

# A

---

**acción afirmativa** Es la política de favorecer a grupos históricamente oprimidos (p. ej. mujeres, miembros de grupos étnicos y raciales, o religiosos, minoritarios) en la admisión a escuelas, la obtención de plazas y ascensos en el sector público y privado, la concesión de contratos gubernamentales, etcétera (esta práctica también es conocida como “discriminación inversa” o “discriminación positiva”). Con frecuencia la acción afirmativa toma parte en las discusiones de la filosofía del derecho, ya sea en el contexto de las teorías de la justicia (¿cuál es la solución adecuada a las injusticias históricas?) o bien en el contexto de la teoría crítica (aunque entre los teóricos del feminismo jurídico y de la teoría crítica desde el punto de vista racial hay reacciones variadas y bastante sutiles en torno al lugar y al valor de esta práctica).

Algunos han sostenido que en los Estados Unidos la acción afirmativa practicada por el gobierno puede parecer especialmente justificada, ya que el gobierno fue el causante de una discriminación inicial, o bien especialmente problemática, debido a las restricciones constitucionales sobre las acciones de gobierno fundadas en motivos raciales.

*Véase* igualdad; merecimiento; teoría crítica desde el punto de vista racial

**aceptación (de una regla)** La idea de “aceptación” de una regla desempeña un papel esencial en la teoría del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992) (elaborada principalmente en *El concepto de derecho* (1961)).

De acuerdo con Hart, una regla social se puede distinguir de un simple hábito por el hecho de que los individuos “aceptan” la regla como un criterio de conducta —esto es, como una base para justificar su propio comportamiento o para criticar el de los demás—.

Dentro de la teoría práctica de las reglas de Hart, la existencia de una regla equivalía a que ésta fuera aceptada por algunos como un criterio de conducta. Este punto de vista sobre las reglas ha sido cuestionado desde diversos flancos (p. ej. debido a que existen prácticas comúnmente aceptadas que son la base para criticar el comportamiento de los demás pero que no son consideradas como reglas; o el hecho de que existan reglas que no son o no están conectadas con prácticas comunes).

La idea de “aceptación” es clave dentro del sistema hartiano en otro respecto. Los criterios de Hart (en *El concepto de derecho*) para determinar la existencia de un sistema jurídico eran la obediencia al derecho por la mayor parte de la población, combinada con “la aceptación efectiva... como criterios públicos comunes de... conducta” de las reglas secundarias (la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación) por parte de los oficiales del sistema. La aceptación de una regla jurídica, dentro del sistema hartiano, era algo más que el simple cumplimiento superficial de la regla, aunque algo menos que la creencia de que esa regla crea una obligación moral vinculante.

Neil MacCormick (1941- ) ha sostenido que la aceptación de una regla podría ser entendida como cualquiera de las siguientes dos actitudes: (1) como una aceptación voluntaria, que incluye el deseo de que los otros actúen de acuerdo con el criterio, y (2) como una aceptación renuente a actuar de conformidad con la regla junto con el deseo de que sea aplicada generalmente —o al menos consistentemente—, pero más por la aceptación popular de la regla, o por el hecho de que los otros la hagan cumplir, que por la aprobación directa del criterio que ella establece.

Algunos autores han criticado a Hart por no concentrarse más en las *razones* para aceptar una regla, sosteniendo que hay cuestiones importantes relacionadas con la naturaleza normativa del derecho (o

con la manera correcta de construir una teoría de la naturaleza del derecho) que requieren de una distinción más cuidadosa entre los tipos de razones para la aceptación.

*Véase* ejemplo del asaltante; Hart, H. L. A.; positivismo jurídico; punto de vista interno; regla de reconocimiento; reglas, teoría práctica de las

**adjudicación, teorías de la** Son las teorías que se proponen describir, interpretar o prescribir la manera en que los jueces resuelven los casos. Algunas teorías se remiten o están basadas en un sistema jurídico particular, mientras otras se proponen elaborar proposiciones (analíticas, conceptuales o prescriptivas) válidas para *todo* sistema jurídico.

Las teorías de la adjudicación, como cualquier otro tipo de teoría relacionada con la acción social y las instituciones sociales, deben tomar en cuenta cuáles son los criterios para elaborar exitosamente su teoría: ¿acaso tratan de explicar meramente el comportamiento externo (p. ej. quién gana o pierde los casos), o deberían igualmente intentar explicar la perspectiva de los participantes (un enfoque hermenéutico o *Verstehen*)? Esta cuestión es importante para las teorías de la adjudicación porque muchas de ellas sostienen que las acciones de los jueces se pueden explicar por medio de las fuerzas políticas, sociales y económicas de las que el juzgador no parece estar completamente consciente.

Una buena parte de la teoría jurídica norteamericana centra su atención en las teorías de la adjudicación: p. ej. el ataque de los realistas jurídicos norteamericanos hacia el formalismo jurídico, la teoría interpretativa del derecho de Ronald Dworkin (que algunos críticos han caracterizado más como una teoría de la adjudicación que como una teoría de la naturaleza del derecho), así como las diversas teorías ofrecidas para justificar o reformar la revisión constitucional de la legislación.

*Véase* enfoque *Verstehen*; hermenéutica; realismo jurídico norteamericano; teoría constitucional; teoría interpretativa del derecho

**aguijón semántico** Nombre de un argumento ofrecido por Ronald Dworkin (1931- ) en *El imperio de la justicia* (1986). Dworkin sostuvo que muchas de las teorías acerca de la naturaleza del derecho afirman o asumen que “todos los abogados siguen ciertos criterios lingüísticos al evaluar las proposiciones del derecho”, y que un enfoque fundado sobre ese punto de vista sería incapaz de explicar los desacuerdos teóricos o persistentes que surgen entre participantes igualmente competentes cuando interpretan el derecho.

Generalmente se asume que el argumento del aguijón semántico estuvo dirigido en contra de la teoría del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992) y de las teorías jurídicas positivistas que habían derivado del trabajo de Hart. Sin embargo, Hart y muchos otros positivistas del derecho han negado que tal argumento se aplique a su trabajo, pues afirman que el retrato meramente semántico que ofrece Dworkin del positivismo jurídico es inexacto y poco caritativo. Hasta qué punto la posición de Hart (o la de algún otro positivista) descansa sobre una semántica criterialista es una cuestión que sigue siendo muy discutida.

*Véase* Hart, H. L. A.; positivismo jurídico; teoría interpretativa del derecho

**ajuste** Un concepto que, si bien no siempre está claramente definido, desempeña un papel central dentro del enfoque de Ronald Dworkin (1931- ) hacia el derecho. De acuerdo con este enfoque, los jueces que deciden casos —al igual que los teóricos y otros actores jurídicos cuando tratan de determinar qué cuenta como derecho en determinado caso— han de considerar la “información” de las acciones pasadas de los oficiales (leyes, decisiones judiciales, disposiciones constitucionales, etcétera), y las teorías que podrían “explicar” aquellas acciones. Al comparar las posibles teorías, los jueces deberán considerar qué tan bien esas teorías se “ajustan” a la información, por un lado, y cuál es el valor moral de la teoría, por el otro.

