

T

teleología Es el estudio de las cosas de acuerdo con las finalidades o metas hacia las cuales se dirigen esos objetos. Las explicaciones teleológicas son sobresalientes en el trabajo de Aristóteles y muy comunes en las perspectivas religiosas y metafísicas sobre el mundo, pero raras dentro de la filosofía secular contemporánea. La relevancia de este concepto para la filosofía del derecho es que las explicaciones teleológicas son posiblemente muy familiares para los diversos enfoques sobre la moral y el derecho que se etiquetan bajo el nombre de “teoría del derecho natural”. Algunos teóricos del derecho natural construyen sistemas morales a partir de la naturaleza humana, los cuales algunas veces son enunciados en términos del ideal que los seres humanos naturalmente tienden a alcanzar. Otras teorías del derecho natural sostienen que el derecho se puede entender de mejor manera si se piensa en términos del ideal político o moral (justicia o alguna otra noción relacionada) que los sistemas jurídicos (o las personas que lo crean o lo mantienen) pretenden alcanzar.

Véase teoría del derecho natural

teorema de Arrow También conocido como “paradoja de Arrow” o “teoría de la imposibilidad”, es un principio fundamental de la teoría de la elección social que demuestra que regularmente no existen mecanismos racionales para sumar preferencias individuales y obtener como resultado una elección social. Más técnicamente, se puede de-

mostrar que, para una determinada elección entre tres o más opciones, hay cinco condiciones, aparentemente razonables e intuitivas, que no pueden ser cumplidas simultáneamente en muchas situaciones: (1) racionalidad mínima (transitividad) —si la sociedad prefiere el resultado A frente al resultado B, y el resultado B frente al C, entonces la sociedad prefiere A frente a C—; (2) óptimo de Pareto —si al menos una persona prefiere A frente a B, y cualquiera otra está de acuerdo con ello o le es indiferente, entonces la sociedad prefiere A frente a B—; (3) ausencia de dictadura —las preferencias de la sociedad no deben ser identificadas sencillamente con las preferencias de una sola persona—; (4) la independencia de las alternativas irrelevantes —si la opción C no está siendo considerada, entonces que se prefiera A frente a B no debería depender de cómo alguna de ellas quedaría frente a C—, y (5) dominio irrestricto —que no haya restricciones en cuanto a la manera en que los votantes pueden jerarquizar individualmente las opciones disponibles—.

A pesar de que la prueba es relativamente complicada, los ejemplos son comunes. Considérese tres votantes: el votante 1 prefiere A frente a B y B frente a C; el votante 2 prefiere B frente a C y C frente a A; el votante 3, por último, prefiere C frente a A y A frente a B. Entre estos tres votantes, una mayoría preferiría A frente a B, aunque *también* hay una mayoría de B frente a C, *así como* una de C frente a A. Colectivamente, la transitividad no funciona (esto es, aunque el grupo colectivamente prefiera A frente a B y B frente a C, *no* prefiere sin embargo A frente a C) y se pueden dar resultados incongruentes dependiendo del orden en el cual las alternativas son jerarquizadas por los votantes.

Este teorema puede ser considerado como una generalización o una mejora de la paradoja de votación de Condorcet, la cual fuera publicada doscientos años atrás, aunque en ese entonces no adquirió mucha notoriedad.

El teorema de Arrow ha reconfigurado algunos aspectos de la teoría política y de la economía debido a sus implicaciones tanto para la predicción de lo que los funcionarios harán como para la economía de bienestar —al discutir lo que *debería* hacerse, en términos de maximizar el bienestar, según las preferencias de las personas—. El teore-

ma suscita algunas cuestiones con respecto a si se puede o no hablar fructíferamente en términos de una versión social o colectiva, o una agregación, de curvas individuales de utilidad o funciones de preferencia.

Véase paradoja de votación de Condorcet; teoría de la elección pública; teoría de la elección social

teorema de Coase El término se refiere a una parte del argumento presentado en el artículo de Ronald Coase (1910-) “The Problem of Social Cost”, el cual, a decir de muchos, fue esencial para el movimiento contemporáneo del análisis económico del derecho. Coase cuestionaba la justificación de la economía de bienestar para la regulación estatal (el objetivo particular de Coase era la obra *La economía del bienestar* (4a. ed., 1932) de Arthur Cecil Pigou). Algunos economistas han sostenido que los negocios que imponen costes a terceras partes (“externalidades”), a través de la contaminación u otras molestias, deberían ser obligadas a “internalizar sus externalidades”, ya sea a través de una responsabilidad civil o una sanción estatal, ya que de otra manera estarían recibiendo una especie de subsidio que conduciría a una distribución ineficiente de bienes y servicios. Coase argumentó que esta perspectiva estaba basada en una serie de malentendidos. Lo que hoy se conoce como el teorema de Coase es, de hecho, un paso intermedio en el análisis del artículo: que en un mundo sin coste de transacción la distribución de los derechos legales (p. ej. contaminar o prevenir la contaminación) no importaría, puesto que la parte que valorara más ese derecho siempre podría comprárselo a la parte que lo valorara menos, en caso de que la parte que lo valorara más no lo tuviera en un inicio.

De ese modo, si las vías del ferrocarril generan chispas que pueden dañar los sembradíos aledaños, el análisis convencional revelaría que el monto del daño causado dependería de si la compañía ferroviaria tenía derecho a causar chispas con impunidad, o bien de si los granjeros tenían el derecho a solicitar la suspensión de esa actividad, o al menos a obtener una compensación por el daño ocasionado. Coase

señaló que la distribución inicial de derechos no es el objetivo apropiado, ya que a pesar de que la ley lleva a cabo una distribución inicial de derechos, tales derechos pueden y serán redistribuidos a través de transacciones voluntarias (“de mercado”) hasta que los derechos terminen en manos de las partes que los valoran más. Por ejemplo, si los granjeros comienzan con el derecho a una indemnización debido a los daños causados por las chispas, pero el derecho a causar chispas es más valioso para la compañía ferroviaria que el derecho a no ser dañado para los granjeros, la compañía deberá pagar a los granjeros por ese derecho.

Una conclusión posterior del mismo análisis en el artículo de Coase es que en el mundo real, en donde *existe* un coste de transacción predominante, la distribución inicial de derechos legales *sí* importa, ya que el alto coste de transacción puede impedir que la parte que valora más un derecho se lo compre a la parte que lo valora menos.

La lección que obtuvieron los teóricos del análisis económico del derecho a partir de Coase fue que, con frecuencia, gran parte del derecho resultaba ser irrelevante para el análisis, en cuanto a lo que concierne a la eficiencia, dado que las partes podían contratar al margen del régimen jurídico existente. Otra conclusión que han sacado algunos autores, un tanto diferente, es que los legisladores deberían ocuparse de reducir los costes de transacción siempre que sea posible. Muchos de los trabajos posteriores en el análisis económico del derecho han centrado su estudio relativo a las normas jurídicas (alternativas) sobre la consideración del efecto que éstas tienen o tendrían sobre el coste de transacción.

Véase análisis económico del derecho; causalidad; coste de transacción; externalidades; falla de mercado

teorema del jurado de Condorcet Teoría sustentada por Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, el Marqués de Condorcet (1743-1794), la cual afirma que si cada votante de un jurado en lo individual tiene más del 50% de probabilidad de estar en lo correcto, entonces a mayor número de votantes mayor oportunidad de que la decisión colecti-

va (de la mayoría) sea correcta. Este teorema tiene implicaciones no sólo para los jurados, sino también para la teoría democrática. El reconocimiento total de la importancia de este argumento no se dio sino hasta después de más de 150 años de que fue publicado, pero se ha convertido en parte central para las discusiones dentro de la teoría de la elección social.

