

VII. OBLIGACIÓN Y PRÁCTICA SOCIAL

Nicos STAVROPOULOS

1. HART SOBRE LA OBLIGACIÓN

HART pensaba que una importante labor de la teoría del derecho consistía en explicar la idea de obligación en el derecho, y que para ello era indispensable la noción de reglas. Sostuvo que las obligaciones están conectadas de manera fundamental con las prácticas sociales:

[L]a existencia de reglas [sociales] ... es el trasfondo normal, aunque tácito, o el contexto apropiado para [la] afirmación [de que un individuo tiene una obligación]; y ... la función distintiva de tal afirmación es aplicar esa regla general a una persona en particular...¹

HART consideraba esta conexión como parte de la propia idea de obligación, y sostenía que era importante en sí misma, y también un preámbulo necesario para entender el caso específico de la obligación en el ámbito jurídico².

Su explicación es conocida. Los patrones de conducta, aceptación y crítica constituyen conjuntamente reglas sociales. Llegamos a la zona de pre-embarque, somos muchos. Hay sólo una persona atendiendo detrás del mostrador de facturación. Hacemos una cola, esperando a que nos atiendan más o menos en el orden en que hemos llegado, y reaccionamos con enfado ante cualquiera que se cuele o no siga el orden con respecto a otros que llegaron antes. No es un acontecimiento aislado. Nuestra práctica consiste en actuar de este modo en circunstancias (reales e hipotéticas) como

Traducción del inglés de Lorena RAMÍREZ LUDEÑA.

*Este capítulo emplea en forma revisada material de las páginas 126-32 de STAVROPOULOS, 2013. Agradezco a los editores el haberme dado permiso para usar el material.

¹ HART, 1994: 85.

² HART, 1994: 85.

esas. En otras palabras, nuestra práctica incluye una tendencia asentada a actuar de este modo, si y cuando las circunstancias se presentan. Además, consideramos la práctica como un estándar al que tenemos el deber de conformarnos. Dicho de otro modo, consideramos que nuestro deber no solamente es hacer cola en esas circunstancias, sino ajustarnos al patrón de comportamiento relativo a hacer cola en esas circunstancias y, por tanto, tomar el *patrón* como un estándar³. Se sigue de ello que tomamos la existencia del patrón como razón para la acción (sean cuales sean las otras razones que podamos pensar que tenemos también para llevarla a cabo). De acuerdo con HART, esos hechos sobre nosotros constituyen y, por tanto, explican la existencia de una regla –el propio estándar que aceptamos en nuestras actitudes- que requiere que actuemos como lo hacemos. Entonces, esos hechos son lo que, fundamentalmente, hacen que tengamos la obligación de actuar de esa manera. Que una persona esté bajo una obligación supone que esa regla se aplica a esa persona, donde la presión para la conformidad excede cierto umbral de seriedad⁴. La obligación tiene un carácter específicamente moral si la presión de conformidad pretende provocar vergüenza, arrepentimiento y culpa. Obviamente, la clase de moral que HART tiene en mente aquí es lo que llama «la moral del grupo social», que en otro lugar llama moral «positiva» (diferente de la moral «crítica»). Esto no es porque acepte la existencia de obligaciones de la moral crítica, que están constituidas de otro modo. La explicación de HART de la obligación es completamente general y no deja lugar a obligaciones basadas en última instancia en hechos distintos de la práctica social. Como hemos visto, HART cree que la práctica social explica en última instancia la obligación como una cuestión de necesidad conceptual. HART entiende la distinción entre moral positiva y crítica de un modo diferente. Desde su punto de vista, sólo la moral positiva, practicada socialmente, puede fundamentar obligaciones. Del lado de la moral crítica, encontramos los ideales morales y los principios de la moral personal, que trascienden y pueden fundamentar la crítica de

³ HART, 1994: 57. Un patrón de comportamiento, en sí mismo, es consistente con una actitud diferente: cada uno acepta una razón distinta, y no dependiente, de la existencia del patrón. En ese caso, coincidimos en nuestra acción y concurrimos en nuestra aceptación de un deber de actuar de ese modo, pero no satisfacemos las condiciones de HART de una obligación constituida por la práctica.

⁴ HART, 1994: 86-87.

la práctica social o dar razones para desviarse de ella, pero que no dan lugar a obligaciones⁵.

Esta explicación de la obligación es obviamente deficiente. Por un lado, es claramente falso que la obligación de llevar a cabo una acción en determinadas circunstancias exista solo cuando haya una práctica social de llevar a cabo o de suscribir la acción. Además, HART estaba equivocado al decir que la *afirmación* de que alguien tiene una obligación de llevar a cabo una acción implica la existencia de una práctica social que la respalda. Esa afirmación es perfectamente razonable en ausencia de tal práctica o incluso ante una práctica en contrario. Si no lo fuera, los reformistas, los críticos con la sociedad, y quienes reflexionan moralmente de manera original y sostienen la existencia de ciertas obligaciones morales (en lugar de meros ideales que pueden convertirse en obligaciones sólo si son adoptados por el grupo social relevante) no tendrían nada que hacer. Podría parecer que el problema puede solventarse restringiendo el alcance de la explicación a la obligación convencional. Pero esto es ilusorio, puesto que el problema radica en última instancia en el supuesto fundamento de la obligación más que en el alcance de la explicación. La práctica puede desempeñar un papel, aunque uno muy distinto, en la explicación de la obligación. Cuando existe una práctica (admisible), a menudo hay razones para conformarse a ella, y la existencia de la práctica, incluyendo las actitudes de aceptación y crítica, desempeña un rol en la explicación de cómo es que rige la razón. Pero la explicación debe incluir aquellas consideraciones que confieren a la práctica ese rol de proporcionar razones, que son por tanto fundamentales.