Según este enfoque, el ajuste ha de ser balanceado frente al valor moral al juzgar cuál es la teoría correcta sobre el derecho. Qué tanto peso se debe dar al ajuste al realizar el balance es en sí misma una cuestión interpretativa, y la respuesta probablemente varía de un área a otra (p. ej. mayor en la actividad comercial, menor con las libertades civiles). Además, Dworkin en ocasiones se refiere a una “prueba mínima de ajuste” que una teoría tendría que satisfacer para ser aceptable (para ser auténticamente una interpretación de los materiales).

*Véase* teoría de la coherencia; teoría interpretativa del derecho

**análisis conceptual** El análisis conceptual busca la verdad de ciertos aspectos de nuestro mundo por medio del examen de la estructura lógica, o bien de los atributos necesarios y esenciales, de las ideas y categorías. Gran parte de la jurisprudencia analítica moderna pretende analizar conceptos (como se puede notar en algunos de los títulos más familiares del género, p. ej. *El concepto de derecho* (1961) de H. L. A. Hart, y *El concepto de sistema jurídico* (1970) de Joseph Raz), en particular los conceptos de “derecho” y “los derechos”.

Las proposiciones de carácter conceptual pueden ser contrastadas con proposiciones empíricas y causales, las cuales en principio se pueden comprobar a través de experimentos controlados, una observación cuidadosa o por medio del análisis de eventos pasados. La relación entre las proposiciones conceptuales sobre (p. ej.) la naturaleza del derecho o la naturaleza de los derechos y los datos empíricos es mucho más complicada.

En el ámbito filosófico, la inclinación hacia el naturalismo liderada por el trabajo de W. V. O. Quine (1908-2000) y otros, ha socavado el análisis conceptual dentro de sus principales corrientes. Muchos sostienen que ya no tiene sentido analizar los complicados significados de un término en lugar de investigar el mundo —p. ej., que “el concepto de conocimiento” debería ser investigado en relación con la manera en que las personas, de hecho, formulan creencias y actúan con base en ellas—. Algunos autores han argumentado que la filoso-

fia jurídica, de igual modo, debería abandonar el análisis conceptual, aunque éste sigue siendo central para la jurisprudencia analítica.

*Véase* jurisprudencia analítica; necesidad

**análisis crítico del derecho (CLS)** Crítica radical al derecho que, como movimiento, fue muy activo en los Estados Unidos de América desde principios de la década de 1970 hasta finales de la década de 1980 (con algunos seguidores o defensores en otros países). El análisis crítico del derecho (*Critical Legal Studies* [o *CLS* por sus siglas en inglés]) combinó posiciones políticas de izquierda con versiones radicalizadas de los argumentos ofrecidos anteriormente por el realismo jurídico norteamericano. Entre los temas del CLS figuraban la indeterminación radical del derecho, una crítica a la distinción público/privado y el argumento de que el derecho funciona para favorecer los intereses de los poderosos. La opinión de que el derecho estaba radicalmente indeterminado, y de que el razonamiento jurídico era sólo un subterfugio para el choque de diferentes grupos de interés o diferentes ideologías, era algunas veces sintetizado por el lema “derecho es política”.

Las presiones sobre el movimiento, y las tensiones que había al interior del mismo, condujeron a su ruptura o a su desvanecimiento. Muchas de las críticas desarrolladas por el análisis crítico del derecho fueron retomadas por otros enfoques críticos, tales como la teoría crítica desde el punto de vista racial, la teoría feminista del derecho y la teoría posmoderna del derecho, mientras que un número de teóricos prominentes del CLS continuaron trabajando de la misma manera en que solían, a pesar de que ya no hubiera un grupo o movimiento que se autoidentificara con ese nombre.

*Véase* construcción social; contradicción fundamental; crítica destructiva; distinción público/privado; escepticismo; Gramsci, Antonio; Hale, Robert L.; ideología; indeterminación; jerarquía; legitimación; Marx, Karl; nihilismo; realismo jurídico norteamericano

**análisis crítico desde el punto de vista latino** Véase teoría crítica desde el punto de vista racial

**análisis de clases naturales** Idea perteneciente a la filosofía del lenguaje, desarrollada principalmente en los trabajos de Hilary Putnam (1926- ) y Saúl Kripke (1940- ). El argumento consiste en que el significado del término que denota a un objeto, en muchos casos, no está determinado por las creencias que tengamos sobre ese objeto, sino por la mejor teoría científica que explique su naturaleza. En ocasiones, esta idea se resume diciendo que “el significado no está en nuestra mente”; antes bien, el significado está determinado, en parte o enteramente, por el mundo. Para las clases naturales, por lo tanto, la extensión determina el significado, y no al revés. Este tipo de análisis resulta mucho más apropiado para objetos físicos, cuya existencia no depende de nosotros, que para objetos y categorías que son por completo invenciones humanas.

La importancia para la teoría del derecho es que algunos teóricos (p. ej. Michael Moore (1943- ) y Nicos Stavropoulos) han intentado usar el análisis de clases naturales, o una variante de él, como un enfoque adecuado para analizar conceptos jurídicos o para interpretar conceptos no jurídicos cuando aparecen en textos legales. El enfoque de clases naturales ha sido también empleado como base para apoyar una mayor objetividad en el derecho. El argumento de estos teóricos es que los legisladores tienen —o deberíamos pensar que tienen— la intención de que sus referencias a conceptos jurídicos y morales (p. ej. “pena cruel e inusitada” o “dolo”) denoten una entidad o categoría objetiva nombrada por el término, en vez de referir las creencias (imperfectas) que los legisladores pudieran tener con respecto a esas categorías.

**análisis económico del derecho** Es la aplicación de las formas de análisis desarrolladas en economía —entendiendo “economía” en sentido amplio para abarcar la economía neoclásica, la teoría de la elección pública y la teoría de juegos— a diversas cuestiones de derecho. El análisis económico puede ser utilizado para predecir cuáles

son los efectos que tendrán las normas jurídicas, para defender reformas que favorezcan la creación de normas económicamente más “eficientes” y para predecir la manera en que las normas jurídicas se modificarán en el futuro. El análisis económico también ha sido utilizado como una *explicación* de las normas existentes, la cual describe en términos económicos por qué tales normas fueron elegidas (o desarrolladas) en lugar de otras alternativas.

Un pilar del análisis económico del derecho es el teorema de Coase, el cual muestra cómo en un mundo sin coste de transacción la distribución inicial de la titularidad de los derechos no afectaría la distribución eventual de derechos y actividades, ya que las partes intervendrían en negociaciones voluntarias hasta que los derechos terminaran en las manos de quienes los valoren más. En cierto sentido, el teorema de Coase mostró cómo el mercado superaría por lo general al derecho, haciendo que la titularidad de los derechos termine en manos de quienes están dispuestos a pagar más por ellos. El teorema de Coase también notó que este resultado no ocurriría si el coste de transacción fuera demasiado alto. Algunos teóricos han utilizado este aspecto del teorema de Coase para apoyar normas jurídicas y decisiones (p. ej. en casos de responsabilidad civil) que minimizarían el coste de transacción, por un lado, o que imitarían lo que el mercado habría hecho de no haber existido un coste de transacción relevante, por el otro.