Véase teoría de la elección pública; teoría de la elección social

teoría coherentista En la filosofía, algunos autores han defendido las teorías de la verdad por coherencia (en oposición a las teorías de la verdad por correspondencia). Las teorías coherentistas ponen a prueba las proposiciones al contrastarlas con otras proposiciones ya aceptadas, en vez de contrastarlas con axiomas fundamentales. En la teoría del derecho, las teorías coherentistas desempeñan un papel en algunos tópicos, como en la naturaleza de la “verdad” de las proposiciones jurídicas y en el trabajo de Ronald Dworkin (1931-). El enfoque interpretativo del derecho presentado por Dworkin no es, estrictamente hablando, una teoría coherentista del derecho, aunque algunos aspectos de su teoría parecen aproximarse a una posición coherentista. En el enfoque interpretativo de Dworkin en relación con el derecho (p. ej. *El imperio de la justicia* (1986)), la determinación de lo que el derecho es (qué es lo que el derecho exige en cierto tema) está determinado por la interpretación constructiva de las acciones de los oficiales en el pasado. El “ajuste” de una proposición jurídica con respecto a otras acciones de los oficiales en el pasado desempeña un papel para determinar si la proposición jurídica en cuestión es verdadera o no, aunque el “ajuste” por sí solo no es concluyente. Además, en el argumento sobre la “integridad” (en el mismo texto) Dworkin subraya la importancia de la comunidad “que habla con una sola voz” a través sus leyes.

Actualmente los autores debaten acerca de si una comprensión apropiada del razonamiento jurídico, la interpretación jurídica y el razonamiento del *Common Law*, requiere hacer referencia a las teorías coherentistas. Los que ven un papel de la teoría coherentista casi

siempre conciben al razonamiento jurídico (especialmente el razonamiento del *Common Law*) como un esfuerzo permanente del derecho por “purificarse” —para crear una explicación y una justificación cada vez más clara, más consistente y quizá moralmente más atractiva del conjunto de normas jurídicas existentes—.

Un problema con los argumentos coherentistas (en cuanto a la naturaleza de la verdad, la naturaleza del derecho, el razonamiento jurídico o la interpretación jurídica) es que no existe un acuerdo en la manera de entender “coherencia”. Hay un sentido intuitivo de que es algo más fuerte (o más “fundado”) que la mera consistencia, pero ese “algo más” ha sido, notoriamente, difícil de explicar.

Véase ajuste; *Common Law*; integridad; interpretación constructiva; precedente; razonamiento jurídico; teoría de la verdad por correspondencia

teoría constitucional Es el campo teórico concerniente a la adecuada interpretación y aplicación de la(s) ley(es) fundamental(es) de un país. En los Estados Unidos, debido a la fuerte doctrina del *judicial review* (la capacidad que tienen los tribunales para invalidar leyes, que hasta ese momento son válidas, con base en los conflictos suscitados entre dichas leyes y las disposiciones constitucionales) y a la tendencia de la mayoría de las cuestiones políticas de convertirse eventualmente en disputas constitucionales, el derecho constitucional es de cardinal importancia —y, por ende, también lo es la teoría constitucional—. Si bien normalmente las teorías constitucionales se basan en el texto y en los antecedentes de la redacción de las leyes particulares fundamentales y en la cultura e historia jurídica del país, tales teorías tocan regularmente cuestiones teóricas más generales (p. ej. principios básicos de interpretación y la adecuada comprensión de principios morales mencionados en la Constitución). Muchas de las cuestiones importantes dentro de la teoría constitucional son de teoría política aplicada: por ejemplo, la adecuada relación entre las diferentes ramas de gobierno, qué limitaciones debería haber sobre la regla mayoritaria, qué dere-

chos (si es que alguno) deberían ser protegidos por las disposiciones constitucionales, y así sucesivamente.

Véase adjudicación, teorías de la; dificultad contramayoritaria; Ely, John Hart

teoría crítica desde el punto de vista racial Es un enfoque crítico hacia el derecho y a la sociedad que se centra en la desigualdad de trato que reciben distintos grupos raciales y étnicos, y que se construye desde las diferentes perspectivas y experiencias de los miembros de esos grupos. Los teóricos críticos desde el punto de vista racial han aplicado sus ideas a una gran variedad de tópicos, concentrándose en temas como la discriminación, el racismo inconsciente, la acción afirmativa (discriminación positiva) y el discurso de odio, en los cuales subrayan la manera en que experimentan su raza y etnicidad.

Debido a que el foco de esta teoría se centra sobre las diversas experiencias y perspectivas de las minorías raciales y étnicas, era quizá predecible que ella conduciría a una lista cada vez más amplia de categorías de investigación que se definen más específicamente en términos de las experiencias de grupos o subgrupos raciales y étnicos particulares, tales como la “teoría crítica desde el punto de vista latino” (también conocida como teoría “LatCrit”), los “estudios chicanos”, la “teoría crítica desde el punto de vista asiático” y otros semejantes (junto con algunas combinaciones como el “feminismo crítico desde el punto de vista racial”). Si bien es posible extraer puntos generales respecto a la construcción social de varios aspectos de las vidas de las personas —ya sea cuestionando la neutralidad u objetividad de la versión de la realidad presentada por grupos poderosos o mayoritarios, o bien la relación entre la opresión y el conocimiento— la mayoría de los teóricos de estos movimientos tienden a centrarse en lo más particular, es decir, la conexión entre las experiencias y daños a *este* grupo y ciertas observaciones sobre la regulación jurídica y social (aunque el objetivo de este enfoque usualmente se centra en la experiencia de un determinado grupo dentro de un país, hay algunos esfuerzos por ex-

traer lecciones más amplias para las personas oprimidas en todas partes).

Véase acción afirmativa; construcción social; derecho y narración; discriminación; discurso de odio; esencialismo; política de identidad; racismo inconsciente; raza; teoría *queer*

teoría crítica latina *Véase* teoría crítica desde el punto de vista racial

teoría de juegos La teoría de juegos es una rama o variante de la teoría de la elección racional que analiza las elecciones y las acciones de actores que saben que sus decisiones afectan a otros. En tales circunstancias, las decisiones son interactivas y “estratégicas” (a pesar de que algunos aspectos de la teoría de juegos son anteriores a su surgimiento, el desarrollo de esta teoría usualmente se atribuye a John von Neumann (1903-1957) y Oskar Morgenstern (1902-1977), en particular por su libro de 1944, *The Theory of Games and Economic Behavior*).

Para los propósitos de la filosofía del derecho, la teoría de juegos es importante porque ha proporcionado a los teóricos una alternativa de análisis para las cuestiones jurídicas y políticas frente a aquella ofrecida por la teoría económica clásica. Además, algunas teorías políticas, morales o sobre la justicia (p. ej. la de David Gauthier (1932-)) están fundadas en análisis de este tipo.

La teoría de juegos también ha sido aplicada a cuestiones de derecho y de política al tratar de usar la idea de “comportamiento estratégico” para analizar los efectos de las normas jurídicas vigentes y para determinar cómo algunas formas alternativas de regulación, jurídicas o no jurídicas, podrían lograr de mejor manera los fines sociales.

Véase comportamiento estratégico; dilema del prisionero; equilibrio; equilibrio de Nash; indicador; monopolio bilateral; polizón; teoría de la decisión; teoría de la elección social

teoría de la decisión Es una forma de análisis, por lo general más ideal o prescriptiva que descriptiva, relacionada con el proceso de to-

ma de decisiones de personas (o instituciones particulares) frente a una situación de incertidumbre y/o conocimiento deficiente. La teoría de la decisión es contrastada comúnmente con la teoría de juegos, en tanto que esta última implica tipos de decisiones similares, *pero* en un contexto donde las personas que toman decisiones interactúan con otros actores que regularmente enfrentan situaciones semejantes.