Pueden extraerse ejemplos cotidianos de obligaciones relativamente triviales que tenemos. Las convenciones de cortesía trazan la distinción entre el respeto y la ofensa en nuestra interacción con extraños. Tenemos razones para evitar las ofensas, lo que hace que las prácticas existentes de cortesía, incluyendo las expectativas que crean y sustentan, sean relevantes para nuestras acciones. Las razones hacen que sea el caso que tengamos la obligación de conformarnos a las prácticas, por lo tanto de llevar a cabo acciones consuetudinarias y esperadas, y se explican a su vez por determinados valores

⁵ HART discute la distinción entre moral positiva y crítica en el capítulo VIII de su libro; véase HART, 1994: 167-80; HART, 1994: 301, nota final a la página 167. Que HART no admitiría la existencia de obligaciones de moral crítica se confirma también por el hecho de que HART no ofrece una explicación más básica de la obligación que pueda dar lugar a la distinción entre *obligación* de moral positiva y crítica.

que hacen que merezca la pena evitar la ofensa (y la frustración de ciertas expectativas). Hacer cola es un modo de compartir un recurso en circunstancias de congestión. Allí donde se hacen colas, saltárselas, o no seguir el orden de la fila, le asigna a quien se las salta o no las sigue una parte menor del coste de usar el recurso en comparación con otros y a su costa. Si esto es correcto, en esas circunstancias, las razones de equidad anteriores nos obligan a hacer cola y esperar nuestro turno.

En estos ejemplos, las prácticas son relevantes para el contenido de la obligación, pero no la determinan en última instancia. En lugar de ello, los hechos normativos, que son independientes de la práctica y dan a algunos de sus elementos relevancia normativa, sí lo hacen. La estructura de esos casos se refleja en otros ámbitos donde hay más en juego: las razones para no dañar a otros (y a nosotros mismos) hacen que las prácticas de conducción sean relevantes para nuestra acción, de hecho fundamentan una obligación de conformidad, incluyendo la obligación de conducir por la izquierda en Inglaterra. También se refleja, *mutatis mutandi*, en muchos otros ámbitos donde hay razones para coordinarse y cooperar, donde lo que los otros están dispuestos a hacer es relevante para definir lo que cada uno tiene razones para hacer.

Como los ejemplos ponen de manifiesto, los hechos fundamentales son a menudo obvios y casi no merece la pena mencionarlos –por supuesto no deberíamos ofender a extraños o dañar a otros–, lo que puede hacer que parezca que la explicación funciona sin ellos. Pero esto es solo una ilusión. El argumento general es simple. Los hechos sociales, incluyendo los patrones de conducta y las actitudes hacia esos patrones, no constituyen nuestras obligaciones, aunque pueden ser relevantes para ellas. Y pueden afectar su contenido, cuando y en virtud de que determinados hechos normativos no sociales, que fundamentan las obligaciones, les confieren ese rol a los hechos sociales. De modo que el argumento de HART, incluso limitado a las obligaciones cuya existencia depende de la existencia de una práctica, distorsiona su naturaleza, lo que incluye de manera crucial el origen de su fuerza.

Los hechos normativos presentes en el trasfondo de esos ejemplos solucionan un problema que resultaría inabordable si intentáramos solventarlo empleando solo los instrumentos admitidos por HART. HART es optimista al pensar que, en la medida en que una práctica esté asentada, constituye una regla determinada. En cualquier práctica, los hechos sobre la acción y las actitudes realmente establecidas (incluyendo las disposiciones existentes a actuar en casos hipotéticos) de los agentes que la conforman, incluso conjuntamente con hechos sociales adicionales (que son el único tipo de hechos

a los que apela la explicación de HART), son incapaces de determinar por sí mismos ningún estándar⁶. Para cualquier acción que un agente pueda proponerse llevar a cabo, siempre se nos puede ocurrir algún estándar «desviado» que sea consistente con la práctica así entendida, bajo el que la acción es precisamente lo que la práctica requiere ahora. Supongamos que los individuos de HART, que en su práctica instaurada se han estado quitando el sombrero al entrar a la iglesia y han estado esperando que el resto haga lo mismo, llevaban todos sombreros de cierto estilo imperante en la Inglaterra de los años 50. La regla que exigiese que se quitaran los sombreros *de ese estilo* sería consistente con esos hechos, y no exigiría quitarse, por ejemplo, un sombrero de ranchero nunca antes visto por esos lugares. Pero, si ninguna acción imaginable puede contar como un error por referencia a la práctica, no hay un estándar genuino que la práctica constituya⁷.

La dificultad nos resulta familiar por el análisis de Saul KRIPKE de los escritos de WITTGENSTEIN sobre el seguimiento de reglas. El problema fundamental es de relevancia. ¿Importa el estilo del sombrero? Si no es así, ¿por qué no?⁸ La lección general es tan simple como profunda. Para que cualquier acción y actitud, u otra contingencia, determine un estándar, algo distinto de esos factores debe determinar la relevancia de cada uno. En los ejemplos de obligación convencional que acabamos de ver, los hechos morales desempeñan ese rol, haciendo que ciertos aspectos de una práctica sean relevantes para lo que se debe hacer, y por tanto que fundamenten y expliquen el contenido de la obligación. Su rol no es reafirmar algún estándar constituido solo por la práctica –no hay ningún estándar constituido de esa manera. En lugar de ello, al determinar lo que importa dando razones de por qué debería importar, determinan de ese modo el estándar y, por tanto, qué es lo que hace que una acción sea consistente (como cuestión de principio, más que formalmente) con la práctica.

⁶ Si es así, no hay un estándar determinado que pueda dar contenido a las actitudes de los participantes de considerar el patrón relevante «como un estándar».

⁷ Véase GREENBERG, 2004: 157. La descripción del problema fundamental está en KRIPKE, 1982 y su elaboración en términos del carácter vacío de la consistencia formal y la necesidad de limitaciones sustantivas está en HURLEY, 1989. GREENBERG analiza el problema en detalle, y extrae implicaciones para la explicación de la naturaleza del derecho, incluyendo la explicación propuesta por HART.

⁸ Véase GREENBERG, 2004, para un análisis de los intentos por solventar el problema de relevancia apelando a más hechos sociales.

Podría considerarse otra posible salida para la posición de HART. Quizá podamos entender que pretende ser parcial, que apunta a explicar en qué consiste aceptar una obligación, o cómo se ven las cosas desde la perspectiva de alguien que la acepta. Pero esa explicación parcial o perspectivista presupone una explicación más básica de qué acepta quien acepta una obligación, lo que sirve para dar contenido a la concepción parcial o perspectivista. Bajo la hipótesis de que la concepción de Hart se limitara de tal modo, faltaría esa explicación más básica necesaria para dar contenido a la versión limitada. HART es, en todo caso, bastante claro con respecto a que pretende que su reconstrucción sea una explicación de lo que es *tener* una obligación, no de qué es aceptarla como algo distinto y derivado de que uno esté sujeto a ella.

