

# D

---

**deber** Es el hecho de que una persona “esté obligada”, según lo dispuesto por alguna regla o sistema normativo (moral, jurídico o de otra índole —incluso en los juegos se generan obligaciones de cierto tipo—), a ocasionar determinado estado de cosas (p. ej. un deber legal de pagar cierta cantidad de impuestos) o al menos a abstenerse de interferir con otra persona en lo que respecta a alguna actividad (p. ej. un deber de no interferir con la libertad de creencia religiosa de otra persona).

El concepto de “deber” (también llamado “obligación” —algunos filósofos tratan de distinguir “deber” y “obligación”, sin embargo tales distinciones son raras en la literatura filosófica dominante y aún más en la filosofía del derecho—) es fundamental tanto para el análisis moral como para el análisis jurídico, y difícil de explicar en términos más simples.

Hay algunas cuestiones relativas al “deber” que surgen en una variedad de contextos dentro de la filosofía del derecho: por ejemplo si los “derechos” tienen una significación independiente o si más bien se deberían entender como los meros correlatos de ciertos tipos de deberes; así como si el derecho debería ser definido en términos de normas que imponen deberes (como sostuvo, entre otros, John Austin (1790-1859)).

En el campo de la responsabilidad civil en Estados Unidos, las doctrinas han explorado la noción de “deber” en conexión con la previsibilidad (*Palsgraf vs. Long Island Railway* (Nueva York, 1928)).

*Véase* derechos; Hohfeld, Wesley N.

**deconstrucción** Concepto procedente de la teoría literaria, en particular del trabajo de Jacques Derrida (1930- ), que ha sido adaptado al derecho, de diferentes maneras, por teóricos de la teoría posmoderna del derecho, el análisis crítico del derecho, el movimiento de derecho y literatura, la teoría crítica del derecho desde el punto de vista racial y la teoría feminista del derecho. La deconstrucción enfatiza las contradicciones y conflictos al interior de los textos, y rechaza las jerarquías tradicionales en el lenguaje, el significado y la comunicación (p. ej. el discurso por encima de la escritura).

La deconstrucción es importante para el derecho y la teoría jurídica en la medida en que socava la posibilidad de interpretaciones “claras” o “correctas” de los textos jurídicos, sean éstos leyes, Constituciones, contratos o testamentos.

*Véase* derecho y literatura; escepticismo; indeterminación; posmodernidad

**deontológico** Las teorías deontológicas de la moral o la ética se centran, exclusiva o fundamentalmente, en la cualidad intrínsecamente moral de las acciones, en contraste con otras teorías (tales como el utilitarismo) que se centran en las consecuencias. Normalmente las teorías deontológicas derivan —o de lo contrario se conectan— con la obra de Immanuel Kant (1724-1804).

*Véase* Kant, Immanuel

**dependencia de la trayectoria** Término que procede en parte del análisis económico y que abarca todas las formas en que decisiones anteriores influyen sobre decisiones posteriores. La idea general es que las acciones anteriores pueden tener más adelante efectos importantes. Algunas veces el argumento se centra en las decisiones que parecían razonables y eficientes cuando fueron tomadas, pero que a final de cuentas resultaron no serlo; en otras ocasiones, el argumento se centra

sobre decisiones o circunstancias que en un principio parecían no tener importancia, pero que posteriormente resultan tener, durante largos periodos de tiempo, efectos relevantes.

El término “dependencia de la trayectoria” se vincula generalmente con supuestos ejemplos de cómo máquinas y procesos menos eficientes resultan prevalecer sobre alternativas más eficientes (p. ej. en los teclados de máquinas de escribir, en la tecnología de videograbación o en el *software*), debido al hecho de ser las primeras o a alguna otra circunstancia relativamente arbitraria (la plausibilidad de tales ejemplos, donde tecnologías inferiores resultan victoriosas por circunstancias históricas, es duramente cuestionada).

El término también se relaciona con parte de la obra de Herbert A. Simon (1916-2001), cuyo trabajo sobre la racionalidad limitada incluía la aseveración de que la forma en que la mayoría de la gente resuelve sus problemas hace más probable que las decisiones puedan depender del orden en que las alternativas son presentadas.

*Véase* coste irrecuperable; racionalidad limitada

**dependencia derivativa** *Véase* dependencia inevitable y derivativa

**dependencia inevitable y derivativa** Estas denominaciones derivan del trabajo de la teórica feminista del derecho Martha Albertson Fineman (p. ej. *The Neutered Mother* (1995)) como parte del argumento de que la dependencia es un asunto generalizado y que la decisión implícita de encargar a las familias el cuidado y el apoyo para tales dependencias genera consecuencias perniciosas. La dependencia es inevitable (y natural), puesto que todos necesitan de cuidados cuando son muy jóvenes; además, muchos necesitarán de cuidados cuando sean muy viejos, o bien si se llegan a enfermar o a quedar discapacitados. Existe también una “dependencia derivativa” en el hecho de que quienes cuidan al dependiente (usualmente mujeres —madres, esposas, hijas, etcétera—) necesitan a su vez de apoyo, debido al tiempo que exigen los cuidados. Fineman arguye que sería más equitativo que las cargas de los cuidados fuesen distribuidas más ampliamente, en vez de ser

impuestas a la familia; asimismo, critica la manera en que los actuales enfoques hacia la dependencia tienden a promover las formas de familia tradicional y la desigualdad de las mujeres.

**derecho contractual** El derecho contractual comprende el cumplimiento legal de ciertas formas de promesas, acuerdos e intercambios. En vista de que ningún régimen jurídico vela por el cumplimiento de *todas* las promesas o de *todos* los acuerdos, surgen problemas sobre las justificaciones para hacer cumplir algunos de ellos y no otros (y con niveles variados de cumplimiento legal, en tanto que a algunos actores se les permite exigir el pago de la pérdida de ganancias, mientras que a otros sólo se les permite solicitar el pago de los gastos invertidos).

Hay distintas cuestiones dentro del derecho contractual que han atraído la atención de los teóricos. Por ejemplo, ¿en qué casos un tribunal debería deducir cláusulas sobre un aspecto en el cual las partes fueron omisas?

El tratamiento de los “contratos incompletos” ha suscitado diversas respuestas: p. ej., algunos autores sostienen que es injusto deducir cualquier cláusula respecto de la cual no se diría razonablemente que las partes habrían consentido; mientras que otros autores ofrecen argumentos de índole económica en el sentido de que ciertas estrategias de deducción incrementarían la eficiencia; y algunos arguyen que deberían deducirse cláusulas que fomentaran el mantenimiento de las relaciones a largo plazo existentes.