Véase teoría de juegos

teoría de la elección (de los derechos) *Véase* teoría de la voluntad (de los derechos)

teoría de la elección pública La teoría de la elección pública es la aplicación de la teoría de la elección racional (el enfoque básico, y la asunción elemental, del análisis económico) al comportamiento de las personas que participan en los negocios públicos, como votantes, funcionarios públicos y burócratas. Más precisamente, la teoría se construye sobre el punto de vista de que los funcionarios públicos, al igual que la gente de negocios, deberían ser considerados por lo general como si pretendieran favorecer sus propios intereses (lo cual podría incluir, para los políticos, ser reelectos, obtener más poder, prestigio o contribuciones de campaña; y para los jueces, que sus decisiones no sean impugnadas para su revisión y ser designados para tener un cargo en un tribunal superior).

La elección pública no afirma que los funcionarios públicos nunca actúen desinteresadamente para promover el bienestar común (así como los economistas tampoco niegan que la gente de negocios a veces actúe de esa forma), sino sólo que tales acciones, por lo general, serán escasas en comparación con las acciones dirigidas por el interés personal de los funcionarios.

Algunos teóricos han tratado de impulsar, con base en la teoría de la elección pública, ciertos cambios relacionados con la manera de concebir el derecho y ponerlo en práctica: p. ej. que la legislación debería ser pensada en términos de “negociaciones” entre los diversos grupos

de poder; y que los jueces, al interpretar la legislación, están procurando que esas negociaciones se cumplan.

La teoría de la elección pública se remonta al trabajo de matemáticos anteriores como Mari Jean Antoine Nicolas de Caritat, el Marqués de Condorcet (1743-1794), quien descubrió ciertas paradojas relativas a las votaciones (en un sentido amplio, la elección pública puede encontrarse también en la perspectiva de los gobernantes ofrecida por Nicolás Maquiavelo (1469-1527) en *El príncipe* (1513)). Algunos textos importantes de elección pública moderna son *The Theory of Committees and Elections* (1958), de Duncan Black (1908-), y *El cálculo del consenso* (1962), de Gordon Tullock (1922-) y James M. Buchanan Jr. (1919-). Finalmente, cuando la elección pública se concentra sobre el análisis de una votación, tiende a coincidir con la teoría de la elección social.

Algunos autores emplean la denominación “teoría política positiva” para referirse a un género de teorías relacionadas con la teoría de la elección pública; sin embargo, debido a que el uso de la “teoría política positiva” varía considerablemente (y a que la teoría de la elección pública también tiene sus propias variaciones), es difícil establecer con exactitud esta relación. Por lo general, la “teoría política positiva” parece asumir (la mayoría de las veces) una clásica perspectiva de actor racional hacia la acción política, concentrarse más en el papel de las instituciones, y no siempre contemplar las preferencias motivadas por el interés propio.

Véase captura de rentas; derecho y economía; paradoja de votación de Condorcet; teorema de Arrow; teorema del jurado de Condorcet; teoría de la elección social

teoría de la elección racional Es una forma de análisis que algunas veces se considera coincide más o menos con el análisis económico tradicional (“neoclásico” o de la “escuela de Chicago”), y se estima ser un subcampo de estudio en economía, en el cual la conducta individual es configurada y analizada bajo la asunción de que las personas toman elecciones “racionalmente”, esto es, que buscan maximizar la

satisfacción de sus deseos o metas de acuerdo con las circunstancias tal y como ellas las perciben.

Una crítica común a la teoría de la elección racional es que no refleja con precisión la manera en que los humanos toman decisiones (las desviaciones que surgen entre la asunción de “racionalidad” y la toma de decisiones reales, a veces se sintetiza bajo el término “racionalidad limitada”). Una respuesta a lo anterior es que si bien la elección racional se queda corta como descripción, lo mismo sucede en la mayoría de los modelos de conducta humana: la única pregunta es, entonces, en qué medida el modelo de elección racional (1) es exitoso para predecir o explicar la conducta humana, y (2) es *más* exitoso que otros modelos alternativos.

Otro flanco de crítica a las ideas sobre la racionalidad de los economistas, articulado por Amartya Sen (1933-), es que la racionalidad no puede dar cuenta del compromiso personal —ya sea en términos de metas a largo plazo u obligaciones morales— no obstante que tales compromisos son partes integrales de la toma de decisiones de la mayoría de las personas, por un lado, y aspectos importantes del bienestar individual y colectivo a largo plazo, por el otro.

Véase análisis económico del derecho (enfoque conductual); normas sociales; racionalidad; racionalidad limitada

teoría de la elección social La teoría de la elección social se interesa por la manera en que las decisiones individuales pueden (o no) ser sumadas para alcanzar elecciones sociales; en otras palabras, es un análisis sobre ciertas características formales de la toma de decisión colectiva, como la votación (aunque sin limitarse a ésta). Si bien algunos aspectos de la teoría de la elección social se pueden encontrar en las obras del Marqués de Condorcet (1743-1794) y de Jeremy Bentham (1748-1832), entre otros, actualmente se piensa que la moderna teoría de la elección social fue inaugurada por el libro *Social Choice and Individual Values* (1951), de Kenneth Arrow (1921-), texto en el que fue presentada la idea más conocida de la teoría de la elección social: el teorema de la imposibilidad de Arrow.

El teorema de la imposibilidad demuestra la conclusión paradójica de que es imposible crear un sistema de votación grupal que genere un conjunto consistente de preferencias a partir de las preferencias individuales de los votantes del grupo. Si bien los análisis de la elección social de este tipo suscitan cuestiones acerca de la racionalidad o la arbitrariedad de la toma de decisión colectiva, la teoría de la elección social no debería confundirse con la perspectiva más escéptica de la toma de decisión institucional encontrada en la teoría de la elección pública (que se apoya no en pruebas lógicas, sino en ciertos supuestos sobre la motivación humana).

Algunos autores comprenden la “teoría de la elección social” más ampliamente, de tal modo que en ella incluyen todas las cuestiones sobre la acción racional de individuos al interior de un grupo —sin descartar, así, muchos conceptos que normalmente están asociados con la teoría de juegos (p. ej. problemas de coordinación, dilema del prisionero, problemas del polizón, etcétera)—.

Véase paradoja de votación de Condorcet; teorema de Arrow; teorema del jurado de Condorcet; teoría de juegos; teoría de la elección pública

teoría de la verdad por correspondencia Es la teoría según la cual una proposición es verdadera si concuerda con los hechos —o, formulada más ampliamente, si corresponde con la realidad—. A pesar de que este punto de vista podría parecer obviamente correcto y de sentido común, la teoría filosófica moderna ha ofrecido explicaciones alternativas sobre la verdad: p. ej. la teoría coherentista y la teoría pragmática de la verdad. Las reacciones escépticas frente a las teorías de correspondencia provienen usualmente de ciertas dudas sobre si tenemos acceso directo a los “hechos” o a “la forma en que las cosas realmente son”, más allá de nuestras creencias. La cuestión de aplicar o no una teoría de correspondencia cuando se habla sobre la verdad de proposiciones jurídicas tiene un fundamento ligeramente distinto, puesto que no está claro a qué corresponde supuestamente la verdad de que “X es culpable” o “existió un contrato válido entre A y B”.