La distinción entre consideraciones que un agente toma como una razón a la que está dispuesto a conformarse y consideraciones que son de hecho tales razones con independencia de las disposiciones del agente difícilmente tenga sentido en la filosofía de HART, y él explícitamente la rechaza. Es esencial para su posición que cada práctica diferenciada –cada patrón de conducta y disposición a conformarse- constituya de manera independiente un ámbito separado de obligaciones, tan genuino o robusto como cualquier otro, posiblemente difiriendo solo en el carácter o los medios de presión que respaldan las expectativas de conformidad del grupo relevante. HART pensaba que la práctica jurídica constituía otro ámbito más de obligaciones auténticas, genuinamente características de él, y rechazó hasta el final la sugerencia de que concibiera la aceptación en la práctica jurídica como la actitud, sincera o fingida, de conferir fuerza moral a la práctica⁹.

La idea de que existen muchos ámbitos separados de obligaciones genuinas, cada uno explicado a nivel constitutivo independientemente del resto por las acciones y actitudes internas a la práctica relevante tiene sentido en la concepción no realista de las razones de HART. HART advirtió que, bajo la hipótesis de que las razones existen independientemente de la motivación subjetiva del agente, es difícil mantener la separación de ámbitos entendidos de ese modo, incluyendo, en particular, la tesis de que las razones jurídicas y morales eran distintas. Dada la hipótesis, quien deseara mantener la distinción se enfrentaría a un dilema. Podría aceptar la idea de que el deber jurídico era una *forma* de deber moral –un deber moral desde el punto de vista de la práctica.

⁹ Véase HART, 1982: 266 y ss., 153-61.

Esto diluiría la distinción entre las razones jurídicas y las morales de un modo que la teoría de HART no podría admitir, dado que la explicación del deber jurídico tendría ahora que derivarse en parte de la explicación del deber moral, incluso aunque pudiera seguir insistiendo en que el deber jurídico no era un deber *completamente* moral. Alternativamente, podría ser conducido a aceptar la hipótesis adicional, que HART caracterizó de «extravagante», de que existían dos ámbitos independientes de razones objetivas, uno jurídico y otro moral. Esto le permitiría preservar la independencia constitutiva de los dos ámbitos aunque a un coste metafísico alto. HART consideraba que la última alternativa no era viable por esa razón. También rechazó la primera, ya que, además de su preocupación por que se diluyera la distinción entre razones jurídicas y morales, no estaba convencido de que los participantes tengan que conferirle (sinceramente o no) fuerza moral a una práctica para que la práctica les dé razones para la acción. Concluyó que no necesitaba abandonar su propia teoría de las prácticas, que reducía la obligación a patrones de conducta y disposiciones asentadas a conformarse, sin referencia a consideraciones externas a la práctica relevante. Una lección que aprendemos de las complicadas reflexiones de HART sobre estas cuestiones es que las estrategias realistas y no-realistas para mantener la distinción (en el sentido especificado) entre razones morales y jurídicas no pueden combinarse.

En la explicación alternativa de las obligaciones esbozada más arriba, las reglas desempeñan un rol limitado. Dados los hechos morales y sociales de los ejemplos y, por tanto, las obligaciones que constituyen, estaría justificado que hiciéramos referencia a reglas que requieren ciertas formas de saludo, esperar nuestro turno, o mantenernos del lado izquierdo en las circunstancias relevantes. Esas reglas meramente resumirían el efecto de las consideraciones relevantes sobre las obligaciones, y serían útiles para presentar la situación normativa y para recordarnos lo que normalmente deberíamos hacer en ciertas circunstancias cotidianas.

Las reglas así entendidas no ocupan el lugar intermedio que HART asigna a las obligaciones en la explicación fundamental de las prácticas sociales. Ni están constituidas por prácticas sociales, ni fundamentan o explican en el sentido constitutivo las obligaciones relevantes (de modo que no es cierto que tengamos obligaciones en virtud de la existencia de las reglas). En cambio, las obligaciones se explican por los

hechos morales y sociales del trasfondo que están meramente resumidos y reflejados en las reglas¹⁰.

Esto seguiría siendo así incluso cuando resultara que todos compartimos y suscribimos una formulación particular, que no se convertiría entonces en canónica. La sugerencia de que es permisible que una mujer en estado de gestación avanzado vaya al frente de la cola implicaría que una formulación simple como «se atiende por orden de llegada» era un resumen inadecuado de las consideraciones relevantes y debería ser limitado, no que ese caso quedaba abierto por las consideraciones que regulaban los casos claros y se reflejaban en la regla, de modo que el nuevo caso tendría que ser regulado de nuevo (que es lo que tendríamos que asumir para reconciliar una regla puramente hartiana con lo que parecería ser una clara violación de la misma). Puesto que las obligaciones no se explican por las reglas, las dificultades de aplicar los términos de una cierta formulación no tienen consecuencias para las obligaciones que la formulación pretende captar.

En la concepción alternativa, las reglas (y otros estándares) son instrumentos convenientes de exposición que no explican las obligaciones, sino que resumen el efecto de otras consideraciones, que de hecho las explican. Esta concepción de las reglas y de su relación con la práctica social se refleja en el siguiente fragmento de la crítica inicial de DWORKIN a la teoría de las reglas de HART:

«Es cierto que los juicios normativos a menudo asumen una determinada práctica social como parte esencial de las condiciones para ese juicio; este es el sello distintivo, como dije, de la moral convencional. Pero la teoría de la regla social ofrece una concepción equivocada de la conexión. Cree que la práctica social *constituye* una regla que el juicio normativo acepta; de hecho la práctica social ayuda a *justificar* una regla establecida por el juicio normativo. El hecho de que la práctica de quitarse el sombrero en la iglesia exista justifica sostener una regla normativa a tal efecto —no porque la práctica constituya una regla que el juicio normativo describe y respalda, sino porque la práctica crea formas de ofender y da lugar a

¹⁰ Se podría objetar que «regla» representa una consideración que desempeña el rol explicativo que HART le asigna: un estándar que hace que sea el caso que tengamos ciertas obligaciones. En ese caso, corresponde decir que la concepción alternativa no deja espacio para las reglas. Pero es instructivo ver por qué no, y por qué todavía tiene sentido hablar en términos de reglas. Además, puede que no sea sensato incorporar una tesis controvertida acerca de la metafísica de la obligación en la idea de regla.

expectativas que constituyen un buen fundamento para afirmar el deber de quitarse el sombrero en la iglesia o para sostener la regla normativa de que uno debe hacerlo¹¹».