Los estudios contemporáneos sobre los fundamentos filosóficos del derecho contractual se dividen, usualmente (al igual que los debates similares sobre la responsabilidad civil), en función de si el análisis debe ser abordado desde la filosofía moral tradicional o bien desde el análisis económico. Desde la filosofía moral tradicional, el análisis se realiza generalmente en términos de la autonomía y el consentimiento, y más específicamente a través de ideas sobre el prometer y (en menor medida) sobre la justicia correctiva (a través de un remedio ante el incumplimiento de un contrato). El análisis económico, por el contrario, tiende a centrarse sobre *cuáles* son los remedios posibles y *qué* remedios están disponibles, y a tomar en cuenta si se están proporcionando los

mejores incentivos a las partes para actuar de acuerdo con los propósitos atribuidos por la ley (a través de legisladores o jueces).

Puesto que se trata de una cuestión tanto de desarrollo histórico como de justificación teórica, la relación del derecho contractual con la responsabilidad civil es interesante. Durante mucho tiempo las obligaciones de los contratantes de un producto o servicio (en Inglaterra y los Estados Unidos) se basaban y limitaban por el vínculo contractual de éstos; no fue sino hasta mediados y fines del siglo XIX que se eliminaron ampliamente estas restricciones. En épocas más recientes se ha sostenido que el derecho contractual se ha convertido, en cierto sentido, en un subgrupo o variante de la responsabilidad civil —ya que las obligaciones surgen con independencia del consentimiento de las partes (p. ej. el *promissory estoppel*\* y ciertas cláusulas o garantías protectoras con carácter obligatorio o presuntivo)—.

El contrato, al menos en el sentido general del acuerdo (para el intercambio), desempeña un papel crucial en diversas áreas: p. ej. en el análisis económico del derecho (en donde los intercambios mercantiles voluntarios son el modelo y el ideal sobre el cual se basa la mayor parte de este análisis) y en teorías morales y políticas basadas en el “contrato social”. Lo que hace que los modelos contractuales sean tan consistentemente atractivos para el análisis moral, jurídico y político es la manera en que el consentimiento de las partes (aun cuando las partes contratantes son actores hipotéticos) parece evitar el problema de justificar las normas con una pretensión moral fundamental.

*Véase* análisis económico del derecho; autonomía; consentimiento; contrato social; doctrina de la lesión; justicia correctiva; responsabilidad civil

**derecho de propiedad** Tradicionalmente se considera que los fundamentos filosóficos del derecho a la propiedad están relacionados con

---

\* El término *estoppel* se refiere a un principio anglosajón de derecho que sirve para impedir que una persona niegue su propio dicho o hecho. Así, *promissory estoppel* es la doctrina del impedimento (de negar los actos propios) aplicado al caso de una promesa [N. de los T.]

cuestiones de teoría y de legitimidad políticas, lo que raramente ocurre con otros aspectos del derecho privado (p. ej. el derecho de contratos y el derecho de la responsabilidad civil). No obstante, los argumentos de grandes teorías, como los de John Locke (1632-1704) (sobre un derecho natural a la propiedad y una legítima apropiación de los recursos a los que uno “añadió su trabajo”, siempre y cuando deje “lo suficiente y de igual bondad” para los demás), G. W. F. Hegel (1770-1831) (de que la propiedad privada es una de las instituciones intermedias que tienen que estar presentes si la libertad individual ha de ser posible) y Karl Marx (1818-1883) (que en un sistema capitalista la propiedad privada es intrínsecamente explotadora y que debe ser abolida), casi nunca repercuten en los argumentos más específicos referentes a las doctrinas sobre el derecho a la propiedad, aunque esto ocurre de vez en cuando.

Esta relación se da con mayor frecuencia cuando los tribunales se ven obligados a resolver cuestiones nuevas o fundamentales: p. ej. qué tipo de cosas puede tratarse como propiedad (temas de mercantilización: p. ej. si a uno se le debería permitir vender uno de sus riñones, plasma sanguíneo, prestar servicios de subrogación o servicios sexuales; y temas de propiedad intelectual: si acaso se debería permitir que una persona tenga derechos sobre un código genético o un código computacional); o bien las pretensiones de propiedad de colonizadores y nativos (p. ej. la famosa o notable decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Johnson vs. McIntosh* (1823)).

A un nivel conceptual, los tópicos acerca de la propiedad versan sobre si los derechos de propiedad tienen ciertos atributos esenciales (p. ej. hasta qué punto los derechos de propiedad se identifican con el derecho a poseer, usar, alienar y vender el bien en cuestión) o sobre si la propiedad es simplemente una agrupación (un “manejo”) de pretensiones jurídicas que las sociedades pueden alterar para la propiedad en general o para tipos particulares de propiedad, de acuerdo con lo que parezca mejor para el bien social. Además, frecuentemente surgen otras interrogantes acerca de si se puede decir que la gente tiene derechos de propiedad sobre su cuerpo, y, si es así, qué se sigue de ello

(una variante de este argumento en alguna ocasión fue utilizada para justificar la esclavitud).

El análisis económico ha planteado, de igual modo, algunas preguntas relacionadas con los beneficios y costos sociales de los derechos de propiedad en el contexto del teorema de Coase (el cual sostiene que la distribución inicial de los derechos frecuentemente no es importante, porque, al menos en un mundo sin coste de transacción, los derechos terminarán en manos de las personas que más los valoran), en la “tragedia de los comunes” (cuando la titularidad común de los recursos conlleva a una sobreexplotación ineficiente) y en “la tragedia de los anticomunes” (cuando los recursos son repartidos entre demasiados propietarios particulares, el coste de transacción podría impedir el uso eficiente de dichos recursos).

Finalmente, hay numerosos temas dentro de la teoría del derecho de propiedad que son filosóficos en el único sentido de que plantean cuestiones de filosofía moral (y ciencia política): p. ej. cuál debería ser el alcance del poder gubernamental para expropiar la propiedad con fines de utilidad pública (y en qué casos el gobierno tiene que compensar a los particulares por tales expropiaciones, o por aplicar restricciones regulatorias sobre la propiedad que pudieran ser caracterizadas como “expropiaciones”); en qué casos se debería permitir al gobierno restringir el uso de la propiedad mediante la zonificación, la imposición de términos en los arrendamientos (p. ej. “control de la renta” o derechos de los arrendatarios) o mediante códigos que establecen lineamientos para la vivienda o la construcción; y si debería haber restricciones sobre el cumplimiento de pactos discriminatorios concernientes a la tierra.