Esta interrogante ha llevado a algunos autores a una teoría predictiva del derecho (en donde las proposiciones jurídicas son verdaderas si predicen correctamente lo que un tribunal dirá sobre el asunto), mientras que a otros los ha dirigido a una teoría coherentista e incluso a posiciones realistas en un sentido metafísico.

Véase pragmatismo; realismo; teoría coherentista; teoría predictiva de derecho

teoría de la voluntad (de los derechos) Un enfoque hacia la naturaleza de los derechos jurídicos que se centra en el poder de elección del portador del derecho, y el control que dicho portador tiene sobre la persona en quien recae el deber correlativo. H. L. A. Hart (1907-1992), uno de los defensores más prominentes de la teoría de la voluntad (*Essays on Bentham* (1982)), se refirió a los portadores de derechos como “soberanos a pequeña escala”. Así, el portador de derecho tiene el poder de dispensar el deber en cuestión y también el poder de hacer cumplir o no el derecho una vez que el deber ha sido violado/incumplido (la teoría de la voluntad puede ser remontada cuando menos hasta Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Algunos autores ubican a la teoría de la voluntad moderna más anteriormente, en el trabajo de Immanuel Kant (1724-1861), en particular en *La metafísica de las costumbres* (1797).

Mientras la teoría de la voluntad tiene la ventaja de subrayar lo que para unos es una característica importante y distintiva de (la mayoría) de los derechos, tiene la desventaja de excluir de los “derechos” (o “derechos en su sentido más amplio”) a los derechos inalienables y los derechos de inmunidad (incluyendo muchos de los derechos de fundamento constitucional que algunos considerarían como el ejemplo paradigmático de derechos jurídicos), así como también a la atribución de derechos a los animales, objetos inanimados, o seres humanos que son física o legalmente incapaces de elección significativa.

La teoría sobre la naturaleza de los derechos usualmente antagónica es la “teoría del interés”, la cual compara a los derechos con la calidad de beneficiario de un deber jurídico impuesto a otra persona.

Véase Austin, John; derechos; derechos de los animales; derechos legales; Kant, Immanuel; Savigny, Friedrich Carl von; teoría del interés

teoría del beneficio (de los derechos) *Véase* teoría del interés (de los derechos)

teoría del derecho como mandato Las teorías del mandato identifican el derecho con los mandatos de un soberano. El ejemplo más notable es la obra de John Austin (1790-1859), aunque la perspectiva de Jeremy Bentham (1748-1832) sobre el derecho también podría encuadrar en esta categoría.

La fortaleza de las teorías del mandato radica en que capturan los aspectos coercitivos del derecho y la importancia del poder del Estado. Su debilidad se halla en el problema de toda teoría que intente reducir la variedad de la experiencia jurídica a una sola categoría, cualquiera que ésta sea. Las teorías del mandato no sólo tienen dificultades para explicar las normas que confieren poderes, sino que además tienen dificultades al explicar la estructura básica del propio sistema jurídico —las normas que constituyen las funciones y las instituciones del sistema, y la garantía de que dicho sistema tendrá continuidad en el tiempo—.

Véase Austin, John; Bentham, Jeremy

teoría del derecho natural La teoría del derecho natural es un modo sistemático de pensar acerca de las conexiones entre el orden cósmico, la moral y el derecho. Este enfoque ha estado presente, de una manera u otra, durante miles de años. Diferentes teorías del derecho natural pueden tener objetivos bastante disímiles: p. ej. el ofrecer generalmente tesis sobre la acción y elección correctas (moral, teoría moral); el ofrecer tesis acerca de cómo se puede arribar al conocimiento moral correcto (epistemología, meta-teoría moral), y el ofrecer tesis acerca de la comprensión apropiada del derecho y de las instituciones jurídicas (teoría del derecho). Además, el derecho natural ocupa un lugar

central en el desarrollo de la teoría política moderna (refiriéndose a la función y los límites del gobierno, y también a los derechos naturales) y del derecho internacional.

Pueden encontrarse aspectos importantes del enfoque de derecho natural en Platón (c. 429-347 a. C.), Aristóteles (384-322 a. C.) y Cicerón (106-43 a. C.); mientras que Tomás de Aquino (1224-1274) le dio forma sistemática al mismo. Podría también considerarse que una primera versión del pensamiento del derecho natural deriva en parte del *ius gentium* (“derecho de gentes”) del antiguo derecho romano (mencionado por Gayo, *Instituciones* 1.1), el cual se creía que derivaba de principios generales de la razón, y que por lo tanto era legítimamente aplicable a los negocios de romanos con extranjeros (aunque Gayo distinguía el *ius gentium* del “derecho natural”, *ius naturale* (*Instituciones* 2.65)).

En la época medieval y a lo largo del Renacimiento, con el trabajo de escritores como Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grocio (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704) y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), las teorías del derecho natural y de los derechos naturales formaron parte integral del pensamiento teológico, moral, jurídico y político. El papel que el derecho natural ha desempeñado en amplios debates religiosos, morales y políticos ha variado considerablemente. Algunas veces ha sido identificado con una religión establecida en particular, o con el *statu quo* en general, mientras en otras ocasiones ha sido empleada como apoyo por aquellos que están a favor de un cambio radical. De manera similar, a veces los que escriben en la tradición del derecho natural han parecido estar más preocupados con la pregunta de carácter individual, ¿cómo vivir una vida buena (“moral”, “virtuosa”)?; en otras ocasiones, la preocupación ha sido más amplia —social o internacional—: ¿bajo qué normas podemos convivir, dados nuestros diferentes valores e ideas acerca del bien?

Algunos de los teóricos modernos del derecho que se identifican a sí mismos con la tradición del derecho natural parecen tener objetivos y apreciaciones notablemente diferentes de aquellos clásicamente asociados con el derecho natural, la mayoría de los cuales fueron princi-

palmente teóricos morales o políticos, puesto que se plantean la pregunta: ¿cómo actúa uno moralmente? o, más específicamente, ¿cuáles son las obligaciones morales que uno tiene *como* ciudadano o como autoridad del Estado? y ¿cuáles son los límites de la acción gubernamental legítima (esto es, moral)? Por el contrario, algunos teóricos modernos que trabajan dentro de la tradición son teóricos jurídicos o sociales en un sentido estricto. De hecho, gran parte de la teoría moderna del derecho natural se ha desarrollado a partir de una reacción frente al positivismo jurídico, un enfoque alternativo para crear teoría del derecho. Puede considerarse que los dos distintos tipos de derecho natural —el derecho natural como teoría política/moral y el derecho natural como teoría jurídica/social— están conectados en un nivel básico: ambos ejemplifican una perspectiva del derecho (civil) que no sólo gobierna, sino que también es gobernada.

Muchos de los teóricos jurídicos modernos que se identifican (o se autoproclaman) como “teóricos del derecho natural” trabajan dentro de la tradición establecida por el trabajo de Tomás de Aquino (el ejemplo más prominente es quizá John Finnis (1940-)). Sin embargo, existen también teóricos identificados en varios niveles con el “derecho natural” que ofrecen a su vez enfoques bastante diferentes: p. ej. la teoría del “derecho natural procedimental” de Lon Fuller (1902-1978) y la “teoría interpretativa” de Ronald Dworkin (1931-).

Véase Aristóteles; Cicerón; derecho natural, contenido mínimo de; Fuller, Lon L.; Grocio, Hugo; Hart, H. L. A.; *lex iniusta non est lex*; Locke, John; naturaleza humana; positivismo jurídico; Pufendorf, Samuel; Radbruch, Gustav; Stammler, Rudolf; Suárez, Francisco; teleología; Tomás de Aquino; voluntarismo

teoría del interés (de los derechos) Es el punto de vista (en ocasiones también conocido como la “teoría del beneficio”) de que los “derechos” son entendidos de mejor manera como intereses lo suficientemente importantes para ser protegidos jurídica o moralmente. La teoría del interés, defendida por Jeremy Bentham (1748-1832) y Neil MacCormick (1941-), entre muchos otros, ha sido considerada frecuente-

mente como una alternativa a la “teoría de la voluntad”, en tanto teoría conceptual de los derechos (la teoría del interés también fue planteada en la Europa continental por Rudolph von Jhering (1818-1892).