Se sigue de ello que el contenido de la regla y el contenido de la práctica que la justifica no tienen que coincidir: la regla puede exigir más o menos de lo que se practica. Y algunas prácticas pueden no justificar ninguna regla.

«La teoría de la regla social fracasa porque insiste en que la práctica debe de algún modo tener el mismo contenido que la regla que los individuos invocan en su nombre. Pero si simplemente suponemos que una práctica puede justificar una regla, entonces aunque la regla así justificada pueda tener el mismo contenido que la práctica, puede que no lo tenga; puede quedarse corta, o ir más allá. Si observamos la relación entre la práctica social y las exigencias normativas de este modo, entonces podemos dar cuenta, sin problemas, de lo que la teoría de la regla social intenta explicar. Si alguien entiende que una práctica social carece de sentido, o es insensata, o insultante, puede creer que ni siquiera en principio justifica sostener deberes o reglas normativas de conducta, y en ese caso dirá, no que le impone un deber que él rechaza, sino que, a pesar de lo que otros creen, no impone ningún deber¹²».

2. PRETENSIONES MORALES

La teoría de HART fracasa como explicación de la metafísica del deber, tanto por suponer que la práctica social de llevar a cabo una acción es necesaria para la existencia de un deber de realizarla, como al asumir que ello es suficiente. Es deficiente como análisis de la lógica de las afirmaciones de deber, al sostener que esas conexiones entre la práctica y el deber han de estar presupuestas o implicadas cuando se realizan afirmaciones sobre qué deberes existen. Y ello distorsiona gravemente la naturaleza de la moral y su rol en la explicación de las obligaciones, al suponer que cada práctica por

¹¹ DWORKIN, 1978: 57.

¹² DWORKIN, 1978: 57.

sí misma genera su propia esfera de deber, con la moral limitada al rol de crítica desde fuera, sin ningún impacto en la relación de determinación que pueda sostenerse entre la práctica y el deber, y por tanto sobre la capacidad de la práctica de fundar algún deber en absoluto. También hemos visto que la teoría no puede ser remendada restringiendo su alcance a los deberes convencionales porque, incluso restringida de ese modo, todavía no capta la naturaleza de la conexión entre convención y deber. Tampoco puede ser remendada restringiendo su ambición a una explicación parcial del deber desde el punto de vista de la práctica porque, en el esquema de HART, explicar cómo parecen ser las cosas desde la perspectiva de quienes aceptan un deber de conformarse a una práctica es explicar qué significa que ese deber existe en su totalidad. A la luz de HART, entonces, la explicación perspectivista no deja nada importante que explicar en un estadio ulterior.

Este último problema sugiere un modo de preservar una versión más defendible de las principales tesis de HART: desarrollar la idea de perspectiva normativa sobre la base de una distinción robusta entre que uno crea que un determinado deber existe y que ese sea el caso. Esta distinción es central para la explicación alternativa esbozada arriba, y es parte de una concepción realista acerca de las razones, incluyendo las razones para la acción. Pero el realismo sobre las razones no es como tal exclusivo de la explicación alternativa. Puede desarrollarse una aproximación al problema de la obligación que se base en esa distinción pero que de otra manera sustente la concepción de HART. Podemos entonces desarrollar una variante de la concepción de HART adecuada para un realista práctico. Esta clase de realista comparte la aproximación general de HART a la metafísica de la obligación: tenemos que aproximarnos a la naturaleza del deber a partir del análisis de lo que uno quiere decir cuando exige un deber. En el caso de las prácticas sociales, las exigencias centrales son las que se realizan con base en, o se siguen de, las actitudes de los participantes: quienes aceptan los deberes relevantes. Son sus afirmaciones las que definen el punto de vista de la práctica y son por tanto privilegiadas. Pero el realista sostiene que las exigencias normativas que prevalecen en una práctica no son suficientes para la obligación¹³.

¹³ El realista tampoco necesita compartir, y no lo haría de modo plausible, la visión de HART de que una práctica social es *necesaria* para las obligaciones. En lo que sigue, discuto la variante realista de la posición de HART para el subconjunto de obligaciones que sí dependen de la existencia de una práctica social.

La variante realista, entonces, divide la explicación del deber en dos estadios. En el primer estadio, podemos decir que una práctica que satisface las condiciones de HART genera obligaciones desde el punto de vista de la práctica, que es el punto de vista de quienes consideran la práctica como obligatoria. Tenemos que entender el punto de vista de la práctica de modo que incluya un reclamo tácito sobre lo que nos debemos los unos a los otros, es decir, un reclamo moral. De modo que considerar la práctica como obligatoria es sostener que conformarse a ella es moralmente obligatorio¹⁴. Ahora, como la distinción tajante sugiere, una cosa es conferir fuerza moral a una práctica, y otra que la práctica la posea. Que la afirmación moral sea verdadera y, por tanto, que la práctica tenga éxito en generar obligaciones plenas, depende de si las obligaciones perspectivistas están ratificadas moralmente. Esto se determina por separado, en un segundo estadio, que consiste en una indagación moral sustantiva. Este enfoque produce resultados muy distintos de los de HART. HART diría que quienes trabajan para la Mafia tienen la obligación de disparar en las rodillas a aquellos que rechazan hacer los pagos de protección, lo que tiene lugar en virtud de la práctica y la actitud de la Mafia. Por supuesto, esta es una obligación específica de la Mafia. El resto de nosotros podría criticar la práctica apelando a ideales morales, e incluso un miembro de la Mafia podría negarse a realizar el acto con base en su conciencia. Si lo hiciera, estaría infringiendo una genuina obligación que tenía con la organización. En la variante realista, podemos rechazar estas afirmaciones. Podemos decir que las prácticas de la Mafia incluyen la pretensión implícita de que sus miembros tienen la obligación moral de imponer ese castigo brutal a los deudores que no cumplen, de modo que desde el punto de vista de la Mafia existe un deber moral de hacerlo. Pero en este caso la pretensión moral es manifiestamente falsa. Nadie puede hacer eso a otras personas, y ninguna práctica, sin importar cuán arraigada esté, puede cambiar eso. Por tanto, tal obligación no existe realmente.