*Véase* Hegel, G. W. F; Locke, John; mercantilización; teorema de Coase; tragedia de los anticomunes; tragedia de los comunes

**derecho internacional** Existe una variedad de conexiones interesantes, si bien tangenciales en muchas ocasiones, entre el derecho internacional y la teoría del derecho: p. ej. (1) el derecho internacional tie-

ne uno de sus fundamentos históricos en la teoría del derecho natural de Hugo Grocio (1583-1645) (el cual buscó principios jurídico-morales que pudieran ser aplicados a las disputas comerciales entre comerciantes que no compartían al mismo soberano o que no tenían la misma postura religiosa); (2) el positivista jurídico Hans Kelsen (1881-1973) fue una figura importante en la teoría del derecho internacional, aunque probablemente su trabajo en esa área sólo tenga algunas conexiones modestas con su positivismo jurídico; (3) los teóricos del derecho ocasionalmente discuten si el derecho internacional es “derecho” en el sentido más estricto del término; p. ej. John Austin (1790-1859) trató el derecho internacional como algo que no es “derecho estrictamente hablando”, porque no existía un soberano global.

*Véase* Austin, John; Grocio, Hugo; Kelsen, Hans

**derecho natural procedimental** La frase usualmente se refiere a la teoría del derecho de Lon L. Fuller (1902-1978), la cual se asemeja a la teoría tradicional del derecho natural al proponer una evaluación moral significativa que debe ser satisfecha antes de que una norma o sistema de normas puedan ser denominados como “de derecho” (o “derecho en su sentido más completo”), pero se distingue de dicha teoría en cuanto a que los criterios se relacionan primordialmente con los *procedimientos* por los cuales las normas son promulgadas y aplicadas, y no tanto con el *contenido* de esas normas.

*Véase* Fuller, Lon L.; justicia procedimental; moral interna del derecho

**derecho natural, contenido mínimo de** El “contenido mínimo de derecho natural” es una noción que se deriva de un análisis ofrecido por H. L. A. Hart (1907-1992) en el capítulo 9 de *El concepto de derecho* (1961). En este libro se presentó una perspectiva de positivismo jurídico —la posición que niega que los criterios de validez jurídica tengan que hacer referencia a la moral o a la justicia—. Sin embargo, en el contexto de una discusión más general acerca de las diversas maneras



en que se podría decir que el derecho y la moral coinciden o se influyen entre sí, Hart plantea la idea de que los sistemas jurídicos (*al igual que la moral convencional*) *tienen que* contar con un mínimo de contenido moral para que puedan ser considerados como correctos, *en el sentido de que* debido a ciertas verdades sobre la naturaleza humana (nuestra vulnerabilidad, la limitación de los recursos y otros por el estilo), así como el estado actual de la tecnología, ninguna sociedad podría perdurar por mucho tiempo sin ofrecer, a cuando menos una parte significativa de la población, un mínimo grado de protección frente a ataques físicos y frente a ataques a la institución de la propiedad.

Se debería destacar, en primer lugar, que esta noción constituye más una predicción (bajo qué circunstancias una sociedad podría o no sobrevivir) que un análisis conceptual. En segundo lugar, sin importar en qué medida esto sea una “concesión” a la teoría del derecho natural, aún deja un campo sustancial para un desacuerdo con la teoría tradicional del derecho natural. Los regímenes más perversos (ya sea que uno piense en la Alemania nazi, la Unión Soviética de Stalin o el *apartheid* sudafricano) han cubierto fácilmente los “requisitos” del contenido mínimo de derecho natural.

*Véase* Hart, H. L. A.; teoría del derecho natural

**derecho penal** Es la parte del derecho que se ocupa de las penas impuestas por el Estado debido a la violación de normas jurídicas. Por lo general, se piensa que el objetivo primordial del derecho penal es el mantenimiento del orden social (en contraste, p. ej., con el derecho sobre la responsabilidad civil, que abarca muchas violaciones del mismo tipo pero que deja su exigencia a los individuos afectados, sobre la base de que la responsabilidad civil versa sobre la reivindicación de derechos personales en vez de intereses públicos).

El derecho penal es un área doctrinal del derecho que tiene conexiones importantes con la filosofía del derecho, ya que plantea cuestiones relacionadas con la responsabilidad, la culpa, la pena, la moral y la debida función del Estado (p. ej., en situaciones que no implican un daño a los demás, ¿debería el derecho penal, no obstante, ser utili-

zado para hacer valer la moral, o bien para impedir que las personas se dañen a sí mismas?).

Por ejemplo, en el caso de la culpa y la pena, la cuestión consiste en saber si el derecho debería concentrarse en la acción, la intención detrás de la acción o el carácter de la persona actuante (cada enfoque podría conducir a conclusiones bastante diferentes, p. ej. cuando el intento de cometer un acto criminal fracasa o cuando las acciones imprudentes y negligentes generan daños de diversas magnitudes). No es sorprendente, por lo tanto, encontrar a importantes filósofos del derecho, como H. L. A. Hart (1907-1992), involucrados de manera notable con discusiones teóricas de derecho penal.

Existe una coincidencia relevante entre las teorías de la culpa y las teorías de la pena, aunque las dos pueden ser tratadas como temas separados (p. ej. por quienes sostienen que la pena debería estar fundada, primordialmente, en una base distinta a la culpabilidad del actor).

De igual modo, hay diversos enfoques teóricos que han tomado en consideración ciertos aspectos de derecho penal, desde teóricos de la economía como Gary Becker (1930- ), quien ha empleado el análisis económico para intentar mostrar cómo el tipo de pena y la probabilidad de ser castigado afectarían los índices de criminalidad, hasta teóricos críticos de varias escuelas que han intentado mostrar cómo las normas y los procedimientos de derecho penal son sistemáticamente parciales en perjuicio de ciertos grupos.

*Véase* fortuna moral; pena; principio del daño; retribución

**derecho romano-germánico** *Véase* *Common Law*

**derecho y economía** *Véase* análisis económico del derecho

**derecho y literatura** Es un enfoque hacia el derecho o campo de estudio que reúne, sin mucha precisión, varios escenarios en los cuales se puede decir que el derecho y la literatura se entrelazan, o en donde un área podría “aprender” de la otra. Esto por lo general incluye a las teorías de la interpretación (en donde la interpretación jurídica nor-

malmente se construye, o distingue, a partir de la interpretación literaria), la manera en que la práctica del derecho puede comprenderse como narrativa, el estudio narrativo del derecho (la “narración de historias”), el análisis de la retórica en las opiniones judiciales, la representación de los abogados en la literatura, etcétera. Muchos autores ubican al movimiento moderno de derecho y literatura en el libro de James Boyd White, *The Legal Imagination* (1973), aunque la propuesta de ciertas conexiones entre el derecho y la literatura se remontan mucho más atrás.