El análisis económico del derecho, particularmente en sus primeras etapas de desarrollo, tenía también una dimensión “descriptiva” o “positiva”, de la cual algunos teóricos trataron de argumentar que la mayoría de las normas del *Common Law* eran eficientes (en términos distintos, que maximizaban la riqueza social). La eficiencia económica fue propuesta como la meta consciente o inconsciente de los jueces que desarrollaban las doctrinas del *Common Law* en diversas áreas del derecho privado. Pocos teóricos siguen defendiendo esta línea de argumentación: las tesis sobre si las doctrinas eran o no eficientes fueron altamente controvertidas, y nunca fue fácil explicar por qué o cómo los jueces del siglo XIX pudieron haber sido los agentes inconscientes de la maximización de la riqueza (lo que no implica negar que a ve-

ces los jueces decidían de manera consciente o inconsciente para intentar ayudar a los negocios y al capitalismo).

También en las primeras etapas del movimiento del análisis económico del derecho, algunos teóricos exigieron un fuerte papel normativo para la maximización de la riqueza, arguyendo que ese era el criterio apropiado de la justicia. Esta enérgica pretensión ha desaparecido prácticamente en la mayoría de las obras recientes. Actualmente, la perspectiva más común hacia la maximización de la riqueza (y su casi sinónimo, la eficiencia) es que ésta es, en el mejor de los casos, un valor entre muchos, o, en ocasiones, un medio útil para alcanzar otros valores y objetivos.

Los análisis sobre la maximización de la riqueza y la eficiencia están frecuentemente ligados con ciertas opiniones sobre el mercado: que las transacciones voluntarias generalmente incrementan el bienestar de los negociantes y generalmente funcionan para el bien común, al mismo tiempo que en ellas se respeta la autonomía de las partes. Por esta razón, reforzada aún por el argumento del teorema de Coase (líneas anteriores), los teóricos del análisis económico del derecho, al menos en los primeros años del movimiento, tendieron a apoyar una mínima regulación gubernamental de las transacciones (mercantiles).

La aplicación y las variaciones del modelo de “actor racional” —p. ej. la teoría de la elección pública, la teoría de juegos y la economía conductual— han encontrado también sus equivalentes en el ámbito de la teoría jurídica. La teoría de la elección pública considera que los resultados políticos y jurídicos son el producto de un tipo de mercado dentro del cual todos los participantes actúan en razón de su propio interés; los individuos y los grupos de interés buscan obtener ventajas indirectamente a través de la acción gubernamental, mientras que las autoridades están interesadas en su propio beneficio (generalmente, poder o influencias). Existe una tensión y una superposición entre una perspectiva de elección pública hacia la toma de decisiones en el *Common Law* y algunas perspectivas tradicionales del análisis económico del derecho sobre la toma de decisiones en el *Common Law*. Como se mencionó, algunos teóricos consideran que las de-

ciones judiciales tienden a optimizar la eficiencia de las leyes (a maximizar la riqueza). En contraste, los teóricos de la elección pública estarían más preocupados por subrayar cómo los intereses organizados pueden desviar las decisiones de resultados eficientes.

La teoría de juegos estudia la interacción estratégica de los individuos cuando sus acciones y elecciones dependen, al menos en parte, de lo que cada persona espera que hagan los demás. Los modelos de teoría de juegos son promisorios al analizar los problemas sociales —tanto para comprender por qué surge, o no surge, la cooperación en ausencia del derecho, como para determinar qué norma o criterio jurídico podría incrementar de mejor manera las posibilidades de alcanzar objetivos sociales—. Una ventaja de la teoría de juegos sobre el análisis económico tradicional es que resulta ser muy apropiada para discutir situaciones con información imperfecta o con un coste de transacción importante. Los comportamientos estratégicos que han sido analizados mediante la teoría de juegos van desde la negociación contractual (y la renegociación después de una violación o ante el cambio de circunstancias) hasta las negociaciones dentro del matrimonio y el criterio adecuado de responsabilidad civil para hacer que los individuos actúen con el debido cuidado.

El enfoque conductual del análisis económico del derecho modifica algunas de las asunciones del modelo de la “elección racional” a la luz de lo que ahora se sabe sobre la toma de decisiones reales. Se espera que un mejor modelo de toma de decisiones aportará predicciones más precisas. Algunos teóricos han sostenido que ciertas normas jurídicas aparentemente paternalistas se pueden explicar de mejor manera si reflejan o responden a estos elementos “irracionales” que aparecen en la mayoría de los procesos de toma de decisión de las personas. Sin embargo, persiste el problema de construir un modelo alternativo de toma de decisiones lo suficientemente simple como para proporcionar una cantidad y variedad de predicciones comparable con las ofrecidas por el modelo neoclásico de “elección racional”.

*Véase* análisis económico del derecho (enfoque conductual); aver-  
sión al riesgo; coste de oportunidad; economía de bienestar;

economía neoclásica; eficiencia; eficiencia de Pareto; *ex ante* frente a *ex post*; falla de mercado; fórmula Hand; Levi, Edward H.; maximización de la riqueza; normas de responsabilidad; racionalidad; responsabilidad civil; Smith, Adam; teorema de Coase; teoría de la elección pública; utilitarismo

**análisis económico del derecho (enfoque conductual)** Variante o crítica relativamente reciente hacia el análisis económico del derecho. El enfoque conductual del análisis económico del derecho sostiene que aquella perspectiva o asunción de racionalidad sobre la cual descansa el pensamiento económico neoclásico (y el pensamiento tradicional del análisis económico del derecho) es empíricamente falsa. Con el modelo de “persona racional” se daba por hecho que los individuos miran sólo por su propio interés, poseen preferencias estables y bien ordenadas, y actúan de tal modo que obtengan el mayor beneficio neto según sus preferencias. Otros cuestionamientos similares hacia el pensamiento económico dominante se pueden encontrar bajo las denominaciones de “economía conductual”, “economía de coste de transacción” y “economía neoinstitucional”. Un teórico que impulsó este enfoque fue Herbert A. Simon (1916-2001), quien ganó el Premio Nobel de Economía en 1978, en parte por este planteamiento.

Los economistas (jurídico) conductuales apelan a pruebas que parecen demostrar que los individuos, con mucha frecuencia, actúan de manera altruista; que sus preferencias pueden ser intransitivas (pueden preferir A sobre B y B sobre C, pero C sobre A); que sistemáticamente sobrevaloran o subestiman las probabilidades de que ocurran diversos eventos, y también parecen otorgar mayor valor a los objetos una vez que los poseen de lo que harían de no poseerlos (el “efecto dotación”).