En la variante realista, entonces, la moral no se restringe a la crítica sino que afecta a la existencia de una obligación. Si una práctica y unas actitudes asentadas dan

¹⁴ A este respecto, la concepción realista diverge profundamente de la de HART. HART dijo que aquellos que aceptan un deber de conformarse no tienen que aceptar una razón moral para hacerlo: pueden aceptar el deber por varios motivos. El realista puede estar de acuerdo en que los motivos pueden variar, pero insistir en que lo que está en juego es moral de modo que, sean cuales sean los motivos que los participantes tengan de hecho para conformarse, no pueden contar como la aceptación de un deber a no ser que sostengan que la práctica, de modo sincero o no, les obliga moralmente.

lugar a obligaciones, algún hecho moral debe hacer que esto sea así. Pero el rol de la moral sigue siendo reducido. Para este realista, sigue siendo el caso de que los deberes que la práctica pretende imponer son los aceptados como tales por los participantes. De modo que podemos estar de acuerdo con HART en que las prácticas sociales definen deberes, mientras la existencia de los deberes dependa de factores morales. La moral no desempeña ningún papel en la determinación del contenido de los deberes que la práctica pretende crear. Su rol se limita a la ratificación, si ciertas condiciones se satisfacen, de los deberes ya definidos sólo por hechos sociales.

La ambición de separar claramente el rol de los hechos sociales y aquel de la moral expone a esta concepción a ciertas dificultades. Al dejar que los hechos sociales de la práctica determinen el contenido de los deberes putativos, se hereda el problema de determinación delineado más arriba: los hechos sociales en sí mismos no constituyen un estándar u obligación determinado que la moral podría o no ratificar. Del lado moral, esta concepción debe postular la existencia de algún hecho moral que pueda dar fuerza a la práctica social y, por tanto, garantizar la existencia de las obligaciones que la práctica pretende generar, sin tener ningún efecto sobre su contenido. Este debe ser algún hecho moral inusual, pues hace a su naturaleza que la moral sea relevante para el contenido de nuestros deberes. Debe ser algún hecho moral el que ordena que, en algunas circunstancias especiales, la moral sea dejada de lado en la determinación del contenido del deber a favor de factores puramente no-morales.

Esta posición puede explicar la existencia de tal hecho en términos de potestad normativa. Esta noción normalmente se desarrolla en conexión con la acción individual. El ejemplo estándar tiene que ver con prometer. Puede argüirse que tienes la potestad normativa de situarte bajo el deber de llevar a cabo cierta acción prometiendo llevar a cabo la acción, entendiéndose en términos de expresar de ese modo la intención de pasar a estar bajo el deber de llevar a cabo la acción. Si es así, el deber tendría origen en tu elección, con la moral restringida al rol de subrayar este mecanismo de producción del deber, garantizándote la potestad que tácitamente sostienes cuando pretendes crear un deber simplemente expresando la intención de hacerlo. Por tanto confiere fuerza obligatoria a tus elecciones, con límites, sin importar el contenido. Y, bajo esta hipótesis, la moral te garantiza la potestad porque es bueno que los agentes la tengan

para que cada uno sea capaz, a partir de sus elecciones individuales, de dar forma a su propio mundo moral¹⁵.

Pero la noción de potestad normativa podría ser adaptada para aplicarse a los grupos. Podría sostenerse que la moral dota a los agentes con un tipo de potestad normativa distribuida, a saber, la de situarse bajo la obligación de llevar a cabo una acción haciendo que sea su práctica llevar a cabo la acción y formándose una actitud de aceptación hacia su propia práctica. Esta sería una potestad que ningún agente podría ejercer solo, sino que los agentes podrían ejercer juntos, si cada uno actuara tratando de hacer concordar su acción con otros y considerara apropiado hacerlo. Para la variante realista en discusión, tal potestad normativa debería ser limitada: no podría ser usada exitosamente para crear el deber de llevar a cabo una acción que sea completamente no permisible –aunque los individuos podrían e inevitablemente tratarán de hacerlo. Pero en la esfera de permisibilidad, sería completamente no concluyente. Los agentes podrían emplearla para hacer obligatorio el conducir por la izquierda o, igual de fácilmente, por la derecha, o para inventar el deber de no cruzar una línea arbitraria, haciendo que sea su práctica el conducir por uno u otro lado o no cruzar la línea y, en cada caso, llegando a considerar que es su deber conformarse a la práctica. Y, como antes, la existencia de la potestad podría ser explicada suponiendo que hay valor en que los agentes sean capaces de cambiar su situación normativa actuando conjuntamente del modo especificado.

Bajo esta hipótesis, una vez que la moral garantiza a los agentes la potestad postulada de cambiar su situación normativa en el modo especificado, no tiene ningún rol más que desempeñar. La obligación que afecta a los agentes que ejercen la potestad exitosamente es sensible exclusivamente a su acción y psicología, pero insensible a los efectos moralmente relevantes de su conducta o actitudes en sus circunstancias. Una vez que se ejerce la potestad, la moral ordena que la moral sea dejada de lado.

A este respecto, esta concepción difiere de la posición completamente moralizada bosquejada con anterioridad, en que la moral retiene un papel en estadios analíticamente posteriores, haciendo que cualquier obligación que pueda estar basada en alguna práctica social sea sensible a los efectos moralmente relevantes de la práctica. Según la explicación moralizada, una vez que existe esa práctica social, las circunstancias han

¹⁵ RAZ, 1972 y 1977.

