este tipo de crítica era sintomático de una debilidad del análisis crítico del derecho: que este análisis estaba mucho más interesado en la crítica que en ofrecer ideas alternas, positivas y constructivas.

Véase análisis crítico del derecho

cuasirrenta Término del análisis económico y del análisis económico del derecho que señala el valor de un bien con respecto a su siguiente mejor uso posible. Este concepto puede ser aplicado a objetos (un montón de madera podría valer \$10 más si se usara para construir muebles, en comparación con su siguiente mejor uso: como leña) e, incluso, a decisiones personales (¿cuánto más feliz es Lisa estando casada con Rob con respecto a lo feliz que sería si fuera soltera, o bien si se hubiera casado con su segunda opción, Bill?). La distinción convencional entre “cuasirrentas” y “rentas convencionales” radica en que las cuasirrentas se refieren a situaciones temporales —el tiempo durante el cual los recursos no experimentan un cambio en el precio—. El término fue probablemente utilizado en primer lugar por el economista británico Alfred Marshall (1842-1924), en su artículo “On Rent” (*Economic Journal* (1893)).

Véase captura de rentas; renta económica

culpabilidad *Véase* responsabilidad