Entre los argumentos *a favor* de la teoría del interés está el hecho de que hace un mejor trabajo para explicar el amplio abanico de derechos (en el uso jurídico y común) que la teoría de la voluntad, pues esta última tiende a excluir o a degradar los derechos inalienables, o los derechos otorgados a los niños o a otras personas legalmente incompetentes para tomar decisiones por sí mismas.

Entre los argumentos planteados *en contra* de la teoría del interés está el hecho de que tiende a reducir los derechos a meras sombras de los deberes, y que indiscutiblemente es menos competente que la teoría de la voluntad para aclarar lo que es *distintivo* de los derechos.

Véase Bentham, Jeremy; derechos; derechos de los animales; derechos legales; Hart, H. L. A.; Jhering, Rudolf von; teoría de la voluntad (de los derechos)

teoría expresiva de la pena *Véase* pena

teoría feminista del derecho Es un esfuerzo por introducir las ideas de la teoría feminista a las discusiones sobre la naturaleza del derecho y la necesidad de la reforma jurídica. Existen diversas variantes de la teoría feminista del derecho, pero la mayoría de ellas se centra en la naturaleza supuestamente patriarcal de la doctrina jurídica o de la aplicación del derecho —esto es, la manera en que el derecho presuntamente favorece los intereses de hombres sobre los de las mujeres y funciona para mantener una estructura jerárquica en la cual los hombres tienen más poder que las mujeres—.

Una división inicial dentro de la teoría feminista del derecho fue la que se dio entre el feminismo de la “igualdad” y el feminismo de la “diferencia”. Se trataba de dos maneras de analizar el trato distinto de los hombres y las mujeres dentro del derecho (y dentro de la sociedad), que conducían a recomendaciones un tanto diferentes para la reforma del derecho (y de la sociedad). Las feministas de la igualdad creen que

habrá justicia en el trato de los sexos cuando las mujeres sean tratadas de la misma manera que los hombres, en el sentido de tener un tratamiento idéntico. El feminismo de igualdad está detrás de la idea de “a igual trabajo, igual salario” y (más polémicamente) de los movimientos para deshacerse de disposiciones que parecen conceder un trato favorable a las mujeres (muchas feministas argumentan que las disposiciones que pretenden darle trato favorable a las mujeres frecuentemente actúan en contra de los intereses de las mujeres, al reforzar los estereotipos de las debilidades de las mujeres o de que su lugar es primordialmente el hogar, o haciendo más difícil o más caro contratar trabajadoras).

Las feministas de la diferencia argumentan que tratar a los hombres y las mujeres “por igual” requiere considerar los aspectos en los cuales los hombres y las mujeres son diferentes. Recibir un trato idéntico o someterse a los mismos criterios resulta inapropiado, señalan, porque esto usualmente implica pedir a las mujeres que cumplan criterios masculinos (como se puede notar en los requisitos de altura o fuerza) o en cierto sentido “ser como un hombre” (p. ej. el estar dispuestas a trabajar por largas horas mientras se deja el cuidado de los niños a otros). El contraste entre las feministas de la igualdad y las de la diferencia es quizá más notorio en debates sobre las licencias por maternidad y en los actos de discriminación por embarazo.

El feminismo cultural (también conocido como “feminismo relacional”) subraya la importancia del cuidado y del mantenimiento de las relaciones como partes esenciales del análisis moral, en lugar de partir únicamente de los derechos individuales y la autonomía. Esta aproximación deriva, en gran parte, del trabajo de Carol Gilligan (en particular, *La moral y la teoría: psicología del desarrollo femenino* (1982)), en el cual argumenta que las mujeres tienden a pensar de una manera moralmente distinta a la de los hombres —y que este enfoque es al menos igual de importante y valioso que los planteamientos más tradicionales (centrados en los derechos o la justicia) sobre el pensamiento moral—. El feminismo cultural sostiene que actualmente el derecho refleja una perspectiva particularmente masculina de lo que es importante y de lo que ha de ser considerado como daño, y que debería ser

reformado para incluir los valores femeninos del cuidado y de la protección de las relaciones.

El enfoque característico de Catherine MacKinnon (1946-) hacia el feminismo ha sido denominado a veces como “feminismo de dominación”. Esta posición consiste en rechazar el feminismo de la igualdad, el feminismo de la diferencia y el feminismo cultural. El argumento sostiene que la moderna sociedad occidental ha generado una opresión generalizada de las mujeres por los hombres, y que combatir esta dominación debe ser el objetivo central del feminismo. De acuerdo con este planteamiento, el feminismo de la igualdad está equivocado porque legitima requerir a las mujeres que cumplan con estándares masculinos. Según MacKinnon, el feminismo de la diferencia también comete el error, en cierta medida, de legitimar un estándar masculino de comparación (si las mujeres son “diferentes”, lo son en función de un estándar masculino); y el feminismo cultural también está equivocado en el hecho de que confunde la “auténtica naturaleza” de las mujeres con las consecuencias de un largo periodo de opresión. Desde el punto de vista de MacKinnon, la “voz diferente” de las mujeres (valores diferentes y aproximaciones diferentes al razonamiento moral) es vista no como inherente o intrínsecamente valiosa, sino más bien como el resultado de la dominación —una adaptación al estado de subyugación (semejante a la discusión de Friedrich Nietzsche (1844-1900) sobre la “moral del esclavo” y a los argumentos marxistas sobre la “falsa conciencia”)—.

También es posible encontrar otras variantes de la teoría feminista del derecho que pretenden combinar dicha teoría con las perspectivas o propuestas de diferentes escuelas del pensamiento: p. ej. la “teoría posmoderna del feminismo jurídico” y la “teoría crítica feminista desde el punto de vista racial”, aunque a veces hay tensiones internas surgidas de estas combinaciones (p. ej. el rechazo posmoderno del “esencialismo” y de la “gran teoría” pueden estar en tensión con mucho de lo que han sostenido las teóricas feministas del derecho).

Véase discriminación; esencialismo; género frente a sexo; patriarcaldo; pornografía; posmodernidad

teoría interpretativa del derecho Enfoque hacia la teoría jurídica y la naturaleza del derecho relacionado con Ronald Dworkin (1931-), en particular con sus últimos escritos de filosofía del derecho (especialmente *El imperio de la justicia* (1986)). Bajo este enfoque, tanto el entendimiento de la naturaleza del derecho como la determinación de lo que el derecho exige en un sistema jurídico particular sobre determinado problema, involucra una interpretación constructiva. La interpretación constructiva es una reflexión sobre las prácticas anteriores y su (re-)interpretación a la luz de sus propósitos. Para Dworkin, el propósito del derecho es la justificación o la limitación de la coerción estatal, y un factor adicional es que la comunidad debería ser vista, en sus leyes, como si estuviera hablando con una sola y autorizada voz (lo que Dworkin llama el valor de la “integridad”). Uno determina lo que el derecho exige al ofrecer teorías que se ajustan adecuadamente con las acciones pasadas de los oficiales, y al escoger aquella que es moralmente la mejor.