Los economistas clásicos han ofrecido varias respuestas a los economistas conductuales: p. ej., que los supuestos defectos del modelo del “hombre racional” han sido exagerados; que algunas de las consideraciones de los economistas conductuales pueden ser incorporadas dentro de los modelos económicos clásicos, y que los mercados pueden ser racionales aun si los individuos no lo son.

*Véase* análisis económico del derecho; racionalidad limitada; teoría de la elección racional

**análisis Kaldor-Hicks** Una forma de análisis que fue desarrollada en economía como una alternativa o complemento al análisis de Pareto. Bajo el análisis de Pareto, el cambio de un estado de cosas a otro es Pareto-superior si al menos una persona prefiere el segundo estado de cosas, mientras que cualquier otra persona sería como mínimo indiferente al cambio y nadie prefiriera el estado de cosas original. En el mundo real habría pocas acciones que dirijan a situaciones Pareto-superiores, ya que por lo general algunas personas van a ser perjudicadas a través de cualquier acción lo suficientemente relevante que haya sido tomada para favorecer a otras. El análisis Kaldor-Hicks (que debe su nombre a los economistas de Cambridge J. R. [John Richard] Hicks (1904-1989) y Nicholas Kaldor (1908-1986)) pretende diseñar un análisis que permita la comparación en situaciones donde algunos son favorecidos mientras otros son perjudicados, pero sin tener que hacer comparaciones interpersonales significativas (p. ej. que la ganancia de A *vale más* que la pérdida de B).

Una situación es “Kaldor-Hicks superior” cuando aquellos que han sido favorecidos *podrían* compensar totalmente a los que han sido perjudicados, sin que esta compensación les impida seguir mejorando su situación —esto es, en el caso de que pudiera realizarse una transferencia a los individuos afectados para crear una situación Pareto-superior (en donde algunos son favorecidos y nadie es perjudicado)—. La clave aquí es que la compensación *podría* realizarse, siendo el punto que esto, de hecho, no es el caso. Si en verdad se realizara la compensación regresaríamos al simple análisis de Pareto (lo cual explica por qué el “Kaldor-Hicks superior” es a veces denominado como “Pareto-superior en potencia”). Más bien, el análisis Kaldor-Hicks es una manera de afirmar que la situación X es *mejor que* la situación Y si se puede realizar una transferencia en la situación X que la convierta en Pareto-superior a Y. Sin embargo, persiste el hecho de que *sin* esa transferencia (lo cual, por definición, no ocurre en un análisis Kaldor-Hicks) algunos habrían ganado y otros habrían perdido, y que se

requeriría un análisis moral potencialmente cuestionable antes de concluir que las pérdidas de unos se justifican por las ganancias de otros.

Tibor Scitovsky (1910-2002) probó que, en algunas circunstancias, puede ser el caso que dos estados de cosas sean Kaldor-Hicks eficientes (superiores) entre sí (“A Note on Welfare Propositions in Economics”, *Review of Economic Studies* (1941)). Esto llegó a conocerse como la “paradoja de Scitovsky”.

Aunque el propósito de Kaldor-Hicks es encontrar un análisis tan incuestionable como el análisis de Pareto, en la práctica el Kaldor-Hicks tiende a reducirse a un tipo de maximización de la utilidad o la riqueza, con todos los polémicos sacrificios entre los individuos que acarrearán dichos análisis.

*Véase* eficiencia; eficiencia de Pareto; maximización de la riqueza; utilitarismo

**análisis neokantiano** El “neokantismo” fue un movimiento filosófico alemán de las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX que se propuso aplicar las ideas de Immanuel Kant (1724-1804) a una amplia variedad de áreas. Este movimiento es importante para la teoría del derecho debido a que la Escuela neokantista de Marburgo, a través de escritores como Hermann Cohen (1842-1918), tuvo mucha influencia sobre el trabajo del positivista jurídico Hans Kelsen (1881-1973). Al igual que Cohen, Kelsen aplicó una versión del “argumento trascendental” (derivado de la teoría del conocimiento formulada en la *Crítica de la razón pura* (1781) de Kant): tomar la experiencia como un conjunto de datos que requieren ser explicados y trabajar en retrospectiva hacia algún principio o categoría fundamental. Mientras que para Cohen el objetivo era dar cuenta de la ética (y el resultado un tipo de socialismo kantiano), para Kelsen el conjunto de datos que requería ser explicado era nuestra experiencia normativa del derecho. Kelsen plantea su conexión con el pensamiento kantiano y neokantiano como sigue (*Teoría pura del derecho* (1960)): “Kant pregunta: «¿Cómo es que, sin apelar a la metafísica, los hechos percibidos por nuestros sentidos pueden ser interpretados en las leyes de la

naturaleza del modo en que éstas son formuladas por la ciencia natural?» En el mismo sentido, [mi] *Teoría pura del derecho* pregunta: «¿Cómo es que, sin apelar a autoridades metajurídicas como Dios o la naturaleza, el sentido subjetivo de ciertos hechos materiales puede ser interpretado como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas que son descriptibles mediante proposiciones jurídicas?»».

Para Kelsen, el resultado es la “categoría” de la norma fundante (*Grundnorm*), de la que se dice presuponemos cuando consideramos el derecho normativamente.

*Véase* Kant, Immanuel; Kelsen, Hans; norma fundante; Radbruch, Gustav; teoría pura del derecho

**antropología jurídica** Es la aplicación de la antropología al derecho. La importancia de la antropología jurídica tiene su base, por un lado, en lo que estos estudios supuestamente han demostrado sobre la naturaleza y variedad de las formas de organización jurídicas (y casi-jurídicas); y, por el otro, en la reflexión acerca de la naturaleza del derecho que los antropólogos han presentado en sus trabajos como punto de partida preliminar e independiente de sus conclusiones ulteriores en ese campo. Algunos de los trabajos más conocidos, tales como *The Law of Primitive Man* (1954), de E. Adamson Hoebel, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* (1926), de Bronislaw Malinowski, y *Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (1967), de Max Gluckman, mostraron las diferentes maneras en que diversas comunidades guiaban la conducta y resolvían las disputas (también hubo un destacado encuentro de la antropología jurídica con el realismo jurídico norteamericano cuando Karl Llewellyn y E. Adamson Hoebel escribieron conjuntamente *Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (1941)). La antropología jurídica ha tendido a estudiar al derecho como una fuente del orden social. Los estudios antropológicos del derecho han impulsado investigaciones de tipo sociológicas: al definir “derecho” de una manera general se permite un análisis y una comparación más fructífera. Además, los estudios antropológicos han sido útiles tanto para apoyar como para refutar varios puntos de vista dentro de la es-

cuela de la “jurisprudencia histórica”, relativa a la conexión existente entre el desarrollo social, las normas y las instituciones jurídicas.