Un tema de continua discusión y debate es hasta qué punto el derecho puede recurrir a la teoría literaria para comprender un texto (sólo ocasionalmente se sugiere la dirección contraria, es decir, que la teoría literaria aprenda del derecho). Quienes afirman el valor de la teoría literaria destacan la importancia que tiene la interpretación del lenguaje (por lo general en textos escritos hace mucho tiempo) en ambas áreas, y cuán semejantes son los métodos empleados por teóricos literarios, abogados y jueces. Quienes niegan la conexión, por otro lado, han subrayado los diferentes propósitos y estructuras de las dos actividades: arguyendo, por ejemplo, que la autoridad y la certeza del significado tienen una importancia en el derecho que no tienen en la literatura. También puede ser que parte de la negativa a valerse de la teoría literaria provenga de la sospecha o de la oposición a algunos de los movimientos escépticos o críticos dentro de la teoría literaria de las décadas recientes (p. ej. el deconstruccionismo y la posmodernidad).

Las conexiones posibles entre el derecho y la literatura también han sido planteadas en tratados de razonamiento judicial. Ronald Dworkin (1931- ) equiparó la toma de decisión judicial con escribir una “novela en serie”, en donde cada juez (especialmente en las decisiones del *Common Law*) añade un episodio a una “historia” que fuera comenzada por otros jueces, quedando de ese modo parcialmente constreñido por lo que ya ha sido escrito, pero con cierta libertad y, según Dworkin, con una obligación general de continuar la “historia” de la mejor manera posible (Dworkin también sostuvo que tanto la interpretación jurídica como la literaria deberían considerarse como formas de una “interpretación constructiva”, al descubrir la interpre-

tación que se ajusta más adecuadamente al texto, por un lado, y que haga del texto el mejor que pudiera haber en su tipo, por el otro).

Como se mencionó, algunos autores del movimiento de derecho y literatura centran su atención sobre la manera en que la defensa legal y las opiniones judiciales pueden ser consideradas como la “narración de una historia” o una “traducción”, o bien pueden ser analizadas mediante la doctrina tradicional de la retórica.

Algunos autores del movimiento de derecho y literatura han sostenido que la lectura de las grandes obras de la literatura podría incrementar la empatía, o la sensibilidad moral en general, de jueces y abogados. Ésta es una tesis sumamente controvertida (su plausibilidad inicial se ve minada por el hecho de que uno puede encontrar tan sólo un puñado de gente bien cultivada, incluyendo profesores de literatura, que está muy lejos de ser un modelo de perfección o excelencia moral). Otros teóricos han usado la posible conexión entre las historias y la empatía para justificar o promover el uso de la ficción, la fábula, la autobiografía y las anécdotas personales (los “estudios narrativos”) para representar los puntos de vista de las minorías y de los grupos oprimidos a una audiencia compuesta por un grupo de mayorías.

*Véase* deconstrucción; derecho y narración; interpretación; interpretación constructiva; posmodernidad

**derecho y narración** Enfoque hacia el estudio del derecho que consiste en narrar historias, y por lo tanto difiere radicalmente del caso tradicional y el análisis doctrinario. Algunas veces se trata de historias autobiográficas que exploran las propias experiencias del autor; otras veces, historias de las experiencias de otras personas; en otras ocasiones son historias ficticias o fábulas sin ninguna pretensión de encarnar una verdad histórica, pero con la ambición de revelar alguna verdad más profunda. Los estudios narrativos sobre el derecho son más utilizados dentro de, y asociados con, la teoría crítica desde el punto de vista racial, aunque también se les relaciona con la teoría feminista del

derecho y son empleados por juristas de una gran variedad de perspectivas alternativas.

Algunos críticos han atacado los estudios narrativos afirmando que no son “auténticos estudios” (una acusación que puede tener consecuencias significativas, ya que las decisiones sobre la contratación, permanencia y promoción usualmente dependen, al menos en parte, de una evaluación de la formación de los individuos). Los críticos subrayan la dificultad de verificar los hechos y las conexiones causales que son relatados en las historias. Se dice también que tales historias implican frecuentemente una conexión (lo que le sucede a una persona le sucede a todas, a la mayoría, o a muchos miembros de un grupo oprimido), lo cual raramente es comprobado.

*Véase* derecho y literatura; teoría crítica desde el punto de vista racial

**derecho y sociedad** El movimiento “derecho y sociedad”, también conocido como “estudios sociojurídicos”, se dirige al estudio del derecho a través de las ciencias sociales, en particular la sociología y la ciencia política empírica. Se trata de un amplio grupo o movimiento que se inclina hacia el estudio del “derecho en acción”, en contraste con el estudio conceptual del derecho que aparece en la jurisprudencia analítica.

Gran parte del trabajo desarrollado en este campo cabe dentro de la denominación “derecho en acción”: las investigaciones sobre la efectividad de ciertas normas jurídicas, o sobre únicamente sus efectos generales. El estudio empírico sobre los efectos del derecho se remonta cuando menos a los realistas jurídicos norteamericanos, y antes de ellos al enfoque sociológico de teóricos como Roscoe Pound (1870-1964). Una vez que el derecho deja de ser concebido (meramente) como una elaboración de conceptos intrincados o como el descubrimiento de criterios universales eternos, y se le considera más bien como un producto humano que pretende alcanzar metas humanas, la investigación natural subsiguiente se relacionará con saber en qué medida las normas jurídicas actuales logran tener éxito en sus propósitos (y en qué

medida ciertas reformas legales podrían ser un mejoramiento para alcanzar esos propósitos).

*Véase* antropología jurídica; jurisprudencia sociológica; Montesquieu, Barón de; Pound, Roscoe

**derechos** Los “derechos” operan como tipos básicos de exigencias tanto en el discurso moral como en el jurídico. Algunas cuestiones sobre los derechos son: (1) cuál es la conexión o relación entre los derechos morales y los derechos legales, y (2) si acaso los derechos (en una o ambas áreas) pueden ser provechosamente analizados y, de ser así, de qué manera.

La mayoría de los historiadores han concluido que en el derecho romano antiguo no había un concepto comparable a la idea moderna de los derechos, y que este concepto no fue desarrollado sino hasta la Edad Media. De acuerdo con estos historiadores, cuando los escritores de la Roma antigua hablaban de un “derecho” (*ius*), querían decir algo como “lo correcto por hacer”. En la Europa continental moderna, este significado a veces es caracterizado como un “derecho objetivo”, mientras que la manera usual de entender un “derecho” jurídico o moral en la tradición angloamericana se denomina “derecho subjetivo”.

Entre aquellos que han intentado analizar más a los derechos, Wesley Hohfeld (1879-1918) sostuvo que el uso de “derechos” podría ser clarificado mediante las siguientes distinciones: (1) derechos subjetivos, correlacionados con los deberes de otra parte, (2) libertades, (3) potestades y (4) inmunidades. Hohfeld estaba ofreciendo un análisis del uso de “derechos” dentro del discurso jurídico (y, particularmente, dentro del discurso judicial), pero una forma similar de análisis podría ser adaptada también al discurso moral.