cambiado, y si existe algún deber, existe en virtud de las nuevas circunstancias. Si pasa a ser nuestra práctica el conducir por la izquierda (bajo la asunción de que podríamos conducir por la izquierda o por la derecha), ello hace que esa alternativa sea la única atractiva y vacía la otra alternativa de todo atractivo racional. Conducir por la derecha era una opción razonable antes; ahora, sería descabellada. Esos hechos son moralmente relevantes porque tenemos un deber moral antecedente de coordinar nuestra conducción escogiendo el mismo lado de la carretera. Y es en virtud de los nuevos desarrollos que este deber antecedente se ha convertido ahora en un deber de conducir por la izquierda. Y si llega a ser nuestra práctica el observar ciertas formas y rituales en nuestra interacción con extranjeros, está casi garantizado que la no observación provocará ofensa. El valor moral de las acciones ahora ha cambiado, de modo que ciertas acciones que serían neutrales en ausencia de la práctica deben ser ahora evitadas porque causarán ofensa mientras otras deben ser llevadas a cabo porque la evitarán. Esto es moralmente relevante porque tenemos un deber antecedente de evitar ofender, y es de nuevo en virtud de esos nuevos hechos que pasamos a tener el deber de observar las formas y rituales. De modo que en ambos casos, la moral sigue siendo relevante después de la ocurrencia de las acciones individuales y las actitudes que constituyen la práctica social relevante, evalúa la situación de los agentes de nuevo, y los sitúa bajo un deber, cuando lo hace, en virtud de aspectos moralmente relevantes de su situación así actualizada. De ese modo, la alternativa moralizada muestra la estructura general de la explicación moral, en que no es simplemente lo que hiciste sino también las consecuencias moralmente relevantes de tu acción –que diste lugar a expectativas, fomentaste la confianza, pusiste a otros en una situación vulnerable- lo que te sitúa bajo obligaciones con aquellos afectados por tu acción en el modo relevante. Y en todos los casos, la moral determina tanto el contenido como la fuerza del deber, más que meramente dar fuerza a deberes putativos definidos de otra forma.

De modo que la hipótesis en discusión se compromete con un mecanismo controvertido, no estándar, a través del cual las prácticas sociales pueden producir obligaciones. Además, es una parte esencial de la hipótesis que el mecanismo postulado se integra en la lógica de la acción y está presupuesto o implicado por las exigencias normativas de los participantes. Cuando nos sumamos a la cola y esperamos nuestro turno, queremos, en esta hipótesis, sujetar nuestra acción a un deber que existe sólo en virtud del hecho de que es nuestra práctica hacer cola, y cuando le decimos a alguien nuevo que debe hacer como nosotros hacemos, citando nuestra práctica de hacer cola,

queremos mostrar, al menos implícitamente, que él también tiene que sujetar su acción a un deber así constituido. De ese modo, reivindicamos la potestad normativa de crear, en virtud de nuestra conducta y actitud, el deber que tenemos cada uno hacia el resto de sumarnos a la cola. Y, si es cierto que el deber se da, como es razonable suponer que ocurre en este caso, es esta afirmación moral la que resulta reivindicada por la moral, confiriéndonos la potestad invocada.

Para ver si la hipótesis se confirma tenemos entonces dos tareas. Primero, debemos establecer si la moral contiene el mecanismo especial de producción del deber y la potestad (u otra forma de mandato en que, si una práctica social existe, el contenido del deber depende de los hechos sociales de la práctica solamente, excluyendo otros factores morales) que la harían posible. Es una cuestión moral sustantiva si la moral contiene esos elementos y no hay razón aparente, independiente de la doctrina sobre la metafísica del deber que dependa de su existencia, para suponer que lo hace. En lugar de ello, al tratar las prácticas sociales como capaces de generar deberes cambiando de manera sistemática las circunstancias en modos moralmente relevantes, la explicación moral ordinaria parece captar correctamente los fenómenos morales.

Sin embargo, la hipótesis en discusión incluye el argumento de que la elección entre la explicación ordinaria y la especial no debe basarse en fundamentos morales sustantivos. Sostiene que el mecanismo especial es privilegiado porque está integrado en la lógica de las prácticas con pretensiones normativas. De modo que el mecanismo seguiría siendo un objeto merecedor de estudio, con independencia de que la moral contenga el mecanismo estipulado, ya que representaría la perspectiva moral distintiva de las prácticas sociales, el modo en que se supone que obligan. Y si resulta que la moral no contiene el mecanismo, lo que se seguiría no es que las prácticas generan obligaciones de algún otro modo sino que, como tales, no generan en absoluto obligaciones, excepto quizás como una cuestión de accidente moral.

De modo que la segunda tarea es sostener la parte «conceptual» de la hipótesis en discusión, que concierne a la «lógica» de las prácticas sociales. Esta parte pretende modelar las actitudes prácticas que deben prevalecer entre los participantes si una práctica social ha de ser capaz de generar obligaciones. El modelo no es una descripción de las actitudes reales de los participantes. En cambio, son las actitudes que tenemos que entender que ellos muestran cuando aceptan un deber y señalan una práctica social como explicación de cómo es que tienen el deber. Por tanto, esa parte de la hipótesis pretende articular los requisitos conceptuales básicos sobre el modo en que las prácticas

sociales podrían fundamentar las obligaciones: solo una explicación que satisfaga estos requisitos puede explicar adecuadamente las obligaciones.

Dice, primero, que debe entenderse que los participantes afirman implícitamente que tienen una obligación moral o que están sujetos a un estándar al que su práctica da lugar, una exigencia que la moral puede o no justificar. Esto implica que debe entenderse que los agentes que convergen en su comportamiento respaldan la misma obligación o estándar, o, en caso contrario, no habría una exigencia única desde la perspectiva interna que la moral podría simplemente respaldar. En lugar de ello, la moral tendría que jugar un rol distinto y decidir, ahora con fundamentos morales sustantivos, entre afirmaciones individuales en disputa relativas a qué deber o estándar moral exactamente puede dar lugar exactamente la práctica. Además, la hipótesis implica que el deber moral o estándar putativo que apoyan, y que la moral podría confirmar, debe ser tal que todas y sólo aquellas acciones respecto de las cuales los agentes tienen una práctica convergente sean obligatorias. De otro modo, tendría que haber algún estándar externo a los hechos sociales de la práctica que regulase la práctica y por referencia al cual podría resultar exigido algo más o algo menos que aquello en lo que los agentes convergen. El estándar sería entonces un estándar moral ordinario, sustantivo, de modo que la moral nuevamente determinaría en última instancia el contenido del deber o estándar al que la práctica podría dar lugar, en vez de confirmar la fuerza de un deber o estándar definido por la práctica establecida.