*Véase* derecho y sociedad; jurisprudencia histórica; jurisprudencia sociológica

**argumento de la pendiente resbaladiza** Una forma común de razonamiento dentro del derecho (y las aulas de clase), de acuerdo con la cual una posición debe rechazarse porque, aun cuando ella en particular pueda ser inobjetable, podría llevar a una posición objetable. El argumento de la pendiente resbaladiza normalmente funciona sobre la base de que si la posición X se acepta, definitivamente no habría manera de evitar la posición Y (o bien, en el caso de la aplicación de normas a hechos, si X se considera como un ejemplar del concepto o una aplicación de la norma, definitivamente no habría manera de descartar que Y también se incluya dentro de la categoría).

**Aristóteles** Filósofo griego (384-322 a. C.) que, junto con su maestro, Platón, es uno de los fundadores de la filosofía occidental. Si bien su influencia está presente (aunque muchas veces de modo indirecto) en toda teoría, la conexión con la teoría jurídica es más evidente en las siguientes áreas: (1) la justicia, donde el análisis aristotélico sobre la justicia correctiva y la justicia distributiva sigue ocupando un papel central, al igual que su distinción entre actuar estrictamente de acuerdo con normas (“justicia legal”) o de acuerdo con lo que podría exigir una “justicia verdadera” a través de la “equidad”; (2) teoría del derecho natural, donde muchas de sus ideas, retomadas por Agustín y posteriormente por Tomás de Aquino, en especial sobre la forma y la teleología, ayudaron a configurar esa tradición, y (3) el uso de la retórica en el derecho (al elaborar argumentos jurídicos persuasivos).

*Véase* equidad; justicia; justicia correctiva; justicia distributiva; teoría del derecho natural

**Austin, J. L.** John Langshaw Austin (1911-1960) fue un filósofo del lenguaje inglés que cuenta entre sus trabajos más importantes a *Senti-*

*do y percepción* (1962) y *Cómo hacer cosas con palabras* (1962). El trabajo de J. L. Austin relativo a la filosofía del “lenguaje ordinario”, la cual defiende la posibilidad de trazar distinciones de importancia analítica dentro de los materiales del uso lingüístico ordinario, tuvo gran influencia en la teoría del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992). La teoría del derecho hartiana, en *El concepto de derecho* (1961), fue construida sobre las distinciones del lenguaje ordinario entre actuar por hábito y actuar de acuerdo con una regla, y entre “ser obligado” y “tener una obligación”.

En la filosofía del lenguaje también se conoce a Austin por su distinción entre enunciados “constatativos” y “performativos”, una teoría de los “actos de habla” que reconoce que algunas veces el lenguaje es *parte de la realización* (*performance*) y no solamente una descripción. Ciertos intentos por construir teorías del derecho con base en este planteamiento se pueden encontrar en algunos realistas jurídicos escandinavos y en los primeros escritos de H. L. A. Hart, aunque Hart abandonó en gran medida esta línea de análisis cuando elaboró sus trabajos más conocidos.

Véase Hart, H. L. A.; realismo jurídico escandinavo

**Austin, John** John Austin (1790-1859) fue un teórico del derecho y de la política inglés cuyo trabajo sirvió de base para el desarrollo del positivismo jurídico moderno, aunque en éste se hayan rechazado muchas de sus posiciones. Austin ejerció la abogacía en 1818, aunque tomó muy pocos casos, y renunció a la práctica del derecho en 1825. Poco tiempo después, Austin consiguió una posición en la primera Cátedra de Jurisprudencia en el recién inaugurado *University College London*. Para dar sus clases Austin se preparó estudiando en Bonn, y es posible encontrar a lo largo de todos sus escritos muestras de la influencia de las ideas jurídicas y políticas continentales que obtuvo en ese lugar. Las lecciones de su curso eventualmente fueron publicadas como *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) (un conjunto más completo de los apuntes de sus lecciones fueron publicadas, póstumamente, como una extensa compilación de dos volúmenes).

Si bien el trabajo de Austin tuvo gran influencia durante las décadas posteriores a su muerte, su impacto pareció disminuir sustancialmente al inicio del siglo XX. En buena medida, la popularidad contemporánea de Austin se debe a H. L. A. Hart, quien retomó la teoría de Austin como telón de fondo para explicar su propio y más matizado enfoque hacia la teoría del derecho.

### *Jurisprudencia analítica y positivismo jurídico*

En los inicios de su vida académica Austin fue influido por las ideas de Jeremy Bentham (1748-1832), cuyo utilitarismo figura de manera evidente en el trabajo por el cual Austin es actualmente más conocido. Sin embargo, la lectura particular de Austin sobre el utilitarismo (que en cierto punto identifica la voluntad divina con los principios del utilitarismo) ha tenido poca trascendencia, aunque parece haber sido la parte de su trabajo que recibió la mayor atención en su tiempo.

La importancia de Austin para la teoría del derecho reside en otro lugar: su análisis del derecho fue novedoso en tres niveles diferentes de generalidad. Primero, probablemente Austin fue el primer autor que abordó la teoría del derecho analíticamente (en contraste con otros enfoques hacia el derecho basados más en la historia o en la sociología; o en contraste con aquellos argumentos accesorios sobre el derecho que dependían de teorías más generales sobre la moral y la política). Segundo, dentro de la jurisprudencia analítica Austin fue el primer exponente sistemático del “positivismo jurídico” —esto es, un enfoque hacia el estudio del derecho que se concentra en el punto de vista de que el derecho “como es” debe ser separado de cualquier argumento sobre el derecho “como debiera ser”—. Antes de Austin, gran parte del trabajo teórico más importante de esa época consideraba a la jurisprudencia como si fuera meramente una rama de la moral o de la teoría política que investiga cómo el Estado debería gobernar (y qué es lo que le da a los gobiernos legitimidad) y bajo qué circunstancias los ciudadanos tenían una obligación de obedecer el derecho. Austin, en particular, y el positivismo jurídico, en general,

ofrecieron una perspectiva bastante distinta hacia el derecho: lo consideraron como un objeto de estudio “científico” que no está dominado por la prescripción ni por la evaluación moral. Tercero, la versión austiniana del positivismo jurídico, una “teoría del derecho como mandato”, fue original, aunque existieran grandes semejanzas con los puntos de vista desarrollados por Jeremy Bentham, cuya teoría también podría ser denominada como una “teoría del mandato” (el trabajo de Austin tuvo más trascendencia en esta área que el de Bentham principalmente porque los escritos sobre filosofía del derecho de este último no aparecieron en una forma sistemática, ni siquiera en lo más mínimo, hasta mucho tiempo después de que la obra de Austin fuera publicada).

#### *Los puntos de vista de Austin*

Básicamente la propuesta de Austin consistía en averiguar qué se puede decir en general sobre todos los sistemas jurídicos. A menudo, el análisis de Austin es considerado como un paradigma o como una caricatura de la filosofía analítica, en tanto que sus discusiones están repletas de áridas distinciones y son escasas en argumentos. Los textos carecen mucho de un trabajo de justificación metateórica; y allí donde Austin sí articula su objetivo y su metodología, éstos son bastante tradicionales: Austin “se propone separar un sistema jurídico (tomado con la más amplia significación que se pueda dar propiamente a este término) en los elementos esenciales y necesarios que lo componen” (*The Province of Jurisprudence Determined*).