En medio de la discusión sobre la naturaleza de los derechos, los autores a menudo se dividen entre quienes encuentran que la esencia de los derechos es la elección (la “teoría de la voluntad” o la “teoría de la elección” de los derechos), y quienes encuentran que la esencia de los derechos es la protección de un interés a través del deber que pesa

sobre otra parte (la “teoría del interés” o la “teoría del beneficio” de los derechos).

Ronald Dworkin (1931- ) ha analizado a los derechos en términos de sus efectos —que los derechos son formas particularmente fuertes de razones para la acción, razones que triunfan sobre otras formas de razones que podrían aplicarse a una decisión—. En particular, al considerar asuntos jurídicos o de directrices políticas, un derecho adquiere preferencia sobre cálculos utilitaristas o mayoritarios que podrían, de otra forma, justificar una norma particular.

*Véase* deber; derechos de los animales; derechos jurídicos; Hohfeld, Wesley; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del interés (de los derechos); Villey, Michel

**derechos de los animales** La cuestión relativamente abstracta sobre si los animales (o cierto tipo de animales) son capaces de tener derechos es a menudo confundida con la cuestión moral de cómo deberían actuar los seres humanos con respecto a los animales, cuando de hecho las dos cuestiones son relativamente independientes. En cuanto a la cuestión conceptual, quienes creen que sólo las entidades con poder autónomo de elección tienen derechos, podrían negar por lo tanto que los animales los tuvieran, pero a la vez podrían seguir sosteniendo (p. ej. bajo una teoría moral utilitarista) que los seres humanos no deberían infligir dolor a tales criaturas sin tener buenas razones para hacerlo. De igual manera, uno podría defender, bajo una teoría moral y otros conceptos diferentes, que mientras los animales *son* un tipo de entidad que puede tener derechos, ellos *de hecho no* los tienen, o bien que cualesquiera que sean los derechos que pudieran tener, éstos son anulados, en circunstancias relevantes, por los derechos de mayor peso que poseen los humanos.

*Véase* derechos; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del interés (de los derechos); utilitarismo

**derechos legales** Los derechos legales son fuertes exigencias de cierto tipo que surgen o derivan de fuentes legales. Un “derecho” es un con-

cepto básico tanto dentro del discurso moral como jurídico, y actualmente se sigue discutiendo sobre la mejor manera de entender la naturaleza de los derechos legales, la conexión entre los derechos legales y otros conceptos jurídicos, así como la conexión entre los derechos legales y los derechos morales. En cuanto a la relación entre los derechos legales y los derechos morales, la cuestión es si son de una naturaleza similar, divididos sólo por el contexto de las exigencias que se plantean, o si en realidad los dos tipos de derechos tienen naturalezas distintas.

Probablemente ciertos tipos de cuestiones concernientes a los derechos son igualmente aplicables a los derechos legales y morales: p. ej. si éstos se pueden entender de mejor manera en términos de elección o en términos de intereses protegidos; o bien, a quiénes se pueden atribuir los derechos (¿puede decirse que los niños tienen derechos?, ¿qué hay de los fetos?, ¿los animales?, ¿los muertos?, ¿los árboles?). La conexión o concurrencia entre los derechos legales y morales se vuelve especialmente complicada en el campo de los derechos constitucionales (en donde los derechos legales surgen de un texto legal fundamental, en el cual tales derechos frecuentemente se refieren a conceptos generales de moral como “igualdad”, “dignidad” y “debido proceso”) y en el campo de los derechos humanos (en donde los derechos se derivan supuestamente de la naturaleza humana; lo que constituye un tipo de análisis cercano a la tradición del derecho natural y los derechos naturales, pero el cual, en tiempos modernos, también suele basarse en textos e instituciones, p. ej. en los tratados y declaraciones internacionales).

Los debates sobre la naturaleza de los derechos legales frecuentemente son caracterizados como discusiones entre las “teorías de la voluntad”, las cuales ubican la naturaleza de los derechos en poderes y alternativas otorgadas a un portador de derecho, y las “teorías del interés (o del beneficio)”, que localizan dicha naturaleza de los derechos en la protección legal de un interés.

Wesley Hohfeld (1879-1918) presentó una definición estipulativa de “derecho” bastante conocida, tal como este término era utilizado en las



decisiones judiciales, en cuatro tipos: (1) derechos subjetivos, (2) libertades (Hohfeld usó el término “privilegios”), (3) potestades y (4) inmunidades.

*Véase* derechos; Hohfeld, Wesley N.; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del interés (de los derechos)

**derechos subjetivos** *Véase* derechos

**derrotabilidad** Susceptible de ser derrotado: esto se refiere a la capacidad que tiene una conclusión de ser justificada a través de ciertos criterios que son cumplidos, aunque con la posibilidad de ser “derrotada” o refutada si se cumplen otros criterios adicionales. Algunos autores (Hart (1907-1992) en particular, en algunos de sus trabajos iniciales) sostienen que la derrotabilidad de los conceptos jurídicos es importante para comprender la naturaleza del derecho. Un ejemplo de tal derrotabilidad es cómo ciertos criterios serían suficientes para mostrar que un argumento sería un “contrato válido”, pero que se podría alcanzar una conclusión contraria si el tribunal se enterara de que una de las partes era legalmente incompetente, si el contrato hubiera sido el producto de fraude, o si se aplicara alguna otra defensa doctrinal similar.

**determinación** *Véase* indeterminación

**determinación jurídica** *Véase* indeterminación

**determinatio** Concepto que tiene su origen en el trabajo de Santo Tomás de Aquino (1224-1274) y que fue desarrollado posteriormente por teóricos modernos del derecho natural, como John Finnis (1940- ). La *determinatio* se refiere a la relación que tiene una regla/norma específica con una regla/norma más general, en donde la relación es casi una derivación directa o implicación, que requiere de alguna cierta discreción al seleccionar la norma/regla específica. De acuerdo con Tomás de Aquino y John Finnis, los legisladores deben sancionar le-

yes específicas, con una forma particular, porque así lo exige el derecho natural, mientras que para otros tópicos, la naturaleza general del contenido del derecho solamente se determina a través de los principios del derecho natural; los legisladores tienen diversas opciones en cuanto al contenido preciso (p. ej. el derecho natural podría requerir de los legisladores la creación de un límite de velocidad para los automóviles a fin de proteger la paz y el orden de los ciudadanos, pero podría haber un rango de máximas velocidades igualmente morales y justas dentro del cual cualquier elección podría ser legítima).

