Enciclopedia de

filosofía y teoría del derecho

VOLUMEN TRES

Jorge Luis Fabra Zamora
Ezequiel Spector
Editores

Jorge Luis Fabra Zamora
Editor general

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

Jorge Luis Fabra Zamora
Editor general

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 714

Formación en computadora: Dante Javier Mendoza Villegas

ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

VOLUMEN TRES

JORGE LUIS FABRA ZAMORA
EZEQUIEL SPECTOR
Editores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2015

Primera edición: 17 de marzo de 2015

DR © 2015, Universidad Nacional Autónoma de México

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México
ISBN obra completa: 978-607-02-6593-8
ISBN volumen tres: 978-607-02-6617-1

La presente Enciclopedia es producto de investigación del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, en convenio con la Universidad de Medellín.

CONTENIDO

Prefacio XIII
Jorge Luis FABRA ZAMORA

Introducción al volumen tres. XVII

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y ÉTICA

Capítulo 48
El utilitarismo en la filosofía del derecho. 1720
Martín D. FARRELL

Capítulo 49
Fuerza y libertad: la filosofía kantiana del derecho 1736
Arthur RIPSTEIN

Capítulo 50
Virtudes y filosofía del derecho 1758
Amalia AMAYA

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Capítulo 51
Filosofía del derecho constitucional:
perspectiva continental 1814
Alfonso SANTIAGO

Capítulo 52
Filosofía del derecho constitucional: versión anglosajona . . . 1890
Wilfrid J. WALUCHOW

Capítulo 53
Sobre el concepto de Constitución 1930
Pedro SALAZAR UGARTE

Capítulo 54
El control de constitucionalidad: la democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria 1959
Sebastián LINARES

Capítulo 55
Constitucionalismo *vs*. democracia 1991
Roberto GARGARELLA

Capítulo 56
La interpretación de la Constitución. 2011
Riccardo GUASTINI

Capítulo 57
Filosofía del derecho penal 2087
Marcelo FERRANTE

Capítulo 58
Justificación del castigo 2109
Gabriel Ignacio ANITUA

FILOSOFÍA DEL DERECHO PROCESAL Y PROBATORIO

Capítulo 59
Filosofía y derecho procesal: las nuevas fronteras del derecho contemporáneo. Voces en acción 2143
Flora DI DONATO
Francesca SCAMARDELLA

Capítulo 60
Epistemología jurídica aplicada 2195
Enrique CÁCERES NIETO

Filosofía del derecho internacional

Capítulo 61
Filosofía del derecho internacional 2299
Fernando R. Tesón

Capítulo 62
La soberanía en los albores del tercer milenio. 2339
Xavier Díez de Urdanivia Fernández

Capítulo 63
Filosofía y derecho penal internacional. 2365
Alejandro Chehtman

Filosofía del derecho privado

Capítulo 64
Filosofía de la propiedad 2405
Guido Pincione

Capítulo 65
La legitimidad de la protección jurídica de los derechos
de propiedad intelectual 2471
Kenneth E. Himma

Capítulo 66
Kant y la filosofía del derecho contractual: las teorías basadas
en la autonomía. 2501
Martín Hevia

Capítulo 67
Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado
al debate 2533
Jorge Luis Fabra Zamora

Capítulo 68
El concepto legal y económico de sociedad comercial 2619
Sergio A. Muro

Filosofía del derecho del trabajo

Capítulo 69
Los fundamentos filosóficos del derecho laboral 2641
Horacio Spector

Filosofía del derecho de familia e infancia

Capítulo 70
Del liberalismo a la paridad: tres modelos para pensar el matrimonio, el divorcio y la paternidad 2683
Isabel C. Jaramillo Sierra

Capítulo 71
Los derechos del niño: un enfoque filosófico 2715
Facundo Rojo
Ezequiel Spector

Derecho y bioética

Capítulo 72
Derecho y bioética 2735
Eduardo Rivera López

Contribuyentes 2748

Reconocimientos 2754

PREFACIO

El objetivo de esta *Enciclopedia* es ofrecer a los lectores hispano-parlantes una guía de los temas más importantes de la discusión actual en los campos de la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Cada uno de los capítulos cumple la difícil misión de presentar, al mismo tiempo, un texto introductorio con la aproximación general a los principales argumentos y debates en algunos de los temas fundacionales del área, y un punto de partida para futuras investigaciones. Más que agregar un título a la abundante bibliografía existente, hemos querido proporcionar una obra de referencia que enriquezca la disciplina con análisis originales y nuevas perspectivas.

La obra está constituida por tres volúmenes. En el primer volumen hemos pretendido reflejar las aproximaciones generales al fenómeno jurídico. Se propone en él cubrir por igual las concepciones generales del derecho y otras aproximaciones empíricas e interdisciplinarias, que desde diferentes modos iluminan diversos aspectos del mismo. En el segundo volumen se abordan argumentos y debates teóricos más específicos sobre los conceptos centrales de la filosofía del derecho y la teoría jurídica. La filosofía jurídica aplicada a las diferentes ramas del derecho es el objeto del tercer volumen.

Los editores esperamos que estos artículos y demás recursos (bibliografías, referencias internas, etc.) sean de utilidad para juristas y filósofos. También, que los docentes los aprovechen como material para cursos de pre-grado y posgrado en derecho, filosofía del derecho, filosofía moral, filosofía política, ciencia política y otras ciencias sociales.

Se han hecho todos los esfuerzos para proporcionar trabajos de la más alta calidad filosófica, pero accesibles para el público general: hemos intentado que los trabajos no sólo sean informativos, rigurosos y comprensivos, sino que, en la medida de lo posible, sean también filosóficamente frescos y estimulantes, que estén escritos en un lenguaje llano, y que presenten de forma coherente la relevancia filosófica de cada uno de los tópicos y debates.

Nos dimos cuenta de que para cumplir estas directrices los autores necesitaban más libertad y mayor espacio del que los artículos de enciclopedia normalmente permiten. Por esta razón, pusimos como guías

editoriales que las entradas tuvieran hasta 15.000 palabras. Aunque la mayor parte de los capítulos de esta *Enciclopedia* están dentro de este límite, varios autores se excedieron significativamente. Lo hemos permitido para privilegiar la substancia sobre la forma, y conservar en su integridad lo que creemos son algunas de las contribuciones más notables al pensamiento jurídico ibero-americano contemporáneo.

La selección de los temas y los autores no ha sido fácil. La elección de temas que reflejen las aproximaciones más relevantes en filosofía jurídica siempre será cuestionable. Necesariamente no todos los temas relevantes podían ser incluidos, algunos no pudieron recibir el tratamiento que nos habría gustado darles. Sin embargo, hemos tratado de mantener el mayor nivel posible de sistematicidad, coherencia y comprensibilidad en la escogencia de los temas y su organización en la obra.

La selección de autores también forma parte de un proyecto sopesado. La idea principal que ha orientado la selección de autores ha sido solicitar siempre contribuciones a especialistas en cada uno de los tópicos abordados. Ello nos ha llevado a solicitar aportes a muchos de los autores más consolidados de la filosofía del derecho, sin por ello renunciar a ofrecerles la oportunidad a jóvenes investigadores para presentar sus tesis. Hemos evitado al máximo incluir entradas escritas originalmente en idioma diferente al español, pero en algunos casos ha sido inevitable. Además, hemos optado por incluir autores de diferentes nacionalidades, formación intelectual y líneas de investigación. Hemos intentado que aquí se encontraran representadas la mayor parte de las corrientes de la filosofía jurídica iberoamericana y por lo menos tres generaciones de sus estudiosos.

En resumen, este proyecto ha resultado substancialmente como los editores lo concebimos: una colección sistemática de ensayos sobre temas fundamentales de la filosofía del derecho actual, escritos por algunos de los más ilustres representantes del área en Iberoamérica, con la misión no solo de capturar el estado actual de la reflexión filosófica-jurídica en Hispanoamérica, sino también de ampliarla y de señalar algunas líneas para desarrollo futuro. Somos conscientes de que esta obra en su conjunto diste de ser un producto terminado, pero creemos que a pesar de sus excusables errores hemos logrado capturar el carácter de la filosofía del derecho en la actualidad, como ella es: interesante, creativa y diversa.

Esta es una obra colectiva en su concepción y realización. He tenido el honor y la fortuna de contar con tres magníficos co-editores: Álvaro Núñez Vaquero, Verónica Rodríguez Blanco y Ezequiel Spector, quienes han realizado un excelente trabajo. Álvaro, estuvo desde el comienzo de este proyecto, dio su orientación central y lo rescató en varias ocasiones. Verónica, sin duda la más experimentada, posee una energía y visión filosófica sin par que se ve reflejada a lo largo de toda la obra. Ezequiel, con gran pericia y talento, supo cristalizar expeditamente el tomo de filosofía del derecho aplicada. Las excelentes cualidades de este colectivo garantizan una obra con debate previo a su nacimiento y la unidad necesaria para cristalizar un plan con excelente criterio profesional.

Aprovecho esta oportunidad para agradecer a un buen número de personas que prestaron su apoyo en los casi cuatro años de trabajo en este proyecto. Este proyecto no habría visto la luz sin el fundamental apoyo de Carlos Bernal Pulido, Yezid Carrillo, Jules Coleman, Xavier Díez de Urdanivia, Ken Himma y Wil Waluchow. Piero Maiteri-Gentilli, Anabel Gómez, Léider Gömez, Francisco Martínez y Alejandro Robledo Rodríguez gentilmente colaboraron con algunas traducciones. Varios de los autores de capítulos merecen especial reconocimiento por su compromiso y apoyo incondicional con el proyecto en general, en especial: Pablo Bonorino, Andrés Botero, Hernán Bouvier, José Calvo, Pompeu Casanovas, Maris Kopke, Cristóbal Orrego y Horacio Spector. Además, debo mencionar a Juan Acosta, Jaime Ángel, Jorge Benítez, Mitchell Berman, Brian Bix, Shannon Buckley, Geoff Callaghan, Thica Castellanos, Rubén Duarte, Rafael Escudero, Mario Echeverría, Isabel Fanlo, Javier Franco, Daniel Flórez, Roberto Gamboa, Juan Sebastián García, Leonardo García J., Roberto Gargarella, Léider González, Matt Grellette, Óscar Guardiola Rivera, Hernán Gullco, Jesús Hernández, Violetta Igneski, Pablo Márquez, Agustín Menéndez, David Mercado, Claudio Michelon, Miguel Morón, Juan Morante, Yirah Morante, Pablo Navarro, Hjalmar Newmark, Jorge Pallares Bossa, Adriana Padrón, John O. Phillips, Miguel Raad, Gregorio Robles Morchón, Ricardo Sanín, Stefan Sciaraffa, Pedro Serna, Fabio Shecaria y Salomón Verhelst, con quienes compartí o comenté aspectos específicos de este proyecto o me ayudaron de una u otra forma en su concepción y finalización.