La teoría de Dworkin fue desarrollada como respuesta y crítica a la teoría positivista del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992); es una “teoría del derecho natural” (término que Dworkin rara vez adoptó para su propio trabajo) en el sentido amplio de que afirma que no existe una separación conceptual entre lo que el derecho es y lo que debería ser; en vez de ello, Dworkin plantea que la evaluación moral es una parte integral del proceso para determinar lo que el derecho exige.

Una de las ventajas de la teoría interpretativa del derecho es que parece explicar de mejor manera por qué y cómo puede haber numerosos desacuerdos en la práctica corriente del derecho (lo cual para teorías más convencionales resulta difícil explicar); otra ventaja es que explica por qué los jueces y abogados hablan a menudo como si hubiera “respuestas correctas” aun en los casos difíciles. Entre sus desventajas figura el hecho de que posiblemente subestima el papel de la autoridad en el concepto de derecho, y que parece confundir una teoría de la adjudicación con una teoría sobre la naturaleza del derecho.

Véase ajuste; integridad; interpretación constructiva; teoría del derecho natural

teoría política positiva *Véase* teoría de la elección pública

teoría práctica de las reglas *Véase* reglas, teoría práctica de las

teoría predictiva Se constituye por los comentarios de los realistas jurídicos norteamericanos y escandinavos esparcidos en sus trabajos (p. ej. en “La senda del derecho” (1897) de O. W. Holmes Jr. (1841-1935) y algunas obras de Alf Ross (1899-1979)), los cuales sugieren una equivalencia de “lo que el derecho es” con una predicción de cómo decidirán los jueces en casos futuros. Tales enfoques son valiosos como un correctivo para aquellos teóricos que de otra forma estarían inclinados a una perspectiva demasiado abstracta o metafísica del derecho, además de que pueden ofrecer buenos consejos para la orientación jurídica respecto de lo que al cliente más le interesa saber (se puede aludir a la cita de Holmes que se da en el contexto del “hombre malo”, a quien “le importa mucho evitar que se le obligue a pagar dinero y hará lo posible por no caer en la cárcel”).

Sin embargo, en tanto teorías sobre la naturaleza del derecho, las teorías predictivas tienen debilidades bien conocidas. La más obvia es que no pueden explicar la conducta de los jueces (al menos la de los jueces de los tribunales supremos, los cuales no necesitan temer una revocación en la apelación), de quienes difícilmente se podría decir que estén prediciendo su propia conducta.

Véase Holmes, Oliver Wendell Jr.; hombre malo

teoría pura del derecho Éste es el nombre que dio Hans Kelsen (1881-1973) a su enfoque hacia la teoría del derecho. Por “pura” Kelsen quiso decir que la teoría debería estar, en sus palabras, enfocada “solamente en el derecho”, y no “mezclada”, como lo habían hecho otras teorías del derecho, con “la psicología, biología, ética y teología”. Kelsen quiso separar el análisis del derecho de cuestiones políticas que se

relacionan más con la dirección que toma el derecho que con su naturaleza. Al crear una “ciencia humana” del derecho, Kelsen esperaba lograr los objetivos de toda empresa científica: “objetividad y exactitud” (uno debe tener presente que Kelsen escribe en una tradición alemana en la cual el término “ciencia” (*Wissenschaft*) es empleada de una manera amplia).

En esencia, la teoría pura del derecho de Kelsen es una explicación neokantiana sobre qué se sigue del hecho de que la gente trate los actos de los funcionarios del derecho de modo normativo. El argumento consiste en que ciertos hechos son deducidos, al considerar los hechos de manera normativa —en particular al asumir una premisa normativa fundacional que es el fundamento último de una conclusión normativa—. Por ejemplo, alguien que sostiene que uno no debería hacer algo porque está prohibido por un texto sagrado, está aceptando implícitamente la premisa de que uno debería actuar como lo indica dicho texto sagrado (o que uno debería hacer lo que un ser sobrenatural ha ordenado).

Parece haber algunos límites a la “pureza” de la teoría pura de Kelsen. Su teoría no estaba enteramente desligada de todas las cuestiones empíricas. Por ejemplo, para Kelsen, la existencia de un sistema jurídico (y el cambio de una norma fundante a otra en una revolución) residía en parte en la eficacia del sistema —aunque Kelsen, como otros teóricos del derecho, fueron muy insistentes en cuanto a que no estaban igualando a la validez con la eficacia o el poder—.

Véase análisis neokantiano; Kelsen, Hans; norma fundante

teoría queer* Al igual que el feminismo, la teoría crítica desde el punto de vista racial y algunas de las derivaciones de ambos enfoques, la teoría *queer* del derecho afirma que es útil tratar como categoría a parte o gran parte del trabajo realizado por homosexuales, bisexuales y perso-

* La palabra *queer* hace referencia a la homosexualidad, generalmente en sentido peyorativo. Sin embargo, en las últimas décadas algunas personas y académicos han empleado el vocablo con una intención neutral o incluso positiva [N. de los T.]

nas “transgénero” en relación con el lugar y el trato que reciben estos grupos en el derecho y en la sociedad. La teoría *queer* generalmente se cuida de no ser “esencialista” sobre la sexualidad, y tiende a asumir o a insistir en que la homosexualidad, como un estatus, es, al menos en cierta medida, socialmente construida. Pero al igual que en otros movimientos basados en la identidad, como la teoría crítica desde el punto de vista racial y la teoría feminista del derecho, existe una tensión entre rechazar el “esencialismo” al mismo tiempo que se defiende la “construcción social”, por una parte, y afirmar que los miembros de este grupo (socialmente construido) tienen una perspectiva distinta que ofrecer, por la otra (una posición intermedia consiste en afirmar que la perspectiva distinta de uno proviene no de una naturaleza esencialista distintiva, sino de la experiencia de ser oprimido, discriminado y estereotipado por la sociedad). En general, los teóricos *queer* suelen considerar a casi todas las formas de sexualidad como liberadoras, colocándose por ello en tensión con algunos teóricos del feminismo jurídico, quienes consideran algunas formas de sexualidad como explotadoras o degradantes.

Véase esencialismo; teoría crítica desde el punto de vista racial; teoría feminista del derecho

teorías institucionales del derecho Las teorías del derecho (ejemplificadas por Neil MacCormick (1941-) y Ota Weinberger (1919-), *An Institutional Theory of Law* (1986)) que enfatizan la importancia de las instituciones para la comprensión del derecho. Al menos en el caso de MacCormick y Weinberger, la teoría está relacionada con las ideas del filósofo John Searle (1932-) sobre los “hechos sociales” y las “instituciones sociales” existentes (p. ej. Searle, *The Construction of Social Reality* (1995)), y la anterior distinción de G. E. M. Anscombe (1919-2001) (“On Brute Facts”, *Analysis* (1958)) entre “hechos brutos” y “hechos en el contexto de nuestras instituciones”. Puede considerarse que las teorías institucionales del derecho intentan tomar una posición intermedia en términos de su ontología al discutir el derecho: afirmando

que el derecho no puede ser reducido sencillamente a “hechos brutos” (como las leyes físicas u otras observaciones meramente empíricas), pero negando, por otro lado, un universo normativo más rico en el cual se pudiera decir que las normas jurídicas existen como elementos independientes del mundo. En vez de ello, las normas jurídicas son vistas como productos de la acción social o institucional.

teorías marxistas del derecho El término “marxista” es utilizado para aludir a una extensa categoría de teorías del derecho, puesto que el marxismo contiene en sí mismo una amplia variedad de ideas y doctrinas que se aplican potencialmente a teorías sobre la naturaleza del derecho. Puede haber contrastes, e incluso conflictos, dentro de la categoría. Por ejemplo, algunos historiadores marxistas del derecho asumen la posición marxista tradicional (o “ingenua”) de que el derecho es meramente “superestructural”, un reflejo de la base económica de la sociedad y de los intereses de la clase dominante. Tales historiadores siempre buscan cómo los cambios doctrinales reflejaron los intereses de los propietarios (y fungieron en contra de los intereses de los trabajadores y otros grupos oprimidos). Otros historiadores marxistas del derecho siguen a pensadores marxistas posteriores, como Antonio Gramsci (1891-1937), y ven cómo la modificación de las doctrinas jurídicas ayuda *indirectamente* a la clase dominante al *legitimar* un sistema generalmente opresivo e injusto, aun si no están apoyando directamente los intereses de dicha clase.