*Véase* Tomás de Aquino

**Devlin, Patrick** Patrick Arthur Devlin (1905-1992) fue un juez inglés muy respetado que ascendió a la Cámara de los Lores y que renunció a la judicatura (en 1963) poco después de alcanzar esa posición. Su principal relevancia para la teoría del derecho fue su respuesta al Comité Wolfenden, cuyo reporte de 1957 recomendaba la despenalización de los actos homosexuales y la prostitución. Las conclusiones del reporte se basaban en el “principio del daño” de John Stuart Mill (1806-1873), en el sentido de que la prohibición penal sólo se justificaba para prevenir el daño a otros, además de que en dicho reporte se distinguía la “moral pública” y la “moral privada” (la Ley de Ofensas Públicas de 1959 y las leyes posteriores siguieron el enfoque Wolfenden con respecto a la prostitución, legalizando los actos privados, pero penalizando casi todas las manifestaciones públicas de prostitución, como el ofrecer o procurar servicios sexuales. La despenalización parcial de la actividad homosexual tuvo que esperar a la Ley de Ofensas Sexuales de 1967).

En su conferencia Macabea de 1958 en la Academia Británica, más tarde ampliada en forma de libro (*The Enforcement of Morals* (1965)), Devlin dio respuesta al Reporte Wolfenden, arguyendo que una moral compartida es lo que mantiene unida a la sociedad, y que la sociedad tiene un interés legítimo en proteger su moral compartida por las mismas razones por las que puede protegerse legítimamente de quienes la traicionan. El argumento de Devlin replanteaba algunos ele-

mentos de la crítica de James Fitzjames Stephen (1829-1894) a John Stuart Mill, aunque también difería en puntos clave de la perspectiva “perfeccionista” de Stephen.

H. L. A. Hart (1907-1992) respondió a la conferencia Macabea de Devlin en *Derecho, libertad y moral* (1963). En ese libro, Hart defendió una versión modificada del “principio del daño” de John Stuart Mill; en contra de la posición particular de Devlin, Hart sostuvo primordialmente que no había razón para creer que un simple cambio en la moral convencional de una sociedad amenazaría a dicha sociedad. Si la moral convencional cambia con el tiempo y estos cambios usualmente ocurren sin efectos dañinos significativos, no está claro el por qué debe estar interesada la sociedad en proteger la *vieja* moral convencional en contra de las *nuevas* creencias compartidas que se generaron. Además, en una sociedad con diversas creencias políticas y religiosas, y con diferentes orígenes étnicos, puede ser inútil (o absurdo) hablar de una “moral compartida” única, o considerar a todas las perspectivas contrarias como “semejantes a una traición”.

*Véase* Hart, H. L. A.; Mill, John Stuart; moral crítica frente a moral convencional; moral, imposición jurídica de la; principio del daño; Stephen, James Fitzjames

**Dewey, John** Filósofo norteamericano (educador y reformista social) (1859-1952) que tuvo un papel destacado en el movimiento pragmático dentro de la filosofía. Aunque el pragmatismo en general influyó a muchos de los realistas jurídicos norteamericanos, la influencia de Dewey fue más directa a través de artículos que escribió para revistas de derecho —como “Logical Method and the Law” para el *Cornell Law Quarterly* (1924) y “The Historical Background of Corporate Legal Personality” para el *Yale Law Journal* (1926)—.

*Véase* pragmatismo; realismo jurídico norteamericano

**dificultad contramayoritaria** Término abreviado para señalar una preocupación surgida ante todo en el derecho constitucional nortea-

americano, pero con aplicaciones evidentes para todos los sistemas jurídicos que permiten alguna forma de poder judicial para contravenir o invalidar una ley que de otra manera sería válida, sobre la base de que es contraria a las normas constitucionales escritas o no escritas. La preocupación es que tal poder judicial parece ser contrario a los principios esencialmente democráticos o mayoritarios que fundamentan al gobierno. Con respecto a esta dificultad se ha ofrecido una amplia variedad de respuestas, incluyendo la afirmación de que tal poder judicial estaba justificado a su vez por la acción democrática (la ratificación de la Constitución). Qué tan problemática pueda ser el *judicial review*, y qué tan adecuadas las diversas respuestas, depende de la percepción que uno tenga en cuanto a varias cuestiones, en particular, hasta qué punto uno cree que los jueces pueden estar limitados por las normas constitucionales, e, independientemente de qué tan limitantes *podieran ser* esas normas, si acaso uno cree que los jueces, de hecho, *han estado* limitados en sus decisiones pasadas o si lo estarán en sus decisiones futuras.

*Véase* Ely, John Hart; legislación judicial; teoría constitucional

**dilema del prisionero** Es el “juego” más simple y básico en la teoría de juegos, y es también el ejemplo típico que muestra cómo y por qué el bien social no siempre puede ser favorecido por individuos que actúan en su propio beneficio, y por qué algunos medios externos de coordinación de la conducta pueden ser necesarios para maximizar el bienestar social. La idea es por lo regular atribuida a Melvin Drescher y Merrill Flood (1908- ) a partir del trabajo que realizaron en 1950 como parte de la producción de la Corporación Rand sobre la teoría de juegos, mientras que su denominación surgió en un artículo que formalizó el concepto acuñado por el matemático de Princeton, Albert W. Tucker (1905-1995) (Tucker también dirigió la tesis doctoral por la cual John Nash (1928- ) eventualmente ganaría el Premio Nobel de Economía en 1994).

Dos individuos han sido acusados de cometer un crimen juntos, aunque han sido detenidos e interrogados de manera separada. Cada

uno entiende que si alguno confiesa mientras el otro no, el confesor testificará en contra del que guarde silencio y saldrá libre, mientras que el prisionero que guarda silencio será condenado a purgar una pena alta. Si ambos guardan silencio, serán condenados sólo por un crimen menor y purgarán una pena menos severa. Si se delatan entre sí, ambos serán condenados a cumplir una pena superior (aunque no tan duradera como la que se les impondría si ninguno hubiera confesado). Estas alternativas son usualmente presentadas en una tabla de cuatro celdas (figura 1).

A pesar de que cada prisionero sabe que la cooperación (esto es, que ninguno se delate) los llevará a un resultado que sería el mejor para ambos (un total de dos años en prisión, en contraste con los 12 o 16 años de los resultados alternos), “no confesar” nunca parece ser la decisión racional individualmente aceptable. Por ejemplo, desde la perspectiva de A: A piensa, “si B me delata, es mejor que yo lo delate (puesto que 8 años en prisión son mejor que 12); si B no me delata, entonces sigue siendo mejor que yo lo delate (puesto que nada es mejor que un año de prisión)”. La perspectiva de B es idéntica. Así, por medio de la toma de decisión de un individuo racional, los dos prisioneros oscilan entre el mejor resultado conjunto (2 años de prisión en total) y el peor resultado conjunto (16 años de prisión en total).