Mis padres Jorge y Nancy, mi esposa Laura y mi hijo Jorgito han sabido perdonar que le dedicara tanto tiempo a este proyecto. Además, debo agradecer al equipo de la UNAM, particularmente a Imer Flores,

Juan Vega y, muy especialmente, a Enrique Cáceres por su apoyo en el momento definitivo de realización de esta obra. Finalmente, y para resaltar en este prefacio, agradecer a los contribuyentes por su cooperación con este proyecto, el esfuerzo en alcanzar textos de excelente calidad y, especialmente, por la paciencia. Sé que esta obra ha necesitado años para ver la luz, más tiempo del planeado, pero confío en que la espera nos premie a todos con una *Enciclopedia* plétora de contenidos que sea una ventana abierta a futuros debates, una guía amigable en los temas más importantes de la discusión actual de la filosofía del derecho y la teoría jurídica.

Jorge Luis Fabra Zamora
Hamilton, ON Canadá
Febrero de 2014

INTRODUCCIÓN AL VOLUMEN TRES

El tercer volumen se ocupa de la filosofía del derecho aplicada o "jurisprudencia especial". Además del estudio de la naturaleza y legitimidad del derecho y sus conceptos centrales, la filosofía del derecho también trata los diferentes problemas filosóficos que existen en las diferentes ramas del derecho. A este último estudio lo hemos llamado "filosofía del derecho aplicada".

Al abordar estos problemas, la perspectiva del filósofo es diferente de la perspectiva del dogmático jurídico. El teórico tradicional a menudo se limita a proporcionar una lectura coherente y sistemática de las diferentes disposiciones jurídicas y de los pronunciamientos judiciales en una jurisdicción particular. El filósofo, por otra parte, se aproxima a estos problemas desde dos perspectivas; a saber, *analítica*, es decir, intentando proporcionar una explicación de los conceptos y naturaleza de nuestras instituciones jurídicas que es previa a todo intento de teorización sobre ellas; y *normativa*, es decir, tratando de comprender los principios y valores morales y políticos subyacentes en las que se basan nuestras instituciones.

En otras palabras, mientras la tarea del teórico tradicional es explicar en qué medida un sistema particular es coherente y sistemático, la tarea del filósofo consiste en explicar los conceptos fundamentales de las diferentes ramas del derecho y proporcionar su justificación moral o política estableciendo en qué medida nuestras instituciones reflejan concepciones de justicia o de algún otro aspecto de la moral. La filosofía del derecho aplicada es, en el primer sentido, un ejercicio de análisis conceptual y, en el segundo sentido, un ejercicio de filosofía moral y política aplicada a las diferentes ramas del derecho.

El volumen comienza con un estudio de la relación entre la filosofía del derecho y la ética. Los tres primeros capítulos de la sección ocupan las principales teorías de la ética normativa: el utilitarismo, la teoría deontológica y la teoría de las virtudes.

Así, en el capítulo 48, Martín Farrell expone los principales rasgos del utilitarismo, y evalúa cuán adecuada es esta teoría para justificar las instituciones jurídicas.

Por su parte, en el capítulo 49, Arthur Ripstein se ocupa de la teoría jurídica de Immanuel Kant, el principal representante del enfoque ético deontológico.

Amalia Amaya nos invita en el capítulo 50 a romper con la dicotomía consecuencialismo-deontologismo, y ofrece un tercer enfoque al exponer los aspectos más salientes del "giro aretaico" en teoría del derecho, que ha dado lugar a una jurisprudencia de la virtud de inspiración aristotélica.

En las siguientes secciones, el volumen se centra en los fundamentos filosóficos de las diferentes ramas del derecho, y en muchos de los problemas filosóficos que esos fundamentos han generado. La primera rama del derecho a tratar es el derecho constitucional, abordado en la segunda sección.

En el capítulo 51, Alfonso Santiago nos ofrece un panorama de los aspectos más importantes de la filosofía del derecho constitucional continental, enfocándose en la tradición alemana e italo-hispano-americana.

Por su lado, en el capítulo 52, Wilfrid J. Waluchow se ocupa de la filosofía del derecho constitucional anglosajona, centrándose en la naturaleza del fenómeno constitucional, así como también en la interpretación constitucional.

En el capítulo 53, Pedro Salazar Ugarte nos ofrece algunas claves para entender el concepto de Constitución. Salazar nos presenta no sólo un intento de conceptualización de la norma constitucional, sino también una discusión de algunas teorías latinoamericanas sobre la misma; en particular, el llamado "nuevo constitucionalismo latinoamericano".

Por su parte, Sebastián Linares se enfoca en el capítulo 54 en el control de constitucionalidad y su relación con la justificación epistémica de la democracia deliberativa, argumentando que, si se defiende el valor epistémico de la democracia deliberativa, no podemos defender un sistema robusto de justicia constitucional.

A su vez, en el capítulo 55, Roberto Gargarella se ocupa de la famosa tensión entre constitucionalismo y democracia, y explora una posible solución a este problema a través del ideal de la igualdad.

Finalmente, Riccardo Guastini retoma el tema de la interpretación constitucional en el capítulo 56, donde proporciona un detallado análisis de la misma.

La tercera sección se avoca al estudio del derecho penal. En el capítulo 57, Marcelo Ferrante nos presenta los tres problemas centrales de la filosof-

ía del derecho penal (castigo, responsabilidad y proceso), enfatizando las principales perspectivas contemporáneas.

Uno de estos problemas -el problema del castigo penal y su justificación- es ampliado por Gabriel Ignacio Anitua en el capítulo 58.

Seguidamente, se gira al estudio del derecho procesal y probatorio en la cuarta sección. En el capítulo 59, Flora Di Donatto y Francesca Scamardella presentan una novedosa perspectiva epistemológica del derecho procesal, donde se enfatiza un enfoque clínico para el análisis de las causas y la función socio-epistemológica de los relatos.

Luego, en el capítulo 60, Enrique Cáceres Nieto nos introduce a los temas centrales de un área que aún está en proceso de desarrollo: la epistemología jurídica. Además de realizar una contribución a su desarrollo, hace interesantes consideraciones respecto del proceso judicial, el concepto "prueba", y la disyuntiva entre valores epistémicos y no epistémicos, entre otras cuestiones.

La quinta sección se ocupa de los problemas filosóficos del derecho internacional. Fernando Tesón presenta en el capítulo 61 el *status quaestionis* de dos temas centrales en la filosofía del derecho internacional: la legitimidad de los Estados y la filosofía de la guerra.

Paralelamente, en el capítulo 62, Xavier Díez de Urdanivia Fernández realiza un detallado análisis del concepto de soberanía, y su íntima relación con la noción de poder.

En el capítulo 63, Alejandro Chehtman expone los principales aspectos del derecho penal internacional. Asimismo, aborda preguntas como qué distingue a los crímenes internacionales de los nacionales, y qué justifica que los primeros tengan una jurisdicción más amplia.

La sexta sección trata los diferentes problemas filosóficos en las diferentes áreas del derecho privado, incluyendo en particular el derecho de propiedad, el derecho comercial, el derecho contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

Guido Pincione ofrece en el capítulo 64 un claro panorama de los principales temas en la filosofía del derecho de propiedad, explica nociones esenciales de teoría de los juegos e incluye evidencia empírica acerca de la relación entre libertades económicas y prosperidad.

Por su parte, en el capítulo 65, Kenneth Himma se ocupa de la filosofía de la propiedad intelectual, esbozando los principales argumentos filosófi-

cos a favor y en contra de la propiedad intelectual, y concluyendo que algunas creaciones o descubrimientos son dignos de protección jurídica.

En el capítulo 66, Martín Hevia se encarga del derecho contractual, brindando un análisis de las teorías del derecho contractual basadas en la idea kantiana de autonomía individual, y exponiendo las objeciones que se les han hecho.

En el capítulo 67, Jorge Fabra presenta el problema de la responsabilidad objetiva y subjetiva desde la filosofía de la responsabilidad extracontractual. Fabra expone las principales perspectivas teóricas en la materia, y algunos modos de aplicación práctica.

Finalmente, Sergio Muro se ocupa del derecho comercial. Más precisamente, en el capítulo 68, explora de forma interdisciplinaria el concepto de "sociedad comercial". Discute las principales teorías legales relativas al concepto de persona jurídica, que de acuerdo con el autor es necesario definir para entender claramente qué es una sociedad comercial; y presenta las teorías económicas relativas al concepto de firma, que es el equivalente en economía al concepto de sociedad comercial.

El derecho laboral, un área que ha recibido relativamente escasa atención en la filosofía del derecho en general, recibe estudio en la sección VII. En el capítulo 69, Horacio Spector nos invita a reflexionar sobre los posibles fundamentos filosóficos de esta rama del derecho. Analiza cinco argumentos filosóficos, mostrando que sólo dos de ellos ofrecen un enfoque teórico sólido respecto del derecho laboral: el argumento del paternalismo y el de la igual autonomía.

La sección octava contiene dos capítulos sobre derecho de familia e infancia. En el capítulo 70, Isabel C. Jaramillo Sierra se concentra en tres cuestiones relativas al derecho de familia: aquellas concernientes al matrimonio, al divorcio y a la paternidad. Más precisamente, explica tres modelos que, desde la perspectiva de la autora, han servido en la tradición latinoamericana para diseñar las reglas sobre esos tres temas: el modelo liberal, el modelo social y el modelo de la paridad.

Por su parte, en el capítulo 71, Facundo Rojo y Ezequiel Spector exploran algunos temas relativos al estatus moral de los menores, resumiendo las principales posiciones sobre si los niños deberían ser titulares de derechos o no; y analizan un concepto utilizado constantemente en la práctica jurídica: el "interés superior del niño", mostrando la dificultad de definir satisfactoriamente este concepto.

Finalmente, en el capítulo 72, único capítulo que compone la sección novena, Eduardo Rivera López se enfoca en un área especial de investigación ética: la bioética. Rivera López discute tres tipos de conexiones entre el derecho y la bioética: la conexión práctica, la conexión legislativa y la conexión interpretativa.