Véase base y superestructura; Gramsci, Antonio; legitimación; Marx, Karl; Pashukanis, Evgeny B.

teorías reduccionistas del derecho Las teorías reduccionistas son teorías que retratan a los sistemas jurídicos o a las normas jurídicas como si fueran reducibles básicamente a un tipo de proposición. Ejemplos de teorías reduccionistas incluyen las de John Austin (1790-1859) (el derecho equiparado a órdenes de un soberano) y Hans Kelsen (1881-1973) (las normas jurídicas son reducibles a autorizaciones a los oficiales para imponer sanciones).

Las fortalezas y debilidades de las teorías reduccionistas reflejan las fortalezas y debilidades generales de teorías y modelos simples: por una parte, pueden ofrecer una perspectiva básica; pero, por otro lado, el proceso de simplificación podría involucrar demasiada distorsión (y, por lo tanto, cualquier presunta “perspectiva” no se relaciona efectivamente con el objeto real que es analizado).

H. L. A. Hart (1907-1992) cuestionó el reduccionismo (en particular la forma de reduccionismo planteada en la teoría de John Austin) al desarrollar su propio enfoque hacia la teoría del derecho. Hart enfatizó la multiplicidad de formas y funciones de las normas jurídicas. La propia teoría de Hart señalaba diferentes categorías de normas jurídicas (primarias-secundarias, las que confieren poderes y las que imponen obligaciones) y evitó cualquier reducción del derecho a una forma normativa básica.

Algunas veces el término “reduccionista” es aplicado a la teoría del derecho para referirse a algo bastante diferente: el esfuerzo de “reducir” fenómenos normativos a términos empíricos. En este sentido de reduccionismo, Austin es (de nuevo) un reduccionista, aunque Kelsen definitivamente no lo es (la separación de lo normativo y lo empírico, o la distinción entre “ser” y “deber ser” son centrales para su teoría del derecho).

Véase Austin, John; Hart, H. L. A.; Kelsen, Hans; reglas

tesis de la respuesta correcta Un punto de vista íntimamente asociado con las primeras obras de Ronald Dworkin (1931-) (p. ej. *Los derechos en serio* (1977) y *A Matter of Principle* (1985)), consistente en que todos (o casi todos) los problemas jurídicos tienen una única respuesta correcta. “Respuesta correcta” significa que una respuesta era correcta y existente, incluso antes de que un juez resolviera una disputa.

Mientras la caracterización de Dworkin del argumento fue modificada con el pasar de los años, al igual que su justificación de la tesis (y la centralidad de la tesis para su teoría del derecho), ciertos puntos fueron relativamente constantes: p. ej., el énfasis sobre la práctica de los participantes en un proceso legal (la manera en que los abogados

de ambas partes y el juez hablan —tanto antes como después de que el caso sea decidido—, asumiendo que hay una única respuesta correcta, ya existente, por encontrar).

La noción es controvertida porque entra en conflicto con un punto de vista ampliamente sostenido (apoyado también por una cantidad importante de teóricos del derecho, incluyendo a H. L. A. Hart (1907-1992)), de que en los casos difíciles no hay respuestas correctas.

tesis de la separabilidad Es la referencia a un supuesto principio o dogma del positivismo jurídico consistente en que el derecho y la moral están “separados”. En las lecciones de John Austin (1790-1859) (*The Province of Jurisprudence Determined* (1832)) la tesis era simple: “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra”. Se puede decir que la afirmación de Austin establece simplemente que las cuestiones relativas a la “existencia” o “validez” de una norma jurídica, o a la “existencia” de un sistema jurídico, son asuntos que pueden y deberían determinarse de manera separada a la cuestión de una evaluación moral (o política) de tales normas y sistemas.

Este mismo punto muchas veces es expresado en términos de mantener la distinción entre “lo que el derecho es” y “lo que el derecho debería ser”, aunque esto comienza a mostrar posibles puntos de ambigüedad y controversia. El hecho de que los tribunales interpreten textos jurídicos ambiguos a la luz de los propósitos de la ley, o en el sentido de querer evitar un resultado absurdo o injusto, parece ser un ejemplo de borrar la línea entre “lo que el derecho es” y “lo que el derecho debería ser”, y lo mismo podría decirse con respecto a la legislación judicial del *Common Law*.

En otras ocasiones la tesis de la separabilidad es expresada en términos de que no existe una conexión “necesaria” o “conceptual” entre el derecho y la moral. Este modo de expresar este punto de vista reconoce la evidente indicación de que hay una coincidencia sustancial entre el derecho y la moral —en donde gran parte del derecho penal, el derecho de la responsabilidad civil, el derecho contractual y otras áreas se dedican casi por completo a disuadir la conducta moralmente mala, o bien a fomentar la conducta moralmente buena—. Asi-

mismo, esta manera de expresar la tesis también identifica una probable diferencia entre el positivismo jurídico y algunas versiones de la teoría del derecho natural: que el positivismo jurídico niega que las normas o los sistemas de normas deban cumplir con algún criterio moral antes de ser calificadas como “jurídicas”.

Véase positivismo jurídico; tesis de las fuentes

tesis de las fuentes En *La autoridad del derecho* (1979), Raz analizó la “tesis social” como un punto de vista de que lo que es derecho es una cuestión de “hecho social”, que no requiere de un argumento moral. Raz (1939-) afirmó que hay versiones fuertes y débiles de la tesis social, y nombró a la versión fuerte como “la tesis de las fuentes sociales”. La tesis de las fuentes sociales es la interpretación de Raz del positivismo jurídico, así como, desde su punto de vista, un enunciado verdadero del derecho: “la existencia y el contenido de todo el derecho está completamente determinado por fuentes sociales”. Las fuentes sociales han de ser contrastadas con el uso de un argumento moral para determinar el contenido de las leyes.

La tesis de las fuentes sociales puede ser vista como una breve caracterización de la versión del positivismo jurídico conocida como “positivismo jurídico excluyente”. Este enfoque interpreta la tesis de la separabilidad (en relación con “la separación del derecho y la moral”) como una que requiere que no exista evaluación moral alguna al determinar el contenido de las normas jurídicas. Ya que esta postura parece ser contraria al entendimiento común de muchos sistemas jurídicos occidentales, la misma necesita de alguna justificación, debido a que dichos sistemas jurídicos al parecer tienen normas jurídicas que ostentan criterios morales y el *judicial review* de las normas jurídicas que se basa en criterios morales. Los defensores del positivismo jurídico excluyente usualmente construyen el argumento a partir de posturas relacionadas con la naturaleza de la autoridad, y la relación del derecho con la autoridad.