Segundo, en la parte conceptual, la hipótesis dice que debe entenderse que los participantes sujetan su acción a algún deber moral o estándar que implícitamente sostienen que se da, no meramente en consecuencia sino precisamente en virtud de su práctica establecida. Porque de otro modo, factores externos a la práctica establecida entrarían de nuevo en escena como elementos determinantes de la relevancia práctica de esas consecuencias. En ese caso, la moral desempeñaría su rol usual de determinar la relevancia práctica de determinados factores no-morales (las consecuencias de la práctica) y, por tanto, de fundamentar en última instancia cualquier deber que pueda darse, en lugar del rol especial de dotar a la práctica del poder para definir deberes.

Si los participantes no lograsen esta uniformidad, inevitablemente surgirían desacuerdos respecto de cuáles son exactamente sus deberes (por hipótesis, morales) en el marco de la práctica, con diferentes partes señalando los mismos hechos sociales de la práctica establecida al argumentar qué han de hacer, dados esos hechos. El desacuerdo ahora tendría que ver con la incidencia de esos hechos sobre las

obligaciones morales de las partes –su relevancia moral- y cada parte apelaría inevitablemente a factores externos a la práctica establecida al defender que la práctica genera un deber moral. Este sería un desacuerdo moral sustantivo, que la moral podría resolver sólo operando en el modo usual de determinar, de una vez, el contenido y la fuerza de cualquier deber o estándar, en lugar de dotar de fuerza obligatoria a algún deber o estándar definido no-moralmente.

La concepción moralizada muestra que no tenemos razones para aceptar los requisitos conceptuales propuestos, ya sea respecto del contenido o del fundamento. Es, en sí misma, una explicación coherente y plausible de cómo las prácticas sociales pueden marcar una diferencia en la situación normativa de los agentes, una explicación que se basa en el conocido mecanismo general a través del cual la moral determina la relevancia práctica de factores no-morales. Además, las actitudes consistentes con la explicación pueden imputarse inteligiblemente a los agentes que incurren en obligaciones generadas por sus prácticas sociales. No *tenemos* que entender a los agentes del modo en que la hipótesis supone. Consideremos un grupo de agentes que explícitamente acepta la concepción moralizada como la explicación correcta de cómo una práctica social puede dar lugar a obligaciones. El grupo puede desarrollar una práctica, aceptar que su existencia ha cambiado lo que se deben unos a otros, y hacer afirmaciones morales en su nombre. Una práctica entendida de este modo por sus participantes puede prosperar y ser exitosa, si la moral justifica sus exigencias -no confiriéndoles el poder de definir deberes sino estando de acuerdo con la valoración de la relevancia moral de su acción. La práctica puede solventar un problema de coordinación haciendo que una de entre muchas alternativas sea la que haya que adoptar, y los agentes ahora se entenderán a sí mismos como sujetos al mismo deber de adoptar la alternativa, un deber que no existiría de no ser por la práctica: ellos pensarían que su deber moral antecedente de hacer lo que otros hacen en las circunstancias relevantes se perfecciona ahora en virtud de la relevancia moral para la acción de todo individuo del hecho de que otros tenían una inclinación de llevar a cabo la alternativa. Podrían de modo perfectamente inteligible resumir su pensamiento diciendo que incurrieron en el deber por su práctica establecida. Los miembros de un grupo que piensan de este modo han internalizado, efectivamente, la explicación moralizada y entienden que, como cuestión general, si la acción del grupo converge de ciertos modos, pueden producirse de manera confiable efectos sistemáticos y predecibles sobre sus obligaciones morales precedentes. Por tanto, tienen un esquema para cambiar su

situación desarrollando, si pueden, nuevas prácticas, y un mapa que traza los modos en que su situación ha cambiado por cualquier práctica en que resulten encontrarse.

Puesto que esos agentes sostienen que los estándares o deberes que se dan por su práctica son genuinamente morales, que tienen lugar no simplemente en virtud sino como consecuencia de su práctica establecida, no tienen que acordar todos sobre el contenido de los estándares o deberes. Además, no tiene que existir una visión compartida determinada sobre cómo, exactamente, la práctica incide en los estándares u obligaciones que afectan a los participantes, incluso cuando se acuerda en general en que lo hace. Pueden suscribir estándares superpuestos, bajo los cuales resulta exigido más o menos de lo que se practica, y la divergencia en los estándares o deberes percibidos tendría que ver con las diferencias en la comprensión de la relevancia moral de varios factores sociales y el modo en que se combinan para producir su efecto normativo. Estos agentes sujetan su acción en última instancia a algún principio moral que sostienen que sirve su práctica. Hacen cola, no sólo porque es su práctica hacerlo, sino porque su práctica de hacer cola es un modo idóneo de responder al problema de la justa asignación de algún recurso en circunstancias de congestión y, dada la existencia de la práctica, hacer cola es la conducta justa en esas circunstancias. La moral, entonces, no desaparece de la escena una vez que la práctica se establece. Sigue en juego, determina lo que exige la justicia y es decisiva para cualquier desacuerdo sobre cómo la práctica establecida realmente afecta a la cuestión que pueda surgir.

De un modo más fundamental, los agentes que sujetan su conducta a estándares morales sustantivos implícitamente se responsabilizan, no en relación con su propia concepción de los estándares, ni con el mecanismo específico a través del cual, en su opinión, estos se dan, aunque pueden tener visiones fuertes sobre ambas cuestiones (y hemos supuesto que este es el caso para los miembros de nuestro grupo). De hecho, nuestro grupo imaginario exhibe una sofisticación filosófica que es poco común y completamente innecesaria. Su situación práctica puede ser duplicada con mucha menos especificidad en la reflexión metafísica y moral de los agentes. Los agentes pueden arreglárselas simplemente suponiendo que las prácticas afectan de modo sistemático sus obligaciones y que existe alguna explicación del modo en que ello ocurre exactamente. Recurriendo a su sensibilidad moral ordinaria, cada uno articula una concepción más o menos articulada del mecanismo –de la relación precisa de dependencia metafísica que se da entre la práctica y el deber- que es suficiente para permitirles identificar qué deberes o estándares tienen lugar. Tales concepciones tienen el carácter de *hipótesis*

sobre cómo un fenómeno moral interesante ha de ser explicado, y los agentes se sujetan a sí mismos a la concepción correcta, sea cual sea¹⁶.