Nuestro objetivo es brindarles a los profesores de Derecho y Filosofía una introducción a los diferentes problemas filosóficos en el Derecho, que sea clara por su forma de presentación y redacción, y no por dejar de lado argumentos sofisticados. Creemos que ello puede ser de gran utilidad tanto para estudiantes iniciales de Derecho, como para estudiantes avanzados, abogados y juristas con vocación filosófica.

Jorge FABRA ZAMORA
Ezequiel SPECTOR

CAPÍTULO 48

EL UTILITARISMO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Martín D. FARRELL*

SUMARIO. I. *Un comienzo poco promisorio.* II. *La crítica al derecho natural.* III. *El concepto de derecho.* IV. *La justificación del castigo.* V. *Las consecuencias como medio para decidir entre derechos en conflicto.* VI. *Las consecuencias como justificación para desplazar hechos.* V. *Bibliografía.*

I. UN COMIENZO POCO PROMISORIO

El consecuencialismo en general, y la teoría utilitarista en particular, tienen serias dificultades para dar cuenta de la idea de los DERECHOS. Si la corrección moral de una acción depende de las consecuencias que ella produzca, los derechos son –a lo sumo– instrumentos eventualmente aptos para producir lo bueno, pero si las consecuencias son mejores en caso de que el algún derecho sea vulnerado, entonces el derecho debe ser dejado de lado. A modo de ejemplo, el prometido tiene un derecho a que el promitente cumpla su promesa sólo en el caso de que ese cumplimiento produzca mejores consecuencias que el incumplimiento de esa promesa, y este razonamiento respecto de las promesas se reproduce en el caso de los contratos y de todos los demás derechos.

Pero los derechos no se conciben para funcionar de esta manera. Ronald Dworkin ha expresado la concepción usual de los derechos de un modo impecable:

> Los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales contra su gobierno, ciertos derechos morales convertidos en derechos legales por la Constitución. Si esta idea tiene sentido, y vale la pena proclamarla, entonces estos derechos deben ser derechos en el sentido fuerte… La pretensión de que los ciudadanos tienen un derecho a la libertad de expresión debe implicar que sería incorrecto para el gobierno impedirles

* Profesor Emérito de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1720-1734.

> hablar, incluso cuando el gobierno cree que lo que ellos dirán causará más daño que bien.[1]

En otras palabras, Dworkin afirma que los derechos prevalecen sobre consideraciones de utilidad; los derechos son, según él, "cartas de triunfo" frente a cálculos utilitarios. Esto significa que para dejar de lado un derecho no basta con mostrar que este desplazamiento del derecho produce un estado de cosas tal que dicho estado de cosas contenga más felicidad.

Este argumento, entonces, parece despojar al utilitarismo de toda capacidad para dar cuenta de los derechos dentro de su teoría, de donde dicha teoría carecería de interés en la filosofía del derecho. Pero no olvidemos que el utilitarismo es sólo una especie dentro del género de las teorías consecuencialistas: el consecuencialismo sostiene que lo bueno tiene prioridad sobre lo correcto, y que lo correcto consiste –simplemente– en maximizar lo bueno. El utilitarismo sostiene –además– que lo bueno es la felicidad, pero, ¿por qué no podemos adoptar otra variante del consecuencialismo, una que sostenga, por ejemplo, que lo bueno es el respeto de los derechos? El respeto de los derechos, en este caso, no estaría sujeto a restricción alguna dentro de la teoría consecuencialista.

Desgraciadamente, esta variante tampoco es aceptable, como lo ha mostrado Robert Nozick. Él recuerda que una teoría puede incluir en un lugar importante el tema de la no violación de los derechos, pero incluirlo en el lugar incorrecto y de la manera incorrecta. Porque el consecuencialismo de derechos incorpora la no violación de los derechos como un fin, y en este caso bien puede ocurrir que violar algunos derechos pueda disuadir a otros individuos de violar grave y masivamente otros derechos, o puede eliminar el motivo para que lo hagan, o puede distraer su atención, y así sucesivamente. Pero los derechos no se incorporan a una teoría como un fin a ser alcanzado, dice Nozick, sino como restricciones respecto de las acciones que pueden ser realizadas: los derechos implican restricciones sobre nuestras acciones.[2]

Resulta claro, entonces, que ni el consecuencialismo –como género- ni el utilitarismo –como especie de ese género– son aptos para dar cuenta del papel que cumplen los derechos. Es cierto que algunos autores han pretendido reconciliar al utilitarismo con una teoría de los derechos,[3] pero me temo que la reconciliación se alcance al precio de deformar los postulados utilitaristas ortodoxos. Pese a este comienzo poco promisorio, creo que el

[1] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 190.
[2] Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, pp. 28-29.
[3] Frey, R. G., *Utility and Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.

utilitarismo puede ofrecer al menos cinco contribuciones importantes a la filosofía del derecho, y paso a mencionarlas.

II. La crítica al derecho natural

Jeremy Bentham, el creador del utilitarismo, ofrece una vigorosa crítica al derecho natural, doctrina dominante en su la tradición inglesa especialmente a través de la influencia de Blackstone (véase IUSNATURALISMO). Desde su juventud Bentham se opuso a la doctrina iusnaturalista, como puede apreciarse en su obra *A Fragment on Government*. Enuncia allí un principio que inmediatamente trae a la memoria la idea de la norma básica kelseniana: "Cualquier persona que efectivamente ejerza el poder supremo…esa persona tiene el derecho de ejercerlo".[4] Veinte años después, encontramos a un Bentham de aún mayor vehemencia en *Anarchical Fallacies*, tomando ahora como blanco la declaración de derechos de la Revolución Francesa: "Miren el texto, encontrarán una estupidez – miren más allá del texto, no encontrarán nada".[5]

Bentham cuestiona la existencia de derechos naturales anteriores a la existencia del gobierno, sosteniendo que perderían su razón de ser en los países en lo que ya hay un gobierno.[6] Serían, por otra parte, derechos que conducen al fanatismo, lo que lleva a Bentham a distinguir entre el crítico racional y el anarquista, entre el hombre moderado y el hombre violento: mientras el crítico racional reconoce la existencia del derecho, aunque se oponga a él, y sólo propone su reforma, el anarquista niega validez al derecho en cuestión.[7] Puesto que el partidario del derecho natural niega validez al derecho positivo que se opone al derecho natural, Bentham no encuentra dificultades en equipararlo al anarquista.

Para Bentham, el único derecho, como enseguida veremos, es el derecho positivo: que existan razones para desear que hubiera tales cosas como derechos no significa que haya derechos, puesto que el hambre no equivale al pan. Por eso dice con énfasis: "Derechos naturales es simplemente una

[4] Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1967, p. 87.

[5] Bentham, Jeremy, "Anarchical Fallacies", en Waldron, Jeremy (ed.), *Nonsense upon Stilts*, London, Methuen, 1987, p. 49.

[6] *Ibidem*, pp. 49 y 50.

[7] *Ibidem*, p. 50.

estupidez: derechos naturales e imprescriptibles, una estupidez retórica, - una estupidez sobre zancos".[8]

La objeción central de Bentham a la imprescriptibilidad residía en el hecho de que los autores del texto francés declaraban imprescriptibles a los derechos sin proporcionar de ellos ejemplo alguno, o proporcionando ejemplos equivocados. Cuando se menciona la libertad, por caso, Bentham recuerda que todos los derechos se conceden a expensas de alguna libertad: no puede otorgarse libertad a ningún hombre si no es en proporción a la que se le quita a otro, y lo mismo ocurre con la propiedad: la propiedad se otorga restringiendo la libertad.[9]

La única forma que Bentham acepta para obtener principios generales del derecho, entonces, es deducirlos de las proposiciones menos generales que constituyen el derecho positivo.[10] De ahí su fuerte conclusión: "El reconocimiento de la vacuidad de las leyes de la naturaleza y de los derechos del hombre que han sido fundados en ellas, es una rama del conocimiento de tanta importancia para un inglés…como la más perfecta familiaridad que pudiera obtener de las leyes que existen en Inglaterra."[11]

Existe otro trabajo de Bentham en el que también aparecen referencias críticas al derecho natural: "Supply Without Burthen".[12] Repite allí la idea de que el derecho natural es una "estupidez inconsistente": "¿Quién tiene alguna idea de un derecho natural? Yo, por mi parte, no tengo ninguna: un derecho natural es un cuadrado redondo, - un cuerpo incorpóreo".[13]

La posición benthamita es clara:

> Yo no conozco derechos naturales excepto los que son creados por la utilidad general: e incluso en ese sentido sería mucho mejor si la palabra nunca fuera usada. Ese tipo de lenguaje es en todo caso falso: ese tipo de lenguaje o es pernicioso, o, como mucho, es un modo inadecuado y falaz de indicar lo que es verdadero.[14]

Como un argumento adicional, Bentham sugiere también que un motivo para desconfiar de la existencia de los supuestos derechos naturales reside en la circunstancia de que ellos varían de país en país, y pone como ejemplo los derechos sucesorios.[15]

[8] *Ibidem*, p. 53.
[9] *Ibidem*, pp. 54 y 57.
[10] *Ibidem*, p. 67.
[11] *Ibidem*, p. 69.
[12] Bentham, Jeremy, "Supply Without Burthen or Escheat Vice Taxation", en Waldron, Jeremy (ed.), *op. cit.*, nota 5.
[13] *Ibidem*, pp. 72 y 73.
[14] *Ibidem*, p. 72.
[15] *Ibidem*, p. 70.

La posición de Mill acerca del derecho natural, en cambio, no refleja exactamente la de Bentham, puesto que él acepta la existencia de derechos morales. Pero estos derechos, como ahora veremos, no dependen de la naturaleza, ni de la voluntad de Dios, sino que se sustentan en su capacidad para producir felicidad. Mill se ocupa de ellos en el capítulo de *Utilitarianism* que trata de la justicia, en el cual señala que un caso de injusticia consiste en privar a cualquier persona de aquello a lo cual tiene un derecho moral.[16] Por una parte, entonces, Mill reconoce que la idea de justicia parece abarcar generalmente la idea de un derecho moral, cuando dice que "…la justicia implica algo que no sólo es correcto hacer, e incorrecto no hacer, sino algo que alguna persona individual pueda reclamarnos como su derecho moral".[17]

Pero, ¿cuál es el origen y el alcance de ese derecho moral? Mill piensa que la justicia requiere primariamente tratar a todos igualmente bien, pero que este gran deber moral es una emanación directa del principal principio de la moral, que "está abarcado en el significado mismo de la utilidad, o principio de la mayor felicidad".[18]

De modo que Mill está diciendo únicamente que es posible interpretar el principio supremo utilitarista como un principio que otorga derechos morales, pero no está diciendo que existan derechos morales que provengan de alguna fuente independiente al principio de la mayor felicidad.