Con respecto a cuál es la naturaleza central del derecho, la propuesta de Austin es que las leyes (“propiamente así llamadas”) son mandatos de un soberano. Austin aclara el concepto de derecho positivo (esto es, el derecho creado por los hombres) analizando los conceptos que constituyen su definición y distinguiendo el derecho de otros conceptos que son semejantes: (1) los “mandatos” involucran un deseo explícito de que algo sea hecho, así como un “mal” que será impuesto si ese deseo no es cumplido. (2) Las normas son mandatos generales (que se aplican generalmente a clases de personas), en con-

traste con los mandatos específicos o individuales como “bébase vino el día de hoy” o “Juan Pérez debe beber vino”). (3) El derecho positivo se compone de los mandatos establecidos por un soberano (o sus agentes), en contraste con aquellos mandatos ordenados por otro tipo de legislador, como los mandatos generales de Dios o los mandatos generales de un patrón. (4) El “soberano” se define como una persona (o grupo de personas) que es obedecida habitualmente por la mayor parte de la población y que, a su vez, no obedece habitualmente a ninguna otra persona o institución (en la tierra) (la noción de “soberano” de Austin está relacionada con el soberano encontrado en teóricos anteriores (p. ej. Thomas Hobbes (1588-1679), aunque la de Austin es probablemente más precisa); Austin pensó que todas las sociedades políticas independientes tienen, por su naturaleza, un soberano. (5) El derecho positivo también debería contrastarse con “leyes por una analogía próxima” (lo que incluye la moral positiva, las leyes de honor, el derecho internacional, el derecho consuetudinario y el derecho constitucional) y con “leyes por una analogía remota” (p. ej. las leyes de la física).

En los criterios arriba planteados, Austin tuvo éxito en su tarea de delimitar el derecho y las normas jurídicas con respecto a la religión, la moral, la convención y la costumbre. No obstante, también quedaron excluidos de la “provincia de la jurisprudencia” el derecho consuetudinario (con excepción del caso en que el soberano hubiera adoptado, directa o indirectamente, tales costumbres como derecho), el derecho internacional público y partes del derecho constitucional (estas exclusiones harían que la teoría de Austin fuera problemática para la mayoría de los lectores modernos). Desde la perspectiva de Austin, el hecho de que algo sea o no “derecho” depende de cuáles personas hayan hecho qué: la cuestión se convierte entonces en una investigación empírica, que es principalmente un asunto de poder y no de moral. Austin no está argumentando que el derecho no debería ser moral, ni tampoco está suponiendo que raramente lo sea; tampoco está adoptando una posición nihilista o escéptica. Austin simplemente está señalando que mucho de lo que es derecho no es moral, y

que lo que hace ser derecho a algo no garantiza para nada su valor moral.

A diferencia de su maestro Bentham, Austin no tenía objeción alguna frente a la legislación judicial, a la cual llamó “altamente benéfica e incluso absolutamente necesaria”. Tampoco encontraba ninguna dificultad en incorporar la legislación judicial a su teoría del mandato: Austin caracterizó tal legislación, junto con el esporádico reconocimiento jurídico/judicial de las costumbres hecho por los jueces, como las “órdenes tácitas” del soberano, la afirmación que hace el soberano de aquellas “órdenes” a través de su consentimiento.

### *Críticas*

Dado que muchos lectores se acercan a la teoría de Austin a través de las críticas formuladas por otros autores (notablemente, las de H. L. A. Hart), puede ser que la debilidad de la teoría sea más conocida que la teoría en sí misma: (1) en muchas sociedades es difícil identificar a un “soberano” en el sentido austiniano (una dificultad que el propio Austin experimentó cuando se vio en la necesidad de describir torpemente al “soberano” británico como la combinación del rey, la casa de los Lores y todos los electores de la casa de los Comunes). Además, el hecho de concentrarse en un “soberano” puede dificultar la explicación de la continuidad entre los sistemas jurídicos: un nuevo gobernante no llega al poder con el tipo de “hábito de obediencia” que Austin plantea como criterio para ser un soberano del sistema. Sin embargo, alguien podría defender que el soberano se entiende mejor como una metáfora constructiva: que el derecho debería ser considerado como si reflejara el punto de vista de una voluntad particular (una posición semejante, esto es, que el derecho debería ser interpretado como si derivara de una voluntad particular, puede ser encontrada en el trabajo de Ronald Dworkin (1931- )). (2) Un modelo de “mandatos” parece coincidir en muy pocos aspectos con el derecho (p. ej. en las normas que confieren poderes a las autoridades y a los ciudadanos —para celebrar testamentos, contratos y nombrar representantes—), mientras excluye otras materias (p. ej. el derecho in-

ternacional) que la mayoría de la gente no estaría dispuesta a descontar de la categoría de “derecho”. (3) En términos generales, parece más confusa que esclarecedora la propuesta de reducir todo derecho a un solo tipo. Por ejemplo, las normas que confieren poderes a las personas para hacer testamentos y contratos quizá puedan ser recaracterizadas como parte de una larga cadena de razonamientos para imponer eventualmente una sanción (Austin habló de “nulidad” en este contexto de la sanción) sobre aquellos que no cumplan con las disposiciones relevantes. Sin embargo, tal recaracterización pierde de vista el propósito básico de ese tipo de leyes: indiscutiblemente ellas tienen la finalidad de garantizar poder y autonomía, no de castigar la desobediencia. (4) Una teoría que describe el derecho meramente en términos de poder no es capaz de distinguir entre normas de terror y formas de gobierno suficientemente justas que son aceptadas como legítimas por sus propios ciudadanos.

*Véase* Bentham, Jeremy; Blackstone, William; derecho internacional; ejemplo del asaltante; Hart, H. L. A.; Hobbes Thomas; positivismo jurídico; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría jurídica del mandato; teorías reduccionistas del derecho; utilitarismo

**autoevidente** Mientras muchos teóricos emplean este término en su significado coloquial de “obvio”, otros, incluyendo algunos teóricos del derecho natural (p. ej. John Finnis (1940- ), y quizá Tomás de Aquino (1224-1274) también), emplean el término para referirse a una proposición correcta que es imposible derivar de creencias más básicas o axiomas. Para estos teóricos, la “autoevidencia” de una proposición *no* quiere decir que no exista la posibilidad de que alguna persona razonable pueda dudar de ella, sino simplemente que esta proposición no puede ser deducida de otra proposición (aunque podría ser apoyada en otros sentidos, p. ej. por la experiencia y la observación, o por argumentos dialécticos que desvirtúen las proposiciones contrarias).