	A (confiesa)	A (no confiesa)
B (confiesa)	(A: 8 años) (B: 8 años)	(A: 12 años) (B: 0 años)
B (no confiesa)	(A: 0 años) (B: 12 años)	(A: 1 año) (B: 1 año)

Figura 1. Dilema del prisionero

El dilema del prisionero es a menudo presentado como una prueba (o al menos una sugerencia metafórica) de que el interés individual lle-

vará a la “traición” y al “engaño” incluso cuando la cooperación actual estuviera dentro de los intereses a largo plazo de los individuos, igual a como ocurre con el interés social. Desde luego, en el ejemplo típico del dilema del prisionero se asume que los prisioneros son culpables, así que a pesar de que sus confesiones no están en *sus* mejores intereses, sí parecen estar en el interés de su sociedad).

Se puede desarrollar una dinámica distinta cuando la cuestión de la traición frente a la cooperación ocurre en un juego repetido (“iterado”). Cuando los mismos jugadores están involucrados en una interacción repetida, varias formas de cooperación (incluyendo un tipo de juego “esto por aquello”, en el que una parte coopera, aunque también responde a una traición con una traición propia) pueden llegar a ser racionales. Esta dinámica tiene sus propias complicaciones (p. ej. ¿qué sucedería cuando pareciera que una repetición del juego del dilema del prisionero estuviese a punto de terminar?), y existe una abundante literatura al respecto.

La “tragedia de los comunes” puede ser considerada como una variante o generalización del dilema del prisionero, que involucra varios participantes. Si hay un área común (de “libre acceso”) de pesca o pastoreo, los intereses a largo plazo de los pastores y pescadores favorecen una limitación modesta hacia todos a fin de mantener la viabilidad del área común. Sin embargo, cada individuo tiene un incentivo para *no* cooperar, sino más bien para obtener tantos beneficios de los comunes como sea posible, mientras espera a su vez que los otros se restrinjan. Con todos buscando tal incentivo, nadie se limitará y las áreas comunes estarán pronto sobreexplotadas.

David Lewis (1941-2001) demostró (en *Philosophy and Public Affairs* (1979)) que el dilema del prisionero es, de hecho, una versión de una paradoja de racionalidad menos conocida, el problema de Newcomb. En dicho problema hay dos cajas —una contiene o un millón de dólares o nada, y la segunda contiene mil dólares—. Usted es libre de tomar sólo la primera caja o ambas. El contenido de la primera caja depende de la predicción confiable de sus acciones que realiza con anterioridad otra persona, de modo que la caja contendrá un millón de dólares si la predicción es que usted tomará sólo la primera caja,

pero nada si la predicción es que usted tomará ambas. ¿Qué debería hacer? La paradoja es que parece haber buenas razones para cualquier estrategia (tomar sólo una, porque entonces el adivino confiable habrá presentado eso, y puesto un millón de dólares en la caja; o tomar ambas cajas, porque la predicción ya ha ocurrido, y uno sólo puede terminar con lo mismo o más si toma ambas cajas, sin importar cuál sea el contenido de la primera caja). La relación entre el que escoge la caja y el adivino puede considerarse semejante en su estructura a la relación entre los dos prisioneros.

*Véase* equilibrio de Nash; juegos de coordinación; normas sociales; problema de la acción colectiva; teoría de juegos; tragedia de los anticomunes; tragedia de los comunes

**directrices políticas (frente a principios)** En las primeras obras de Ronald Dworkin (1931- ) sobre teoría del derecho (especialmente *Los derechos en serio* (1977)), las directrices políticas son contrastadas con principios como la base para tomar decisiones gubernamentales. Se dice que las legislaturas son foros en donde la política, el mayor bien para el mayor número, etcétera, es una base legítima para la decisión. En contraste, los tribunales deben ser “foros de principio” que deciden a favor de una parte por sobre otra; *no* sobre la base de las consecuencias, sino sobre la base de cuál es la parte cuyo *derecho* debe prevalecer. Lo anterior está ligado con la teoría de Dworkin que afirma que hay una sola respuesta correcta para cada cuestión jurídica.

*Véase* Hart, H. L. A.; principios; tesis de la respuesta correcta

**discreción** Es el derecho o poder de seleccionar entre una variedad de alternativas. El significado de discreción es importante al evaluar los reclamos de quienes afirman (o niegan) que los jueces tienen discreción para resolver problemas jurídicos (difíciles). Así, Ronald Dworkin (1931- ) (en *Los derechos en serio* (1977)) distinguió un sentido de discreción “débil” y uno “fuerte”. Dworkin sugirió que a veces utilizamos la discreción en sentido “débil” cuando hablamos de situaciones en don-

de la aplicación de algún criterio requiere de la aplicación del juicio, o bien en situaciones en donde el juez tuvo la autoridad final en un asunto. Éstos debían ser distinguidos de un sentido “fuerte” de discreción, según el cual el juez no está (completamente) sujeto a criterios.

**discriminación** Es el trato hacia personas debido a características (p. ej. raza, género, religión u orientación sexual) que no parecen relevantes para una elección o una transacción. La naturaleza de la discriminación, su ubicuidad y la manera en que podría ser combatida son temas centrales para las escuelas críticas fundadas en la diferencia, tales como la teoría feminista del derecho y la teoría crítica desde el punto de vista racial.

Algunos teóricos críticos desde el punto de vista racial han sostenido que la discriminación es, con frecuencia, el efecto de creencias racistas que operan en un nivel profundo o “inconsciente”.

Por otra parte, quienes se dedican al análisis económico del derecho abordan el problema de la discriminación al tratar de determinar, dentro de sus propios modelos de comportamiento humano, por qué ocurre, dado que la discriminación parece ser “ineficiente” y, por ende, “irracional”. Gary Becker (1930- ) (en *The Economics of Discrimination* (1957)) consideró que la discriminación era solamente el resultado de un gusto personal (“un gusto por la discriminación”), simplemente una preferencia que se debía analizar junto con otras preferencias (quizá igual de irracionales o desagradables). Otros autores del análisis económico han escrito sobre la “discriminación estadística”, esto es, el hecho de que la discriminación puede ser algunas veces “racional”: cuando la característica de la persona en cuestión es un valioso indicador de otra información relevante, y cuando obtener información más confiable sería demasiado costoso (un ejemplo común es el trato diferenciado de hombres y mujeres como empleados en una industria, en donde los primeros tienden a permanecer más tiempo en el trabajo después de haber recibido una capacitación específica de la empresa).