Creo que esta contribución del utilitarismo a la filosofía del derecho en términos de crítica a la concepción clásica del derecho natural ha perdido actualidad, puesto que ha perdido actualidad la polémica misma entre el derecho natural y el positivismo jurídico. El derecho natural se rehúsa a reconocer como derecho a una norma si ésta no cumple con los recaudos de la moral, mientras que el *test* del positivismo para reconocer a una norma como derecho prescinde la toda referencia a la moral. Pero una vez que se advierte que el positivismo no sostiene que existe una obligación moral de obedecer a todo aquello que se ha identificado como derecho, sino que para ello es necesario un examen moral, el punto central que parecía separar a los positivistas de los iusnaturalistas ha desaparecido.

III. El concepto de derecho

[16] Mill, John Stuart, *Utilitarianism*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1971, p. 44.
[17] *Ibidem*, pp. 47 y 48.
[18] *Ibidem*, p. 55.

Acorde con su posición crítica respecto del derecho natural, Bentham ofrece una concepción POSITIVISTA del derecho. Ya en "Anarchical Fallacies" había arribado a la conclusión de que no existían derechos naturales opuestos a, o en contradicción con, los derechos jurídicos,[19] y expuso con énfasis el contraste entre ambos:

> El derecho, el derecho sustantivo, es el hijo de la ley: de leyes reales provienen derechos reales; pero de leyes imaginarias, de leyes de la naturaleza, fantasiosas e inventadas por los poetas, retóricos y traficantes en venenos morales e intelectuales, provienen derechos imaginarios, una cría bastarda de monstruos…[20]

Y en "Supply without Burthen" arriba al resultado que cabía esperar:

> Para mí un derecho y un derecho jurídico son la misma cosa, porque no conozco otra. El derecho y la ley son términos correlativos: tanto como lo son hijo y padre… El derecho natural es un hijo que nunca tuvo padre. Por derecho natural se entiende un tipo de cosa que debe tener el efecto de una ley…, pero que subsiste no sólo sin ley sino en contra de la ley.[21]

Es en *On Laws in General*, sin embargo, donde la posición de Bentham aparece expuesta en su forma más completa. Dice allí lo siguiente:

> Una ley puede ser definida como una reunión de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano en un estado, concerniente a la conducta que debe ser observada en un cierto caso por una cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se supone que están sujetas a su poder: esta voluntad confía para su cumplimiento en la expectativa de ciertos hechos…la perspectiva de los cuales se pretende que deberían actuar como motivos respecto de aquellos cuya conducta está en consideración.[22]

Las leyes son órdenes del soberano, entonces, órdenes respaldadas por ciertos hechos que obran como motivos. ¿Cuáles son esos hechos? Bentham señala que existen dos alternativas disponibles: castigos o recompensas, y no vacila en su elección, puesto que piensa que…

> para el caso usual, el castigo es sin comparación el más eficaz. Mediante el castigo solo no parece imposible que toda la tarea de gobierno pudiera ser llevada a ca-

[19] Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 5, p. 52.
[20] *Ibidem*, p. 69.
[21] Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 12, p. 73.
[22] Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, London, The Athlone Press, 1970, p. 1.

> bo…Pero mediante la recompensa sola, es muy cierto que ninguna parte material de esa tarea podría ser sostenida por media hora.[23]

Las normas jurídicas en la teoría de Bentham pueden ser entendidas, así, como órdenes[24] del soberano respaldadas por amenazas de castigo.[25] John Austin siguió las enseñanzas de Bentham y popularizó una teoría similar, puesto que, aunque escribió después que Bentham, publicó antes que él (el manuscrito de Bentham sólo fue descubierto en 1939 y publicado en 1945, mientras que la primera edición del libro de Austin apareció en 1861).

Austin enuncia enfáticamente que "las leyes, adecuadamente así llamadas, son órdenes; las leyes que no son órdenes son leyes impropiamente llamadas así".[26]

Por otra parte, Austin distingue con toda claridad entre leyes divinas (expresión que considera más adecuada que derecho natural) y leyes positivas, sosteniendo que el objeto adecuado de la teoría general del derecho son las segundas y no las primeras, leyes dictadas por superiores políticos a inferiores políticos.[27] Porque de las leyes establecidas por los hombres…

> algunas son establecidas por superiores políticos, soberano y súbdito: por personas ejerciendo un gobierno supremo y subordinado, en naciones independientes, o sociedades políticas independientes. El agregado de estas reglas así establecidas…es el tema adecuado de la teoría del derecho, general o particular. Es respecto del agregado de las reglas así establecidas, o de algún agregado que constituya una porción de ese agregado, que el término derecho, usado simple y estrictamente, es aplicado.[28]

Una orden se distingue de otras expresiones de deseos

> …no por el estilo en el cual el deseo es manifestado, sino por el poder y el propósito de la parte que ordena de infligir un dolor o un daño en caso de que el deseo no sea cumplido…Estar sujeto a un daño de parte suya si yo no cumplo con un deseo que us-

[23] *Ibidem*, p. 135.

[24] La aplicación de las órdenes genera complicaciones, que Bentham describe bajo la forma de "aspectos de la ley", de los que identifica cuatro". *Ibidem*, p. 94.

[25] Esto no significa negar que Bentham reconocía la importancia de las sanciones morales y religiosas. *Ibidem*, p. 70. Tampoco significa negar que Bentham reconocía la existencia de leyes que otorgaban premios. *Ibidem*, p. 136. Pero en ambos casos, se trata de aspectos marginales de su concepción de la ley.

[26] Austin, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albemarle Street, 1911, p.79.

[27] *Ibidem*, pp. 79 y 86.

[28] *Ibidem*, pp. 86 y 87.

> ted manifiesta, indica que yo estoy obligado por su orden, que tengo un deber de obedecerla.[29]

El daño en el que probablemente incurra si no cumplo con mi deber es lo que se denomina *sanción*, o *castigo*, de donde "orden, deber y sanción son términos inseparablemente conectados: cada uno de ellos se refiere a las mismas ideas que los otros, aunque cada uno denota esas ideas en un orden peculiar".[30]

El derecho, tanto para Bentham cuanto para Austin, consiste básicamente en órdenes respaldadas por amenazas: es un criterio afín al positivismo jurídico, ya que el derecho se describe sin referencia alguna a la moral. Pero no puede decirse que ambas teorías son idénticas. La teoría de Austin es claramente imperativa, y sólo imperativa, mientras que el caso de Bentham es más complicado. Por una parte, Bentham parece estar defendiendo un imperativismo estricto, que sólo acepta órdenes y prohibiciones. Esto ocurre, por ejemplo, cuando sostiene que no puede existir ninguna ley mediante la cual ninguno esté obligado, o coercionado, o con su libertad restringida.[31] Por la otra, Bentham acepta explícitamente[32] la existencia de leyes permisivas, de donde su teoría del derecho es menos estricta que la de Austin.[33]

De toda forma, la concepción de Bentham-Austin fue la teoría dominante en la filosofía legal anglosajona hasta el año 1945, en que Kelsen la criticó duramente en *General Theory of Law and State*.[34] En 1961 fue nuevamente criticada por Hart en *The Concept of Law*,[35] de modo que no puede decirse que tenga influencia en la actualidad.[36]

Pero debe quedar en claro que, si bien los utilitaristas defendían una variante del positivismo jurídico, estaban muy lejos de ser positivistas ideológicos. Basta recordar que Bentham decía: "bajo un gobierno de Leyes, ¿cuál es el lema del buen ciudadano? Obedecer puntualmente; censurar

[29] *Ibidem*, p. 89.

[30] *Ibidem*, pp. 91 y 92.

[31] Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 22, p. 54.

[32] *Ibidem*, pp. 95-97.

[33] Lyons, David, "Logic and Coercion in Bentham´s Theory of Law", *Cornell Law Review*, año 1972, vol. 57, núm. 3, pp 335-362 .

[34] Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Wedberg, Andres, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945.

[35] Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

[36] He descripto la teoría de Bentham sólo para enfatizar sus rasgos positivistas, los que se siguen de su rechazo al derecho natural. Para una descripción completa de la teoría, James, M. H., "Bentham on the Individuation of Laws", *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 24, núm. 3, 1973, pp. 357-382.

libremente".[37] Y que Mill decía: "Parece universalmente admitido que hay leyes injustas, y que el derecho, consecuentemente, no es el criterio último de justicia".[38]

IV. La justificación del castigo

Nuevamente es Bentham el más fructífero de los utilitaristas en el área del derecho, quien enriqueció la teoría jurídica proporcionando la justificación utilitarista del castigo, aunque no fue el primer utilitarista en proponer la idea, pues William Paley se le anticipó en hacerlo. Él pensaba que la finalidad adecuada del CASTIGO no es la satisfacción de la justicia sino la prevención del delito: "El temor de que si el delincuente escapa esto alienta a él o a otros, debido a su ejemplo, a cometer el mismo delito, es la única consideración que autoriza el castigo por medio de leyes humanas…Pero esta causa no está fundada en la culpa del ofensor sino en la necesidad de impedir la repetición de la ofensa."[39]

Cuatro años después que Paley, Bentham enunció la teoría utilitarista del castigo en su versión más célebre; todo castigo es un mal, un mal en sí mismo, y el principio de utilidad lo admite únicamente en la medida en que promete excluir un mal mayor.[40]

Hay cuatro situaciones en las que el castigo no debe ser aplicado: a) cuando carece de fundamento, esto es, cuando el acto no era maligno; b) cuando es ineficaz, esto es, cuando no puede impedir el mal que se busca evitar; c) cuando es demasiado caro, esto es, cuando el mal que produce es mayor que el que previene, y d) cuando es innecesario, esto es, cuando el mal puede impedirse sin él.[41]

En las situaciones en las cuales el castigo puede aplicarse, a su vez, éste debe cumplir con algunas metas que están subordinadas al principio de utilidad: a) su principal objetivo debe ser el de impedir todo tipo de delitos; b) si un hombre necesita cometer un delito, de un tipo u otro, el siguiente objetivo es el de inducirlo a cometer el delito menos maligno; c) el tercer

[37] Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 4, p. 10.