Véase positivismo jurídico; tesis de la separabilidad

tesis social Véase tesis de las fuentes

textualismo Es la creencia de que los textos jurídicos tienen (siempre o casi siempre) significados objetivos que son (en gran parte o completamente) distinguibles de su contexto, y que deberían ser interpretados y aplicados a la luz de dicho significado. Este enfoque “rígido” sobre la interpretación es contrastado a menudo con enfoques “amplios”, bajo los cuales el texto debe ser interpretado a la luz del propósito general del documento o a la luz de la historia y de borradores preliminares del documento (p. ej. los antecedentes legislativos de una ley o las negociaciones anteriores a la firma de un acuerdo). El textualismo encuentra su mayor apoyo en el contexto de la interpretación de leyes, donde existen argumentos “de derecho” a su favor (p. ej. debida publicación, predictibilidad). El textualismo algunas veces es etiquetado como “formalismo”, lo cual puede generar una desafortunada confusión entre esta teoría de la interpretación y (el referente usual de “formalismo”) los enfoques restringidos hacia el razonamiento jurídico que los realistas jurídicos norteamericanos atacaron en las primeras décadas del siglo XX.

Véase formalismo

textura abierta Dentro de la filosofía del derecho, H. L. A. Hart (1907-1992) empleó el nombre de “textura abierta” para referirse a la vaguedad en los límites de la aplicación de las palabras. El concepto se deriva de un concepto relacionado, aunque distinto, del mismo nombre (*Porosität der Begriffe*) que Friedrich Waismann (1896-1959) había introducido en la teoría del significado y la verificación (no la vaguedad, sino la posibilidad de la vaguedad, cuando algún factor o circunstancia imprevista surgiera en relación con alguna categoría o concepto).

Para Hart, la inevitable incertidumbre en la aplicación de las palabras y las normas en casos marginales —lo que él estaba describiendo como “textura abierta”— constituía una justificación para la indeterminación jurídica y la legislación judicial, al menos para los “casos difíciles”.

Véase casos difíciles; Hart, H. L. A.; indeterminación; paradigma; Waismann, Friedrich; Wittgenstein, Ludwig

Tomás de Aquino Quizá el filósofo y teólogo más importante de la época medieval, Santo Tomás de Aquino (1224-1274), escribió la primera discusión sistemática y detallada de la teoría del derecho natural en su obra más importante, *Suma teológica* (inconclusa al momento de su muerte en 1274). Su obra fue relevante en tanto pretendió demostrar que las doctrinas de la Iglesia eran consistentes con las enseñanzas de Aristóteles, y también que la fe era consistente con, y estaba apoyada por, la razón (mientras mantenía la idea de que algunos aspectos de la verdadera fe serían cognoscibles sólo a través de la revelación).

Los escritos del aquinate sobre el derecho (compilados en buena medida en la *Suma teológica*, I-II, cuestiones 90-7), si bien no eran considerados parte central de su obra, son sin embargo originales y han tenido una importancia perdurable para el pensamiento teórico sobre el derecho, puesto que podría considerarse a gran parte de la tradición del derecho natural como desarrollos posteriores de su trabajo.

Tomás de Aquino define la ley como “una disposición de la razón para el bien común de una comunidad, promulgada por una persona o cuerpo responsable de velar por esa comunidad” (qu. 90, art. 4, corpus). De acuerdo con él, la ley humana positiva en armonía con la ley natural “vincula en conciencia” —una traducción no muy exacta de lo anterior sería que tales leyes creaban una obligación moral *prima facie*— (la ley natural, a su vez, está fundado en la “ley eterna” —la divina providencia—).

Para el aquinate, la conexión entre la ley natural y la ley humana positiva (la ley positiva que el legislador humano *debería* sancionar) es algunas veces una cuestión de derivación directa, y algunas otras un asunto de *determinatio* —una selección entre alternativas igualmente legítimas dentro de un marco general— (qu. 95, art. 2).

Las leyes injustas (leyes contrarias al bien común, que exceden la autoridad del legislador o imponen cargas desproporcionadas) no “vinculan en conciencia”, y podrían ser desobedecidas si esto puede llevarse a cabo “sin escándalo o un mal mayor [*turbationem* —también

se traduce a veces como “desorden” o “desmoralización”—]” (qu. 96, art. 4, corpus). A menudo se piensa que esto significa que la decisión de obedecer o no una ley injusta, como muchas otras decisiones morales, puede ser una cuestión relativa al bien o al mal que pudieren ser ocasionados por esa acción (por ejemplo, la desobediencia pública de una ley injusta en un sistema jurídico generalmente justo podría contribuir a la desaparición de ese sistema, causando así más daño que bien).

En otra parte, Tomás de Aquino sostiene que “cada ley humana positiva goza de la naturaleza de la ley en la medida en que ésta deriva de la ley natural. Sin embargo, si en algún punto se contrapone con la ley de la naturaleza, dejará de ser ley y se convertirá en una perversión de la ley” (qu. 95, art. 2, corpus). Esto es probablemente lo más cercano que estuvo de expresar la frase, comúnmente asociada a él y a la teoría del derecho natural en general, “una ley injusta no es ley en absoluto” (*lex injusta non est lex*).

Véase determinatio; lex injusta non est lex; teoría del derecho natural

tragedia de los anticomunes Es una variante o respuesta a la “tragedia de los comunes”. El propósito de la “tragedia de los comunes” es indicar el problema de la propiedad común (según la cual ahí donde los individuos comparten el acceso a un área de tierra común, no habrá un incentivo para la limitación individual, conduciendo ello a la sobreexplotación colectiva; y consecuencias similares ocurrirán con muchos otros recursos de propiedad colectiva), y este argumento ha sido utilizado para apoyar la necesidad y la importancia de los derechos a la propiedad privada. “La tragedia de los anticomunes” (presentada por Michael Heller (1962-)) pretende describir un problema corolario: ahí donde los derechos de propiedad están fragmentados entre demasiados individuos (o individuos que están demasiado dispersos), son demasiados, o son muy fuertes, y donde cada portador tiene el derecho a excluir a todos los demás, los usos innovadores o eficientes de los recursos podrían ser impedidos por el coste de transacción que involucra el unir los derechos necesarios (ya sea para unir terreno sufi-

ciente, o bien para reunir los permisos y licencias necesarios para algún desarrollo científico).

Véase derecho de propiedad; dilema del prisionero; tragedia de los comunes

tragedia de los comunes Garret Hardin (1915-2003) introdujo el término “la tragedia de los comunes” en un artículo en *Science* (1968) para describir cómo los recursos públicos pueden ser (o son) sobreexplotados cuando los derechos de propiedad privada no están presentes para excluir a otros o crear incentivos para un uso más eficiente (la idea ya había sido discutida por otros autores en algunos análisis de recursos no sujetos a los derechos de propiedad privada, aunque sin esta denominación útil). En términos de la teoría de juegos, “la tragedia de los comunes” puede ser considerada como una variante del dilema del prisionero, aunque con muchos jugadores. Si existe un área común (de “libre acceso”) para el cultivo o para la pesca, los intereses de largo plazo de los comuneros son una modesta restricción hacia todos a fin de mantener la viabilidad futura del área común. Sin embargo, cada individuo tiene un incentivo *no* tanto para cooperar cuanto para obtener el mayor beneficio posible de esas áreas comunes, al mismo tiempo que espera que los otros se restrinjan. Si todos tienen ese incentivo, nadie mostraría moderación y las áreas comunes pronto serán sobreexplotadas. “La tragedia de los comunes” a menudo es presentada como un argumento a favor de los derechos a la propiedad privada (aunque, en principio, la propiedad del Estado o la regulación estatal podrían también evitar la “tragedia” descrita).

Académicos recientes han sostenido que algunas veces puede existir un efecto espejo: la concesión de derechos de propiedad individual puede conducir a una multiplicidad de derechos tal que ningún uso efectivo de los recursos puede ser posible —lo que Michael Heller (1962-) ha denominado como “la tragedia de los anticomunes”—.

Véase derecho a la propiedad; dilema del prisionero; tragedia de los anticomunes