**autonomía** Es el autogobierno o *la capacidad* de gobernarse a sí mismo.

El concepto de autonomía es esencial para muchas teorías políticas y morales, aunque su naturaleza y posibilidad siguen siendo altamente discutidas. Para algunos teóricos kantianos, por ejemplo, la autonomía solamente se muestra por medio de acciones fundadas en la razón; las acciones motivadas por el deseo no son consideradas autónomas. Por otra parte, algunos teóricos del feminismo y del comunitarismo critican la posibilidad o deseabilidad de la autonomía, dado que nuestras acciones nunca derivan totalmente de la propia voluntad, sino que están inevitablemente condicionadas por nuestra posición en la sociedad.

En la teoría del derecho, las discusiones sobre la autonomía surgen frecuentemente en el contexto de los debates acerca de la imposición de la moral a través de la legislación, donde aquellos que creen que la autonomía es un valor fundamental demandan que las acciones del Estado no restrinjan el rango de modos de vida disponibles a los ciudadanos.

*Véase* consentimiento; moral, fuerza normativa de la

**autonomía del derecho** La “autonomía del derecho” alude a un conjunto de tesis diversas aunque relacionadas: (1) que el razonamiento jurídico es diferente de otras formas de razonamiento; (2) que la toma de decisiones en el derecho es diferente de otro tipo de toma de decisiones; (3) que el razonamiento jurídico y la toma de decisiones son autosuficientes; no necesitan de la ayuda de otros enfoques ni podrían beneficiarse significativamente de ella, y (4) que el estudio del derecho versa, o debería versar, particularmente sobre temas de derecho (lo que frecuentemente se denomina como “doctrina jurídica”) y no sobre otros temas.

Una tesis sobre la autonomía del derecho podría ser entendida de tres diferentes maneras: descriptiva, analítica y prescriptivamente. Descriptivamente, la cuestión es qué nivel de autonomía es asumido o fomentado por las prácticas habituales dentro de un sistema jurídico particular. La forma del razonamiento judicial y el enfoque hacia la

enseñanza del derecho, dentro de una comunidad, pueden ser más o menos autónomas. La tendencia general tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de América, lo mismo en el razonamiento jurídico que en la enseñanza del derecho, ha sido de *distanciamiento* hacia la autonomía del derecho, optando por un enfoque más interdisciplinario. Analíticamente, la cuestión es si el derecho, por su naturaleza, *es o no es* autónomo *necesariamente*. Para defender una tesis analítica, uno habría de investigar las maneras en que el razonamiento jurídico es supuestamente autónomo y ver si tal tesis resiste un escrutinio minucioso. Prescriptivamente, uno puede argumentar que las prácticas habituales deberían (o no deberían) ser modificadas para asegurar una mayor o menor dependencia de otras disciplinas, ya sea en la toma de decisiones jurídicas o bien en la enseñanza del derecho (el deseo de un uso más extendido hacia otras disciplinas puede estar conectado, aunque no necesariamente, con un argumento sobre la no-autonomía del razonamiento jurídico y el valor (limitado) del estudio tradicional del derecho. Uno podría argumentar que aunque el análisis doctrinal del derecho *no requiere* de ningún complemento, podría, sin embargo, mejorarse a través de las ideas de otras disciplinas).

Evidentemente existen conexiones entre la tesis analítica y las tesis descriptiva y prescriptiva relativas a la autonomía. Si uno cree que el razonamiento jurídico *tiene que ser* autónomo, o bien que *no puede serlo*, esto condiciona en efecto lo que uno podría razonablemente prescribir para la práctica, y también tiene que afectar la descripción de la práctica (p. ej., es posible, como sostuvieron algunos realistas jurídicos norteamericanos, que los jueces piensen que sus decisiones son autónomas cuando, según la posición analítica de los realistas, ese no puede ser el caso; de modo que los jueces deben estar tratando de engañar a los demás o, cuando menos, deben estar engañándose a sí mismos involuntariamente).

Si bien se puede argumentar que la profesión jurídica parece depender de un lenguaje y de una manera de pensar enteramente ajena al sentido común y al lenguaje común, éste es sólo el aspecto de un extremo de la práctica. En el otro extremo, aquellos que niegan que el razonamiento jurídico sea especial en modo alguno, no afirman ne-

cesariamente que sea inútil contar con expertos y con una rama de especialización en el derecho. Ya que incluso si no existiera una forma especial de razonamiento jurídico, las decisiones acerca de lo que el derecho exige requerirían de un conocimiento de las fuentes del derecho, un conjunto de normas y principios que (en la mayoría de las sociedades) son extensas y separadas de los principios y las reglas de otros sistemas normativos (p. ej. la moral convencional o la religión).

Si se ha de elaborar un argumento para defender un enfoque característicamente jurídico hacia la toma de decisiones (separado de formas no-jurídicas de toma de decisiones, pero similares con las formas de sistemas jurídicos vecinos), éste probablemente sería uno que enfatizara ciertos aspectos de (la mayoría de) los sistemas legales: la toma de decisiones institucionales, una jerarquía de las personas que toman las decisiones y un esfuerzo por sistematizar las normas. Y en vista de que el derecho pretende ser una guía práctica para la acción, existe una presión en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas hacia la consistencia, coherencia, estabilidad, predictibilidad y finalidad. Aquellas presiones algunas veces están en tensión con el deseo de que el resultado sea justo y equitativo (refiriéndonos aquí con “justicia” a aquellos aspectos de la justicia que van más allá de “seguir las normas establecidas” —que van más allá de cumplir con expectativas razonables y tener una confianza razonable—). Estas presiones tienden a combinarse en las normas del precedente, y en la interpretación legal y constitucional. Aunque tales normas tienden a variar de un sistema jurídico a otro, se pueden encontrar coincidencias aproximadas, e igualmente la forma de razonamiento puede ser contrastada con otras prácticas e instituciones sociales que no se rigen bajo las mismas presiones y restricciones.

Se podría alcanzar una conclusión semejante mediante otro punto de vista: lo que es característico del razonamiento jurídico y de la toma de decisiones es que ellas son primariamente, aunque no exclusivamente, una orientación a través de normas. El carácter peculiarmente normativo de las normas (y las promesas y los acuerdos) es que cuando existe una razón que es dirigida por y a través de normas, uno tiene una razón para hacer lo que esas normas establecen, independien-

temente de su contenido (aunque ésta es solamente una conclusión presuntiva que bien puede ser refutada si existen razones contrarias de suficiente peso —así, uno puede tener razones para desobedecer una norma injusta, del mismo modo en que uno puede tener razones para no cumplir una promesa que implica hacer un mal—). En tales situaciones, como en la actividad judicial propia del *Common Law*, donde el aplicador de la norma también tiene el poder de modificarla, las tensiones entre seguir la norma previamente sancionada, incluso cuando ésta no sea óptima, y promulgar una norma óptima, desembocan en una estructura y en un estilo de análisis y de argumentación característicos (aunque otras instituciones dirigidas a través de normas puedan tener formas de argumentación y decisión similares).