[38] Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 16, p. 44.

[39] Paley, William, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2002, p. 373.

[40] Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Basil Blackwell, 1967, p. 281.

[41] *Ibidem*, p. 282.

objetivo es incitar al delincuente a que no cause más daño que el necesario para su propósito, y d) finalmente, el último objetivo es impedir al mal al menor costo posible.[42]

En palabras de Bentham, entonces: "El objeto principal de las penas es prevenir delitos semejantes. El negocio pasado no es más que un punto, pero lo futuro es infinito. El delito pasado no afecta más que a un individuo, pero los delitos semejantes pueden afectarlos a todos".[43]

Hay dos puntos débiles en la teoría benthamita del castigo. El primero de ellos es el castigo al inocente, y el segundo el empleo de la tortura. Respecto del castigo al inocente, Bentham parecería rechazarlo en alguno de sus escritos, cuando dice, por ejemplo, que "la idea de la coerción está para los individuos inseparablemente conectada a la idea de derecho",[44] lo que apunta a la necesidad de principios públicos de castigo, consagrados en normas jurídicas.

Pero este no es realmente el caso, porque cuando aborda el tema de manera específica rechaza sin vacilar esa limitación definicional y dice que la situación más común es aquella donde "el acto es cometido por la misma persona que sufre el mal. Pero el mal puede recaer sobre otra persona y todavía llevar el nombre de castigo".[45]

Resulta claro que Bentham no está pensando aquí en el caso de los rehenes, sino en los casos más cuestionables de castigo al inocente. Él caracteriza primero lo que llama castigos desubicados, que son aquellos en los que existe un delito pero en donde el castigo se aplica a la persona incorrecta. Divide luego este tipo de castigo en evitable e inevitable y sostiene que "cuando es inevitable, de acuerdo a los principios de utilidad, no importa cuán desubicado sea el castigo pero éste no sólo puede, sino que debe, ser aplicado… Decir que un castigo tal no debería aplicarse sería una contradicción en los términos".[46]

Y Bentham tiene razón, sin duda: desde el punto de vista de la consistencia, adherir a la teoría utilitarista conlleva aceptar ciertos casos de castigo al inocente sobre la base de consideraciones de utilidad.

En cuanto a la tortura, Bentham sostiene en uno de sus manuscritos que existen algunos pocos casos en los cuales, para un propósito particular,

[42] *Ibidem*, p. 289.

[43] Bentham, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 252.

[44] Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 22, p.136.

[45] Bentham, Jeremy, "Principles of Penal Law", en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, p. 391.

[46] *Ibidem*, pp. 475 y 476.

podría emplearse ventajosamente la tortura, ya que la misma podría producir en ellos menos dolor que otros medios que podrían emplearse para lograr los mismos propósitos. Uno de sus ejemplos es el del individuo encarcelado durante uno o dos meses para que responda a una pregunta, que él hubiera contestado de inmediato de haber sido azotado.

Bentham va incluso más allá y piensa que si se condena la tortura, con más razón debería condenarse el castigo:

> El propósito para el cual se aplica la tortura es tal que cuando es alcanzado se percibe claramente que lo fue; y en cuanto se percibe que lo fue cesa inmediatamente la tortura. Con el castigo ocurre necesariamente algo distinto. En el castigo, para estar seguro de que se aplique tanto como es necesario, comúnmente se corre el riesgo de aplicar considerablemente más: en la tortura nunca se aplica un gramo más de lo que necesario.

Bentham establece también reglas para la aplicación de la tortura, de las que sólo voy a mencionar tres: a) ella no debe aplicarse sin una prueba convincente de que está en poder del prisionero hacer lo que le pide; b) ella no debe aplicarse salvo en casos que no admiten demora, y c) ella no debe aplicarse salvo en los casos donde está garantizado el beneficio de emplear un remedio tan extremo.[47]

Este aspecto del utilitarismo benthamita obviamente sería rechazado por cualquier legislación occidental contemporánea, pero, otra vez, él constituye un buen ejemplo de la rigurosa aplicación lógica que Bentham hacía de la teoría. También consistente con la teoría, y mucho menos cuestionable, es la idea de Bentham de castigar sólo en apariencia al culpable, cuando es posible hacerlo: "Si colgar la silueta de un hombre produjera la misma impresión saludable de terror en la mente de los individuos, sería tonto o cruel colgar al hombre".[48]

Porque el castigo produce dolor y el dolor es malo, el castigo sólo se justifica porque minimiza el dolor futuro. A diferencia de lo que ocurre con los dos aportes anteriores, la teoría disuasoria del castigo que propone Bentham conserva plena actualidad. Es una de las dos teorías dominantes en el área, compitiendo allí con la teoría retributiva de Immanuel Kant.

[47] Los manuscritos de Bentham sobre la tortura se encuentran en Rosen, W.L. y Rosen, P.E., "Bentham on Torture", en James, M.H. (ed.), *Bentham and Legal Theory,* Northern Ireland Legal Quarterly, 1973, pp. 42, 43 y 45-47.

[48] Bentham, Jeremy, *op. cit.*, nota 43, p. 398.

Además de la contribución de Bentham a la justificación moral del castigo, no debe olvidarse que Mill estableció los límites admisibles del castigo para un derecho penal liberal. En efecto, él dijo en su obra *On Liberty* que…

> el único fin por el cual la humanidad tiene permitido, individual o colectivamente, interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente.[49]

El derecho penal liberal se basa en la autonomía individual, y rechaza, entonces, todo tipo de legislación paternalista. Es discutible, sin embargo, que este aporte de Mill a la teoría del castigo pueda encuadrarse dentro de la ortodoxia utilitarista.

V. Las consecuencias como medio para decidir entre derechos en conflicto

Todos los sistemas jurídicos otorgan más de un derecho a sus ciudadanos, esto es, todos los sistemas jurídicos son pluralistas. En algunos casos los derechos están ordenados de manera jerárquica: derechos constitucionales por una parte, por ejemplo, y derechos jurídicos por la otra. Los conflictos entre derechos de diferente jerarquía no plantean problemas dificultosos: el derecho de jerarquía superior desplaza al derecho de jerarquía inferior. Los derechos constitucionales, por ejemplo, desplazan a los demás derechos jurídicos en casos de conflicto.

Pero los DERECHOS constitucionales mismos no están ordenados jerárquicamente. La Constitución otorga, entre otros, los derechos de propiedad y de libertad de expresión, pero no dice que uno de ellos sea superior al otro, puesto que todos los derechos constitucionales se consideran de igual jerarquía.

Si hay entonces una pluralidad de derechos constitucionales, sin una jerarquía de ellos, ninguno de los derechos otorgados puede ser absoluto (en el sentido de que siempre deba ser respetado) ya que un derecho puede entrar en conflicto con otro de igual jerarquía. Los derechos, entonces, son

[49] Mill, John Sturt, "On Liberty", en *Three Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1975, p. 9.

sólo derechos *prima facie*, esto es, derechos que pueden ser desplazados cuando entran en conflicto con otro derecho.

¿Qué ocurre cuando dos derechos entran en conflicto y son ambos de igual jerarquía, como dos derechos constitucionales? La Constitución, al no establecer una jerarquía de estos derechos, no proporciona ninguna solución precisa, de modo que es el juez quien debe decidir entre ellos en el caso concreto. Puede sugerirse, aplicando ideas utilitaristas, que el juez debe optar entre ambos derechos basándose en consideraciones de utilidad: en caso de un conflicto entre derechos de igual jerarquía el juez debe practicar el cálculo consecuencialista y optar por el estado de cosas que produzca la mayor felicidad.

Adviértase que no me estoy desdiciendo de mi anterior apoyo a la idea de Dworkin de que los derechos son cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad. Supongamos que existe un conflicto entre el derecho de propiedad, por una parte, y la utilidad, por la otra. No cabe duda que el juez debe optar en ese caso por respetar el derecho de propiedad. Y supongamos que existe un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, por una parte, y la utilidad, por la otra. Tampoco cabe duda de que el juez debe optar en ese caso por respetar el derecho a la libertad de expresión. Esto es lo que dice Dworkin, y creo que tiene razón, en la gran mayoría de los casos.

Pero supongamos ahora que existe un conflicto entre el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de expresión. Aquí Dworkin no tiene nada que decir, ya que los derechos son cartas de triunfo respecto de consideraciones de utilidad, pero no respecto de otros derechos de igual jerarquía. Y es precisamente en este tipo de casos que el utilitarismo puede sugerir que el juez debe aplicar el razonamiento consecuencialista. La utilidad desempeña aquí un papel en el razonamiento judicial, subordinado, pero papel al fin.

VI. Las consecuencias como justificación para desplazar hechos

El consecuencialismo, en general, y el utilitarismo, en particular, tienen reservado sin embargo un papel más importante en otros supuestos de conflicto. Porque ningún sistema jurídico está diseñado de modo tal que seguirlo a la letra implique la destrucción de la sociedad, o una suerte de suicidio colectivo, ni es necesario que esta conclusión esté explícitamente enunciada

en el sistema (tal vez es imposible que lo esté). La obligación de respetar los derechos, incluso los derechos constitucionales, no es una obligación absoluta. El constituyente no puede ser concebido como un individuo dotado de un fanatismo tal que prefiera proteger el texto constitucional a proteger a la sociedad a la cual dicho texto está destinado a regular.

Si el respeto del derecho en juego conduce a una catástrofe social, se debe proteger a la sociedad y no al derecho. Estos son los casos, pues, en los cuales un derecho se enfrenta a consideraciones de utilidad y la utilidad triunfa frente al derecho. Existen dos obligaciones distintas para los jueces respecto de los derechos, entonces. En tiempos normales, los derechos triunfan frente a las consideraciones de utilidad; en tiempos excepcionales, la utilidad triunfa frente a los derechos, y se debe salvar a la sociedad de una catástrofe.

Los filósofos morales deontologistas (o anti-consecuencialistas) más importantes del siglo 20 reconocieron este papel para el utilitarismo. Nozick dijo que no se puede prescindir del cálculo de consecuencias en lo que él denominó casos de horror moral catastrófico, y Rawls fue terminante cuando señaló que un deontologista que nunca tomara en cuenta las consecuencias sería irracional y loco.