Una práctica social entendida de ese modo es perfectamente inteligible y capaz de dar lugar a estándares o deberes morales genuinos cuya explicación fundamental debe hacer referencia indispensable a la existencia de la práctica. Puede también ser deficiente al hacerlo de múltiples formas, consistentes con el error moral sustantivo o la hipocresía por parte de los agentes. Pero ni siquiera los mafiosos necesitan suponer que los deberes que aceptan se dan sólo porque ese es el modo en que ellos han estado haciendo las cosas durante un largo periodo. Pueden sostener visiones sinceras pero terriblemente equivocadas sobre la importancia de la lealtad y la prioridad del clan, aunque por supuesto pueden simplemente simular.

En suma, la producción de estándares o deberes mediante el mecanismo moral ordinario que toma el impacto de la práctica en las circunstancias de los agentes no es accidental sino sistemática y predecible, y está regulada por principios morales familiares. Una práctica que viola las condiciones conceptuales propuestas tiene perfecto sentido y las actitudes que implica son perfectamente coherentes. Esto es suficiente para mostrar que las condiciones propuestas no son genuinamente conceptuales. No necesitamos un estudio empírico de las prácticas reales, más de lo que se basan en tal estudio las afirmaciones conceptuales de la hipótesis que se propone.

La explicación moralizada también parece ajustarse a la experiencia. El desacuerdo del tipo relevante –no sobre cómo son los hechos no-morales, sino sobre cómo deben ser si tienen que resultar en alguna obligación- es el indicador usual de las actitudes que implica la explicación moralizada. La explicación conlleva que tal desacuerdo es siempre probable en el ámbito de las obligaciones dependientes de la práctica, de modo que predice, siendo como es la naturaleza humana, que frecuentemente surgirá. Y parece que este es el caso. No es sólo que podamos mostrar la *posibilidad* de desacuerdo, incluso cuando nunca se haya producido ninguno- que es todo lo que se necesita para refutar las condiciones conceptuales putativas que hemos estado analizando. Ello puede alcanzarse simplemente construyendo alguna alternativa plausible a la explicación imperante, si existe, de cómo una práctica da lugar a cierto deber. Además, de hecho tal desacuerdo parece extendido y ciertamente característico

¹⁶ Véase REY, 1998: 98-99.

del ámbito. Como DWORKIN destacó tiempo atrás, «[l]a gente, al menos la gente que vive fuera de los textos de filosofía, apela a estándares morales en gran medida en circunstancias controvertidas¹⁷». Cualquiera que se ha aproximado a la entrada del túnel Holland de Manhattan sabe que la gente sostiene y son propensos a defender vigorosamente concepciones muy diferentes sobre lo que exige o permite la regla de hacer cola cuando se unen los carriles¹⁸.

3. CONTENIDO Y FUERZA

HART pensaba que el contenido de nuestros deberes se determina por lo que hacemos como una cuestión de práctica establecida y su fuerza por nuestra actitud de aceptación de la práctica. Pensaba que ambas partes de la explicación constituyen verdades conceptuales que tienen que hallarse en la lógica de los reclamos de deber. La variante realista corrige los excesos de HART que se remontan a su concepción no-realista de las razones como una mera clase de actitud normativa. Supone que los hechos morales objetivos, en última instancia independientes de las actitudes, deben desempeñar *algún* rol al fundamentar los deberes dependientes de la práctica: sólo tales hechos podrían dar fuerza a las obligaciones. Pero la explicación así corregida todavía es deficiente. La variante realista continúa con la idea de HART de que los individuos pretenden definir sus propias obligaciones como les guste, aunque añade que sólo tienen garantías de éxito al definir los deberes que existen desde el punto de vista de su práctica. Sigue siendo tarea de la moral procurar, si acaso, que los deberes también existan plenamente. Como HART, esta variante supone que esta imagen articula

¹⁷ DWORKIN, 1978: 75.

¹⁸ Quizá se considere que los conductores discuten, no sobre lo que la regla de hacer cola establece, sino sobre cómo debería ser extendida para cubrir el caso controvertido de los carriles que se unifican. Si es así, consideremos a Fred. Él sostiene explícitamente que la regla tal y como es incluye una cláusula que ordena incorporarse al final del carril, aun cuando ello suponga que uno terminará por delante de otros que llegaron antes. Es consciente de que esta posición es muy controvertida, pero dice que es no obstante correcta y explica de modo unificado todos los casos con base en principios, incluyendo los no controvertidos, donde terminar frente a otros que llegaron antes está claramente prohibido. Sostiene que el principio relevante es el de asignación justa de las cargas de la congestión que incluye una dimensión de eficiencia. Fred puede estar equivocado, pero su posición tiene perfecto sentido. Si tiene sentido en el caso de Fred, ¿por qué *tenemos que* entender de otro modo a los neoyorkinos?

verdades conceptuales presentes en la lógica de las exigencias morales de los participantes.

Hemos visto que no tenemos que entender que los participantes pretenden definir sus propios deberes. De hecho, sus exigencias y actitudes son mucho más variadas y no concluyentes de lo que HART y la alternativa suponen. No sería esperable que encontremos un esquema completo de la explicación fundamental de la relación entre la práctica y el deber ya condensado en esas exigencias y actitudes, sino que para ello hemos de recurrir a la teoría moral sustantiva. La ventaja que supuestamente confiere la autocomprensión de los participantes a la concepción de HART y su variante es ilusoria. Ninguna concepción goza de ese privilegio: hemos de realizar por nosotros mismos el duro trabajo en la metafísica del deber.

4. BIBLIOGRAFÍA

DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.

GREENBERG, M., 2004: «How Facts Make Law», en *Legal Theory*, 10: 157-198.

HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press. 2ª edición con *Postscript*, 1994.

- 1982: *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford University Press.

HURLEY, S., 1989: *Natural Reasons*, New Cork, Oxford University Press.

KRIPKE, S., 1982: *Wittgenstein on Rules and Private Language: An Elementary Exposition*, Cambridge, Mass, Harvard University Press.

RAZ, J., 1972: «Voluntary Obligations and Normative Powers», en *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, 46: 79-102.

- 1977: «Promises and Obligations», en HACKER, P.M.S. y RAZ, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*, Oxford: Clarendon press, 210–228.

REY, G., 1998: «What Implicit Conceptions Are Unlikely to Do», en *Philosophical Issues*, Vol. 9, Concepts: 93-104

STAVROPOULOS, N., 2013: «Words and Obligations», en DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.), *Reading HLA Hart's "The Concept of Law"*, Oxford: Hart Publishing.