*Véase* autopoiesis; formalismo; realismo jurídico norteamericano

**autopoiesis** Un enfoque hacia el derecho desarrollado por Niklas Luhmann (1927-1998), Gunther Teubner (1944- ) y otros, bajo el cual los sistemas sociales, incluyendo el derecho, son considerados como autónomos (relativamente). La autopoiesis es la idea de que muchos sistemas (tanto biológicos como sociales) tienen una retroalimentación significativa o mecanismos recursivos que permiten la autorregulación del sistema. El “derecho autopoietico” parte de la noción de que los sistemas jurídicos son con frecuencia significativamente autorreguladores, autofortalecedores y autosustentables. El derecho es creado, transformado y justificado de acuerdo con sus propias reglas; el derecho autopoietico examina lo que se sigue de este hecho. Es importante notar que, al menos en la versión de Luhmann de la autopoiesis, “derecho” y “sistema jurídico” se refieren principalmente al “discurso” del derecho, y no a algún conjunto de instituciones. En particular, Luhmann se concentra en la creación del significado —en el caso del derecho, la manera en que las cosas son definidas como “lícitas” o “ilícitas”—. La tesis no es que el derecho sea “autónomo” en el sentido de no ser afectado por fuerzas externas (p. ej. movimientos políticos y cambios culturales); el derecho autopoietico acepta que tales fuerzas afectan al derecho, aunque los efectos son transformados en

términos jurídicos (que distinguen lo que es “lícito” y lo que es “ilícito”) mediante los procesos jurídicos ordinarios. Bajo esta perspectiva, existe un sentido, no siempre bien delineado, en el cual el derecho “actúa”, “piensa” o se desarrolla “por sí mismo”.

*Véase* autonomía del derecho; Luhmann, Niklas

**autoridad** El término tiene una variedad de significados relacionados dentro de la teoría del derecho y la teoría política. En primer lugar, se dice que una persona o institución “tiene autoridad” sobre otras personas, en ciertas situaciones, para obligarlas al cumplimiento de mandatos o normas promulgadas. En segundo lugar, alguien “es una autoridad” sobre algún tema si su pericia lo convierte en una fuente confiable de información sobre ese tema. Tercero, una persona puede tener autoridad para hacer algo, de manera derivada, si el sistema moral o jurídico concede a esa persona el permiso o el poder para hacerlo. El primer y segundo sentidos de autoridad usualmente se diferencian bajo los términos de autoridades “prácticas” (poder) y autoridades “teóricas” (pericia) —razones para la acción en oposición a las razones para la creencia—. El tercer sentido de autoridad usualmente se relaciona con lo que cabe bajo el título de los derechos (como en “X tiene el derecho/autoridad para hacer A”).

Los teóricos casi siempre distinguen la autoridad *de facto* y la autoridad *de jure*, en tanto que la primera se refiere al poder o influencia real, y la última, a la justificación jurídica o moral de tal poder o influencia.

Robert Paul Wolff planteó una famosa paradoja en su *In Defense of Anarchy* (1970) relacionada con la cuestión de cómo una autoridad práctica podría legitimarse: si la autoridad implica deferencia a otros, ¿cómo puede ser moralmente correcto, o consistente con la autonomía, obedecer a alguien más, *independientemente* de si uno cree que la otra persona está en lo correcto o equivocada? Hacer algo sólo porque se nos ha dicho (u ordenado) hacerlo podría considerarse como una renuncia a ejercer el derecho y la obligación de decidir por uno mismo, y con base en todas las razones relevantes, lo que ha de ha-

cerse. Varias respuestas se han ofrecido al reto de Wolff. Una de ellas, basada en el trabajo de Joseph Raz (1939- ) (*The Morality of Freedom* (1986)), es que existen ocasiones en las cuales sabemos que es más probable que hagamos lo correcto (esto es, que “probablemente cumpliremos mejor con las razones que nos son aplicables”) si seguimos las directivas de alguien más, que si decidimos por nosotros mismos. Esto puede ser así porque sabemos de otras personas que son expertas sobre el tema, porque sabemos que nuestro juicio es provisionalmente menos óptimo (p. ej. porque estamos predispuestos, fatigados o intoxicados) o porque la otra persona es una fuente sobresaliente para la coordinación en alguna materia sobre la cual la coordinación es necesaria para alcanzar un bien social importante.

Hay varios tipos de teorías iusfilosóficas que dirigen su atención sobre el supuesto papel de la autoridad en el derecho. Por ejemplo: (1) algunos teóricos discuten cuál es el papel de la autoridad en la manera en que los tribunales deberían interpretar las leyes (p. ej. como “agentes fidedignos” que tratan de determinar las intenciones del Parlamento, ya que, según este argumento, las disposiciones autoritativas del Parlamento, aun cuando no sean enteramente claras, deberían gozar de primacía), y (2) el argumento de Joseph Raz, basado en autoridad, sobre el “positivismo jurídico excluyente”. El argumento de Raz, en breve, es que el derecho, por su naturaleza, pretende ser una legítima autoridad práctica para sus ciudadanos. Sin embargo, para ser una autoridad, sostiene Raz, las normas jurídicas deben ser capaces de guiar la conducta sin que el agente necesite evaluar las razones que subyacen a favor y en contra de una acción. Así, concluye Raz, la validez y el contenido del derecho debe ser determinable sin recurrir a la evaluación moral (la posición básica del positivismo jurídico excluyente).

*Véase* derecho; interpretación; positivismo jurídico

**aversión al riesgo** Es frecuentemente importante, en el contexto del análisis económico de la conducta y de las elecciones, considerar las actitudes de los actores hacia el riesgo. Los actores indiferentes al ries-

go son “neutrales al riesgo”; aquellos atraídos al riesgo son “propensos al riesgo”, y aquellos a quienes les desagrada el riesgo son “aversos al riesgo”. Una persona neutral al riesgo sería indiferente ante la certeza de recibir \$100 y un 50 por ciento de probabilidad de recibir \$200; una persona aversa al riesgo podría preferir la certeza de tener \$90 sobre el 50 por ciento de probabilidad de obtener \$200; mientras que una persona propensa al riesgo podría, a la inversa, optar por un 50 por ciento de probabilidad de obtener \$200 por encima de, incluso, un pago asegurado de \$120.

Como han señalado algunos autores, podría ser más preciso decir que este tipo de elecciones reflejan las diversas preferencias por los resultados, en lugar de las preferencias por los riesgos. Por ejemplo, la persona que escoge los \$90 seguros en vez de la mitad de probabilidad de obtener \$200 podría en otras circunstancias ceder a la emoción de apostar, pero en esta ocasión tener una necesidad desesperada de dinero para comer. Para decirlo de otro modo, la persona que decididamente prefería el *statu quo* a una apuesta de 50/50 de perder o ganar \$100 podría simplemente tener “un rechazo a una utilidad mínima” en su ingreso: el placer que esta persona obtendría al ganar \$100 adicionales es mucho menor al dolor que sentiría por la pérdida de \$100 —y así el 50 por ciento de probabilidad de que suceda lo primero no compensa el 50 por ciento de probabilidad de que suceda lo segundo—.

*Véase* análisis económico del derecho; posición original; principio maximin