Vimos en el apartado anterior que tomar en cuenta a las consecuencias para optar entre derechos de igual jerarquía que se encuentran en conflicto no refuta la idea de Dworkin de que los derechos son cartas de triunfo. ¿La refuta la idea expuesta en este apartado? Si tomamos la frase fuera de todo contexto, sí, porque evidentemente aquí la utilidad triunfa frente al derecho. Si tomamos la frase en el contexto para el que fue diseñada, no: el propio Dworkin acepta que los derechos pueden ser dejados de lado en situaciones catastróficas, y sólo exige precaución al caracterizar la catástrofe.

En estos casos, ciertamente, los jueces tienen que estar seguros de dos cosas: a) que están enfrentando una catástrofe potencial, y b) que el remedio ofrecido es el que mejor puede evitarla. Si se cumplen ambas condiciones, entonces llegó la hora del utilitarismo. En casos excepcionales, es adecuado hablar de violaciones constitucionales justificadas, justificadas, precisamente, por consideraciones de utilidad.

En conclusión, y pese a lo que caractericé como un comienzo poco promisorio, he mostrado cinco contribuciones, algunas de ellas todavía actuales, del utilitarismo a la filosofía del derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albemarle Street, 1911.

BENTHAM, Jeremy, "Anarchical Fallacies", en Waldron, Jeremy (ed.), *Nonsense upon Stilts*, London, Methuen, 1987.

_____, "Principles of Penal Law", en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843.

_____, "Supply Without Burthen or Escheat Vice Taxation", en Waldron, Jeremy (ed.), *Nonsense upon Stilts*, London, Methuen, 1987.

_____, *A Fragment on Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1967.

_____, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Basil Blackwell, 1967.

_____, *Of Laws in General*, London, The Athlone Press, 1970.

_____, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editora Nacional, 1981.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.

FREY, R. G., *Utility and Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

JAMES, M. H., "Bentham on the Individuation of Laws", *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 24, núm. 3, 1973.

KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, trad. de Wedberg, Andres, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945.

LYONS, David, "Logic and Coercion in Bentham´s Theory of Law", *Cornell Law Review*, vol. 57, núm. 3, 1972.

MILL, John Stuart, *Utilitarianism*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1971.

_____, "On Liberty", en *Three Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.

PALEY, William, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2002.

ROSEN, W.L. y ROSEN, P.E., "Bentham on Torture", en James, M.H. (ed.), *Bentham and Legal Theory,* Northern Ireland Legal Quarterly, 1973.

CAPÍTULO 49

FUERZA Y LIBERTAD: LA FILOSOFÍA KANTIANA DEL DERECHO

Arthur RIPSTEIN*

La filosofía del Derecho kantiana es difícil de situar en términos de las categorías de la filosofía del Derecho contemporánea. Se enfoca en cosas que son consideradas como irrelevantes para un análisis del concepto de Derecho: su explícita incorporación de conceptos morales, su enfoque en la coerción y su atención en el detalle doctrinario parece cambiar la materia y no iluminar sobre ella. Igualmente, tampoco trata de las preguntas estándares de la teoría del Derecho normativa. Se dice típicamente que la teoría normativa se enfoca en lo que Derecho debe ser, que es una cuestión diferente de lo que el Derecho es. Si el objetivo de la teoría normativa es decir lo que el Derecho debe ser, el tratamiento kantiano de la doctrina jurídica parece estar fuera de lugar. En este capítulo, mostraré que esas características de la filosofía kantiana surgen de la visión distintiva de Kant acerca de las relaciones entre DERECHO Y MORAL.

La mayor parte de los lenguajes diferentes del inglés tienen dos palabras para "*law*": *lex* y *ius*, *gesetz* y *Recht*, *loi* y *droit*, *ley* y *Derecho*.** En cada caso, el primer miembro del par es un concepto puramente institucional; el segundo también es institucional, pero moralmente cargado. Los debates contemporáneos acerca de la relación entre Derecho y moral toman al primer miembro de estos pares como el modelo típico. Los POSITIVISTAS sostienen que el Derecho, entendido como *lex*, sólo puede guiar la conducta si los ciudadanos pueden averiguar qué es lo que les dice el Derecho que deben hacer sin tener que considerar sus méritos.[1] Los ANTI-POSITIVISTAS modernos tratan de mostrar que el mérito es importante, señalando que el primer miembro de este par de conceptos presupone el segundo, o mos-

* Professor of Law and Philosophy, Universidad de Toronto. (Traducción de Jorge Fabra, Revisión por Ezequiel Spector. Publicado originalmente en *A Companion to Philosophy of law and legal theory*, Dennis Patterson (ed.)).

** *N. del. T.* El español, por su parte, "Derecho" significa decir "lex" y "ius", pero además, "right", en el sentido de derecho subjetivo.

[1] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System,* Oxford, Clarendon Press, 1970.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1736-1756

trando que el Derecho inmoral no es en realidad Derecho en absoluto,[2] o mostrándonos que la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO requiere en cualquier caso particular una discusión moral.[3]

Si estuviera obligado a elegir un lado en este debate, el kantiano tendría que tomar partido por el positivista: la clave del concepto de *lex* es lo que está establecido. Al mismo tiempo, la aproximación kantiana acepta una versión de la tesis iusnaturalista de la prioridad de *ius* sobre *lex,* pero entendida de una forma diferente. *Ius* solo puede ser *ius* en su sentido completo si se convierte en *lex.* El kantiano concede que una regla que ha sido establecida en la forma correcta seguiría siendo Derecho (*lex*), incluso si no es justa (*ius*). La relación entre Derecho y moralidad va en la dirección opuesta: la justicia entre las personas sólo puede ser realizada a través del Derecho positivo. En vez de decir que no se puede entender el Derecho a menos que se entienda el lugar en la moralidad en él; el kantiano dice que no has entendido la moralidad a menos que entiendas el lugar del Derecho en ella, porque sólo el Derecho puede hacer posible una parte fundamental de la moralidad. Así que el kantiano no niega la afirmación del positivista moderno de que el que una norma particular sea un miembro válido de un SISTEMA JURÍDICO dado depende exclusivamente de hechos relacionados con los actos y prácticas de los funcionarios, y no en sus méritos.[4] En vez de ello, los kantianos dan una explicación de la relevancia moral de *lex:* las personas sólo pueden actuar en términos de justicia si estos términos y los cuerpos autoritativos competentes para aplicar e interpretar el Derecho están en funcionamiento. En la expresión preferida de Kant, *Recht,* entendido normativamente, sólo es vinculante si ha sido "establecido como Derecho",[5] es decir especificado institucionalmente a través del Derecho positivo. La aproximación kantiana así ofrece una explicación normativa de la relevancia de la visión positivista contemporánea de la VALIDEZ JURÍDICA.

La aceptación de Kant de la tesis contemporánea del positivismo de que el Derecho (*lex*) debe ser identificado por sus fuentes está asociada con un rechazo a tesis diferentes que históricamente han sido asociadas con positivistas representativos, pero no sólo es distinta de la tesis central del positi-

[2] Murphy, Mark, *Natural Law in Jurisprudence and Political Philosophy,* Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2006.

[3] Dworkin, Ronald, *Law's Empire,* Cambridge, USA, Harvard University Press, 1986. Véase, TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO.

[4] Gardner, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, núm. 1, 2001, pp. 199-227.

[5] Kant, Immanuel, "The Doctrine of Right", en *Practical Philosophy*, Mary Gregor (ed.), Cambridge, UK , Cambridge University Press, 1996 [1797], p. 496.

vismo contemporáneo, sino de forma más relevante, no es una tesis acerca del Derecho entendido como *lex* en absoluto. Si algo, es una tesis acerca del *ius,* que, en términos generales, derivada de forma normativa. En la visión que Kant rechaza, el Derecho (*lex*) es una herramienta para alcanzar propósitos morales que son completamente independientes de él. Una versión particularmente fuerte de esta posición es desarrollada por Bentham; cuya introducción enfática del contraste entre la posición del iusnaturalista, como la representada por William Blackstone, y su propio positivismo jurídico, se convirtió en una tesis totalmente nueva sobre la naturaleza de la *moralidad,* de acuerdo con la cual su principio fundamental no contiene reglas ni nada similar. Como un UTILITARISTA, Bentham creía que el *criterio* de una acción correcta es si esta acción *en la realidad* genera el balance óptimo de placer sobre dolor. Esta es una pregunta puramente fáctica acerca de la relaciones causales en el mundo, las cuales, tienen (en principio) una repuesta completamente determinada en cada caso, incluso si los humanos ordinarios falibles a menudo tengan problemas en descubrir lo que la utilidad demanda. Tales limitaciones requieren que el principio para *decidir* cual acción debemos realizar opera indirectamente, a través de la adopción de las reglas que probablemente lo generaran a largo plazo. Las reglas así son vistas como moralmente derivativas. Son instrumentos para alcanzar algo que puede ser descrito sin referencia a ellas. Si las reglas no tienen ningún papel moral intrínseco, sino solo uno contingente e instrumental, entonces las reglas jurídicas tampoco tienen ninguna relevancia moral. Son herramientas para la guía efectiva y la coordinación de la conducta, y deben ser evaluadas exclusivamente en la base de su habilidad para hacer eso; es decir, las reglas no tienen ningún valor moral en sí porque solo sus consecuencias pueden tenerlo. La actitud instrumental frente al Derecho sobrevive en la teoría contemporánea, incluso en aquellos que rechazan el utilitarismo. Joseph Raz escribe: "Dudo que haya tareas importantes que sean solo únicas al Derecho, en el sentido que no puedan ser cumplidas de otra forma".[6] También esto anima la imagen común de que la jurisprudencia normativa es una investigación acerca de lo que el Derecho debe hacer sin considerar lo que el Derecho es.