*Véase* racismo inconsciente; raza; teoría crítica desde el punto de vista racial; teoría feminista del derecho



**discriminación inversa** *Véase* acción afirmativa

**discriminación positiva** *Véase* acción afirmativa

**discurso de odio** Expresión cuyo contenido principal es la referencia despectiva hacia un grupo (oprimido) particular, o una declaración de que los miembros de dicho grupo deberían ser atacados, expulsados o, en su defecto, maltratados. La respuesta apropiada a tal discurso se ha convertido en uno de los puntos centrales de la teoría crítica desde el punto de vista racial. En Norteamérica, el tratamiento del discurso de odio es particularmente controvertido, debido a que la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos ha sido interpretada en el sentido de ofrecer una amplia protección a la expresión, la cual podría discutiblemente ampliarse hasta abarcar incluso a un discurso de este tipo.

Los teóricos críticos desde el punto de vista racial que defienden la prohibición legal del discurso de odio ofrecen, frecuentemente, un análisis similar a aquel dado por algunas feministas en cuanto a una mayor regulación o prohibición de la pornografía, a pesar de su supuesta protección constitucional: que el discurso de odio, al igual que la pornografía, debería ser tratado más como una acción que como una expresión de ideas —que consiste en un esfuerzo por excluir o degradar el objeto del “discurso” (grupos minoritarios en el caso de discurso de odio; mujeres en el caso de la pornografía)—.

*Véase* teoría crítica desde el punto de vista racial

**distinción público/privado** En el pensamiento jurídico y político moderno a menudo se distingue lo público y lo privado de dos maneras bastante diferentes: (1) el intercambio privado de bienes y servicios frente a la regulación política de determinados asuntos de interés público, y (2) el mercado (público) frente a hogar/familia (privado). Usualmente, estas distinciones entre lo público y lo privado recurren a las nociones de libertad y de acción voluntaria en un área, mientras que en la otra esfera se apela a la intervención y compulsión estatales a fin de proteger los intereses privados o el bien público.

Algunos de los realistas jurídicos norteamericanos, más notablemente Robert Hale (1884-1969), criticaron el primer tipo de distinción público/privado, el cual descansaba en la supuesta voluntariedad de las transacciones mercantiles y laborales. Los realistas señalaron que aunque el Estado esté nominalmente ausente de tales transacciones, es él quien fija las condiciones de fondo sobre las cuales las transacciones suceden (p. ej. qué tipo de persuasión, acción colectiva, fuerza o engaño serán permitidos en las transacciones, y bajo qué circunstancias los derechos de propiedad y los derechos de exclusión prevalecerán). Estas condiciones de fondo establecen el poder relativo de los individuos y los grupos, y estas mismas condiciones se hacen cumplir (cuando son contravenidas) a través del poder estatal. Esta crítica realista fue posteriormente retomada y elaborada por varios teóricos del análisis crítico del derecho.

La segunda distinción público/privado, entre mercado y hogar/familia, ha sido cuestionada por teóricos feministas del derecho y del análisis crítico del derecho. Una objeción es que cuando el Estado trata a la familia como un lugar ajeno a la regulación pública, implícitamente refuerza la dominación de la parte que sea más fuerte física o económicamente (en ambos casos, usualmente el marido/padre). Y aunque alguna vez las personas pudieron haber respondido, frente a acusaciones de violencia intrafamiliar o de negligencia paternal dentro del hogar, diciendo que “no era incumbencia de nadie más” o que “no era un asunto de Estado”, esto ya no es (en la mayoría de los países) una respuesta aceptable, lo que indica una remoción parcial, o ajuste, de esta distinción público/privado.

Como han señalado algunos autores, sin embargo, la crítica a la distinción público/privado a menudo es exagerada. Si bien resulta apropiada para llamar la atención sobre el punto de partida en el cual la acción “privada” ocurre, y para sujetar a ese punto de partida a la crítica cuando sea necesario, es un error no reconocer que la configuración del punto de partida debería estar sujeta a un criterio diferente de análisis y evaluación que el que corresponde a las acciones mediante las cuales el gobierno ejerce una regulación directa.

*Véase* análisis crítico del derecho; Hale, Robert L.; realismo jurídico norteamericano

**disuasión** Una justificación para la pena basada en sus efectos sobre la conducta futura, en particular la prevención del crimen. Los teóricos frecuentemente distinguen los “efectos disuasivos generales” de la pena (hasta qué punto la pena impuesta a una persona previene la comisión del crimen por otros) de su “efecto disuasivo específico” (si la pena disuade la futura conducta criminal de la persona que está siendo castigada). No es fácil probar o rebatir el efecto disuasivo de las penas, lo cual se puede ejemplificar con el polémico subtema de si la pena capital genera un efecto disuasorio superior para el asesinato que la cadena perpetua.

*Véase* pena; rehabilitación; retribución

**doctrina de la lesión** Doctrina norteamericana del derecho contractual, con profundas raíces en el *Common Law*, que en un inicio fue formulada de manera más definida por el *Uniform Commercial Code*, excluyendo la ejecución de los acuerdos, o algunas de sus cláusulas, que son extremadamente injustos. La doctrina es usualmente invocada para demostrar una significativa inequidad tanto en el procedimiento (cómo fue celebrado el contrato —p. ej. problemas de fraudes o de coacción—) como en la sustancia (los términos reales del acuerdo). La doctrina tiene diversas raíces o antecedentes: desde la doctrina del derecho romano de *laesio enormis*, que permitía la rescisión de un contrato por la excesividad del precio (lo cual encuentra sus contrapartes modernas en Francia y Alemania), hasta la disposición de los tribunales ingleses de equidad para garantizar la intervención en aquellas ocasiones en donde las partes celebran contratos con términos unilaterales.

El papel de la doctrina dentro de la teoría del derecho consiste en que es un punto frecuente de debates iusfilosóficos: p. ej. el argumento de Richard Epstein (1943- ), basado en el análisis económico del derecho, de que la doctrina raramente debería ser aplicada (como las doctrinas de equidad que pretenden proteger al débil, y que a menudo

se utilizan a largo plazo en contra de los intereses de éste); y varios análisis de adeptos al análisis crítico del derecho y a la teoría crítica desde el punto de vista racial, en relación con lo que la doctrina supuestamente demuestra sobre la manera en la cual el sistema jurídico y la sociedad norteamericanos se enfrentan a la injusticia.

*Véase* derecho contractual

**Duguit, León** Sociólogo francés (1859-1928) cuyo principal interés fue el concepto sociológico de “cohesión social” o “solidaridad social”. Duguit consideró a la solidaridad social como una tendencia natural de la gente que vive dentro de una sociedad, y al derecho como un aspecto integral del mantenimiento de esa solidaridad. Como parte de este enfoque, Duguit desconfió tanto del concepto de soberanía estatal y poder fuerte del Estado, como de las tesis del individualismo y los derechos individuales. Duguit consideraba a las normas jurídicas no como algo impuesto por el soberano, sino como el reflejo de las tendencias o la conciencia de la comunidad.