Al desarrollar esta imagen de las reglas, Bentham no discrepaba con la imagen tradicional del iusnaturalismo de que el Derecho (*lex*) son las reglas establecidas por los funcionarios; sino que, en vez de ello, él discrepaba por

[6] Raz, Joseph, "About Morality and the Nature of Law", *American Journal of Jurisprudence,* vol. 48, núm. 1, 2003, pp. 1-15.

qué tal cosa debería hacerse. La tradición del IUSNATURALISMO es demasiado rica como para admitir un resumen fácil, pero uno de sus supuestos clave es que la moralidad interpersonal en sí misma está, fundamental y contingentemente, hecha de reglas –no dañes a otras personas, no tomes lo que pertenece a otros, honra tus contratos, coordina tu conducta con la de otros, y similares– y solo contingentemente acerca de resultados. Los iusnaturalistas medievales y primeros iusnaturalistas modernos, tales como Aquino y Grocio, buscaron basar su aproximación en visiones acerca de los bienes fundamentales y necesarios para el florecimiento humano,[7] pero esta fundamento se basaba en las reglas de la conducta y no en sus consecuencias. Al mismo tiempo, los iusnaturalistas reconocieron que las reglas interpersonales en el corazón de la moralidad eran parcialmente indeterminadas, y necesitan que se les de contenido específico a través del Derecho positivo. La fijación de límites y la casuística es una característica común de todos los sistemas jurídicos, que para los iusnaturalistas tradicionales, son sólo el desarrollo de los conceptos morales en casos particulares. No son un intento para aproximar un orden conceptual totalmente diferente. Mientras que Bentham o Austin dirían que la moralidad, debido a los límites del conocimiento humano, solo requiere contingente e instrumentalmente instituciones para hacer, aplicar y hacer cumplir el Derecho, los iusnaturalistas pensaron que esas cosas se requieren de forma no-contingente. Así que los iusnaturalistas pensaron que la positividad del Derecho positivo debía ser entendida en términos de un requisito moral: las reglas morales son insuficientemente determinadas y necesitan ser desarrolladas de una forma simple para todos con el fin de que todos seamos capaces de hacer lo que la moralidad requiere, de una forma consistente con que los demás hagan la misma cosa.[8]

Kant ofrece una forma distintiva para repensar los temas de la tradición iusnaturalista; él elimina la referencia a las ideas aristotélicas acerca del florecimiento y lo bueno, y las reemplaza por el concepto de Derecho. Únicamente el concepto de libertad puede asegurar a las directivas autoritativas o al poder de hacerlas cumplir, así que las únicas partes de la moralidad a las que se puede dar efecto a través del Derecho positivo son aquellas que regulan la libertad externa de las personas. Otras partes de la moralidad —virtud y la selección de los fines valiosos— no pueden tener efecto a través del Derecho. La virtud no está relacionada con lo

[7] Finnis, John, *Aquinas: Moral, Legal, and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1988.

[8] Stone, Martin, "Legal Positivism as an Idea about Morality", *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, núm. 2, 2011, pp. 313-341.

que la persona piensa, sino con las razones por las cuales él o ella actúa; un acto en apariencia virtuoso no es genuinamente virtuoso si fue adoptado en respuesta a la autoridad externa o a la sanción jurídica. El aspecto externo de la interacción interpersonal, en contraste, puede ser legítimo sin considerar el incentivo de cumplimiento, dado que los derechos se ocupan únicamente con la *inter*acción de las personas libres. Kant articula la estructura de la interacción legítima como la estructura racional de un sistema de libertad igual, en el cual cada persona es independiente frente todos los demás. El que la acción de una persona afecte la capacidad de otro no depende en *las razones* por las cuales el primero actuó así; solo depende de lo que él o ella hicieron. La libertad de cada persona frente a otros sólo puede ser alcanzada a través del Derecho.

La afirmación kantiana de que sólo el Derecho *puede* crear un sistema de igual libertad es formulada como una afirmación moral *a priori*, y no como una afirmación empírica equivalente a lo que Hume denominó las "circunstancias de la justicia",[9] es decir, a aquellas características de la situación humana que hacen posible el gobierno a través de reglas generales que son moralmente benéficas y humanamente posibles; o lo que Locke concibió como (aunque no llamó) las circunstancias del Derecho,[10] los límites epistémicos y morales que hacen preferibles las instituciones sociales al juicio individual. La tesis negativa de Kant sobre la naturaleza e inclinaciones humanas es extrema; él escribió que "a partir de una madera tan retorcida como de la que está hecho el hombre no puede tallarse nada enteramente recto".[11]. Pero también insistió que una condición totalmente legítima, en la cual las personas libres vivan juntas bajo el Derecho positivo, es moralmente necesaria "[sin importar] cuán buenas y obedientes del Derecho" puedan ser las personas.[12]

Dado que Kant concibe los conceptos morales como conceptos racionales y no como conceptos empíricos, el punto de partida para comenzar a pensar acerca de ellos debe ser la filosofía kantiana más abstracta y puramente racional, abstraída de cualquier hipótesis específica de las limita-

[9] Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 189-95; Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Selby-Bigge, Lewis Amherst (ed.), Oxford, Clarendon Press, 2000 [1771-1776] p. 488.

[10] Locke, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1960 [1689].

[11] Kant, Immanuel, "The Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose", en *Kant: Political Writings*, Reiss H. (ed.), Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1991 [1784], p. 46.

[12] Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 5, p. 456.

ciones o circunstancias humanas. Aplicada al caso específico del concepto moral de Derecho, el análisis del caso puro de interacción entre seres racionales finitos mostrará que la justicia entre las personas sólo es posible a través del Derecho positivo, incluyendo las instituciones para crear, aplicar y hacer cumplir el Derecho. La estructura racional de estas instituciones entonces proporciona el fundamento normativo que da competencia a los funcionarios para tomar en cuenta las limitaciones humanas en las circunstancias particulares cuando deben llenar los detalles específicos del Derecho.

Dada la naturaleza contingente y empírica de los sistemas jurídicos, una explicación de la estructura racional pura de la justicia puede ser un punto de partida poco prometedor para comprender lo que existe en la realidad. Kant la introduce como un modelo de la situación pura del Estado de Derecho. Comenzando con la situación exitosa y tratándolo como analíticamente básico, Kant sigue la tradición iusnaturalista en la teoría del Derecho, y, en realidad, la tradición aristotélica más general de entender la complejidad. En la *Crítica de la Razón Pura,* Kant utiliza la misma estrategia analítica para explicar la naturaleza de una cosa viviente.[13] Si, como Kant arguye, la naturaleza física del mundo debe ser entendida exclusivamente en términos de causalidad física gobernada por leyes que no ameritan ninguna excepción, la naturaleza de una cosa viviente genera un problema filosófico, porque parece ser un ejemplo de un orden de una clase totalmente diferente. Aunque existen generalizaciones verdaderas acerca de animales y objetos que caen, este tipo de generalización es diferente. Las generalizaciones acerca del mundo físico son incompletas si ellas admiten excepciones. La ideas generales acerca de las cosas vivientes hacen generalizaciones que no son refutadas por las muchas excepciones a ellas. Un caballo de tres piernas no es un contraejemplo de la afirmación de que los caballos tienen cuatro piernas. Tampoco es menos valida la afirmación acerca de que el ciclo de vida normal de un mosquito por el hecho de que la mayor parte de los mosquitos no superen la etapa lárvica. Tampoco sería invalidada por el descubrimiento de mosquitos adultos que sean incapaces de reproducirse. En vez de esperar reemplazar el concepto de una cosa viviente con algo más empírico, Kant arguye que el concepto de un ciclo completo de la vida es una idea racional que imponemos a las cosas que encontramos en la naturaleza, incluso si ninguna de ellas se adecúa completamente a la idea. En teoría del Derecho, un papel paralelo es jugado

[13] Kant, *The Critique of Pure Reason* , P. Guyer y A. Wood (eds.). Cambridge, UK, 1998 [1781] p. 390.

por el concepto de una condición totalmente legítima, entendida como un sistema de libertad igual. Organiza nuestro pensamiento alrededor de SISTEMAS JURÍDICOS que encontramos en la experiencia, pero también proporciona la perspectiva desde la cual los casos particulares pueden ser considerados defectuosos. En la misma forma que presuponemos el concepto de un caballo ideal cuando juzgamos defectuosos a los caballos de tres piernas, también presuponemos el concepto de un sistema ideal de libertad igual al juzgar los aspectos en los cuales un sistema jurídico real es defectuoso. En ambos casos, el juicio es desde un punto de vista presupuesto para la aplicación de un concepto abstracto a un objeto particular.[14]

Sin embargo, la idea racional de una condición legítima no es puesta simplemente como una interpretación de lo que es inmanente en el concepto de *lex* legal, en la forma que algunos han tratado de mostrar que todo acto comunicativo presupone un concepto puro de habla no coercitivo, con la esperanza de establecer que todo aquel que use el discurso o el derecho en alguna otra manera está de alguna forma cometiendo un tipo de contradicción performativa.[15] Incluso si tal argumento pudiera establecer exitosamente tal conclusión, ya sea en el caso del discurso o el derecho, sería resaltar la clase errónea de defecto. El problema en usar el Derecho (*lex*) injustamente es que es injusto, no es que falle en parecerse al Derecho; al igual que el problema de utilizar el discurso engañosamente no es que el hablante se contradiga a *sí mismo*, sino que el hablante engañe a alguien más.

Para ver la forma general del argumento de Kant acerca de la relación entre conceptos morales e instituciones, consideremos el derecho a tener un juicio justo. Su base normativa radica en el hecho de que es una instancia del derecho moral más general que tiene toda persona a estar por fuera de reproche, a solo poder ser judicializada por sus propios actos y a presumirse inocente de todo mal a menos que se pueda probar que ha cometido alguno.[16] Al mismo tiempo, el derecho a un juicio justo sólo puede ser disfrutado en el Estado, porque es un derecho que presupone instituciones y procedimientos que estén establecidas para darle efecto de forma consistente con el derecho de los demás a un juicio justo. La sorprendente tesis de Kant es que *todos* los derechos caen dentro de esta categoría. Las personas tienen legitimación a sus derechos, simplemente en virtud de su humani-

[14] *Ibidem*, p. 491 y 505.

[15] Habermas, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Madrid, Taurus, 1981. Véase, DERECHO COMO DISCURSO.

[16] Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 5, p. 394.

dad, y su derecho innato de humanidad forma la base de cualquier otro derecho adicional que ellos puedan adquirir a través de su actos. Los derechos de una pluralidad de personas deben ser consistentes, no porque el hecho de que puede ocurrir un conflicto, sino porque son derechos, y por tanto deben ser parte de un conjunto sistemático de restricciones de conducta. Esta consistencia solo es posible en una condición legítima que garantice a todos sus derechos.

El punto de partida para generar esta idea de legalidad es lo que Kant denomina como "libertad externa". Un ser intencional es aquel que puede establecer y perseguir sus propios propósitos. Kant sigue a Aristóteles en suponer que para hacer algo su propósito, usted debe ser capaz hacer algo más que ser capaz de desearlo, sino que se debe ser capaz de utilizar los medios que usted cree son los idóneos para cumplirlo. Usted puede equivocarse acerca de la idoneidad de los medios, y usted puede fallar en cumplir sus propósitos incluso a través de medios que son normalmente adecuados para ello, pero usted no se ha establecido a sí mismo un propósito en absoluto a menos que los medios presuntamente adecuados para ellos estén a su disposición. Kant integra esta concepción de voluntad en un principio normativo: cada persona está legitimada a ser su propio amo, a ser quién determine cuales propósitos va a seguir. Dado que cada persona es su propio amo, ninguno es amo (o sirviente) de otros, así que cada persona debe ser concebida como una parte de un sistema de derechos. El derecho de una persona a la libertad finaliza donde el derecho del otro comienza. Su derecho a la libertad externa es así su legitimación a utilizar sus medios para establecer sus propósitos de forma consistente con la habilidad de los demás a hacer lo mismo.

Así entendidos, el derecho a la libertad externa solo puede ser entendido relacionalmente. Usted es libre si *usted*, y nadie más, es quién puede determinar cuáles propósitos va a seguir. Su legitimación fundamental es simplemente a utilizar sus propios medios para establecer y perseguir sus propios propósitos, limitados únicamente por la legitimación de los demás a hacer lo mismo. Dado que la legitimación es relacional, solo genera un concepto relacional de ilícito: una persona comete un ilícito cuando interfiere con la habilidad de la otra persona a utilizar sus propios medios como ella desea. Aunque la capacidad *fáctica* de cada persona para establecer y perseguir sus propósitos es al menos tan vulnerable a los factores naturales como a las acciones de los otros, la única cosa que puede violar la legitimación de una persona a establecer y perseguir propósitos independientemente de la elección de otros es el acto de otra persona.

La ambición de Kant de interpretar los conceptos relevantes del Derecho desde conceptos más básicos relacionados con la acción y la libertad puede ser pensada como un signo de un compromiso con una aproximación "fundacionalista" a la justificación, hoy pasada de moda. Esté Kant comprometido con tal noción de justificación o no, el proyecto kantiano no depende de una. Es perfectamente consistente con el argumento de Kant insistir que la defensibilidad final de su punto de partida depende en su habilidad para generar conceptos relevantes de él. Si tal proyecto no es exitoso, tanto peor para el punto de partida; si el proyecto es exitoso, entonces los conceptos jurídicos relevantes se han mostrado como ejemplo de las ideas prácticas más amplias que Kant desarrolla. Si los conceptos jurídicos también tienen sentido dentro de la estructura amplia de los sistemas jurídicos, tales como la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, al igual que divisiones tradicionales dentro de cada uno de ellos –propiedad y contrato en Derecho privado, separación de poderes y gobierno limitado en el Derecho público–, entonces ambos señalan el punto de partida y la caracterización de los fenómenos jurídicos relevantes que forman un todo mutuamente fundado. En principio, entonces, la aproximación kantiana puede ser desarrollada en cualquier dirección, desarrollada hacia afuera ("sintéticamente") de la idea de libertad externa; o hacia adentro ("analíticamente") desde los fenómenos jurídicos conocidos. Cada estrategia promete recompensas, pero la segunda tiene la ventaja de explicar las prácticas existentes; la primera, que comienza con el concepto básico de libertad, proporciona una clase diferente de recompensa filosófica, porque proporciona la idea en el contexto frente el cual las preguntas sobre los poderes jurídicos y la autoridad ganan mucho interés filosófico. La idea kantiana de igual libertad es, en últimas, la idea de cada persona está legitimada a ser su propio amo, donde tal maestría sobre uno mismo es entendida de forma relacional y contrastante. Ser su propio amo no solo está en contraste directo con las ideas de esclavitud y servidumbre, también anima preguntas comunes de filosofía del Derecho. Los Estados pretenden estar legitimados a decir a las personas qué hacer y forzarlos a hacer lo ellos que dicen. Estos dos supuestas legitimaciones está en tensión aparente con el derecho de cada persona a ser su propio amo. Si eres tu propio amo, ¿Cómo es que otro va a decir que hacer o forzarte a hacer algo? Comenzando con el derecho de cada persona a ser su propio amo, la explicación kantiana explica cómo y cuándo tales afirmaciones debe ser considerada legítimas.

Desde este punto de partida austero en el concepto de libertad externa, entendida relacionalmente, la filosofía del Derecho kantiana puede generar una concepción distintiva de interacción entre personas privadas. La libertad externa protege la intencionalidad de todas las personas, y no los propósitos particulares de alguna persona particular. La forma en la que la libertad de cada persona podría ser reconciliada con la de los demás es en la formalidad de que esta intencionalidad sea preservada, de forma tal que las personas tengan una legitimación a los medios para establecer y perseguir propósitos, y no que tengan éxito en ningún propósito particular. Cada persona está legitimada a usar su propios medios como desee, pero a ninguna persona se le permite utilizar o interferir con los medios que pertenecen a otros. Esta concepción de interferencia no depende de las intenciones de aquel que interfiere; yo cometo un ilícito frente a ti si te daño por mi descuido, o si utilizo tu propiedad mientras laboro bajo una creencia inocente pero errónea de que es mía. Así la explicación kantiana se aparta de esos aspectos de la tradición iusnaturalista que sostiene que las reglas morales tienen su fundamento en lo inapropiado de perseguir cosas que son malas.[17] La formalidad de la intencionalidad hace que lo que Kant denomina una "cuestión" de elección[18] –el fin por el cual la persona realiza una acción– sea irrelevante para el Derecho.

El concepto de límites recíprocos a la voluntad presupone un contraste en interferir con, o utilizar, los medios que pertenecen a otra persona, y utilizar los medios propios en formas que cambien el contexto en el cual los otros utilizan sus medios.[19] Esta contraste conceptual resulta siendo el contraste jurídico común entre cada persona teniendo sus propias personalidad y propiedad, y no teniendo ninguna legitimidad a la personalidad o propiedad de otros, a menos que la otra persona haya tomado una obligación afirmativa mediante un contrato. Así que los otros no pueden tocar o dañar tu persona, utilizar o desmejorar tu propiedad sin tu consentimiento, porque si ellos lo hacen, interfieren con tus medios, y así con tu voluntad. Nadie diferente de la persona, propiedad o cosas que dependan de usted pueden generar tales derechos; y así, por ejemplo, si usted tiene un contrato con otra persona, y un tercero daña a la parte contratante de forma que le impida cumplir el contrato, usted no tiene ningún ninguna causa directa de acción contra esta tercera persona. Su única pretensión bajo un contrato es la realización por la persona con la cual se hizo el acuerdo.

[17] Finnis, John, *op. cit.*, nota 7.

[18] Kant, *op. cit.*, supra, nota 5, p. 387.

[19] Ripstein, Arthur, *Force and Freedom: Kant´s Legal and Political Philosophy*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009, cap. 6.

Al comenzar con una concepción de libertad como independencia de la elección de otro, la aproximación kantiana proporciona una exposición sistemática del sentido en el cual la moralidad interpersonal está hecha de reglas. Tus obligaciones jurídicas son obligaciones de usar tus medios –tu persona y propiedad– en formas que sean consistentes con la legitimación de las demás personas de ser propios amos utilizando sus medios de las formas que deseen. Pero esto es solo decir que las obligaciones del Derecho no pueden ser pensadas excepto en términos de reglas que restringen la conducta de las personas a la luz de los derechos de las demás. Así un sistema de igual libertad no es algo que las reglas se supone deben causar, en la forma en la que Bentham propuso deberían estar establecidas para producir el resultado mayormente beneficial, o incluso, en la forma en la que Aquino arguyó que las reglas públicas producirían el bien común. Un sistema de igual libertad no puede ser descrito excepto en términos de restricciones recíprocas a la conducta. Las reglas jurídicas *son* el sistema de igual libertad.

El mismo enfoque en libertad como independencia genera una sorprendente perspectiva sobre el carácter coercitivo del Derecho. La idea de que el Derecho es coercitivo ha perdido favorecimiento en filosofía bajo el peso de las críticas de H. L. A. Hart de la explicación de las reglas jurídicas en términos de mandatos respaldadas por amenazas.[20] Hart sostuvo que el concepto de una regla es conceptualmente anterior a la amenaza a su violación. Así que el concepto de una regla no puede ser reducido al concepto de un mandato respaldado por una sanción en la forma en que Bentham y Austin esperaron. La explicación kantiana de la coerción es fundamentalmente diferente. Kant no tiene ningún interés en reducir o reemplazar el concepto de regla, pues, como hemos visto, el considera a las reglas como normativamente fundamentales. En vez de ello, la coerción debe ser entendida en términos de reglas de igual libertad. Cualquier interferencia con la habilidad de una persona de establecer y perseguir sus propios propósitos es coercitiva. El ejemplo más simple y familiar de coerción no es amenazar a alguien con castigo si ellos no siguen una instrucción, sino que es obligarles a hacer algo. Si un acreedor obliga a un deudor a pagar, mediante la persecución judicial de sus bienes, el acreedor utiliza la coerción contra el primero. La persecución de los bienes es coercitiva incluso si el acreedor no ofreció ninguna amenaza previa. O, de forma diferente, un secuestrador ejerce coerción en la víctima con el simple secuestro, aparte de las amena-

[20] Hart, *op. cit.*, nota 1, pp. 22 y ss.

zas que puede haber hecho a los miembros de la familia o a sus asociados en negocios. En cada uno de estos ejemplos, el uso de la fuerza –la interferencia con algo que la otra persona tiene (sea legítimo o no) – es de forma primaria un ejemplo de coerción, porque es un obstáculo a la habilidad de la persona de usar lo que ha establecido y persigue como su propósito. Si la coerción se entiende de esta forma, entonces un sistema de libertad igual de elección es *también* un sistema de restricciones a la coerción. Cualquier violación de los límites en los cuales una persona está legitimada a utilizar es coerción, es decir, es una interferencia con la habilidad de esa persona de establecer y perseguir sus propios propósitos. Así que un sistema de igual libertad que establece los límites para el uso de la fuerza, y sostener esta un sistema de libertad igual es solamente sostener la legitimación de todas las personas contra la fuerza. La defensa de derechos particulares –el derecho del acreedor a perseguir los bienes del deudor ante el incumplimiento de la deuda– es consistente con un sistema de igual libertad, porque no hace nada más que dar un derecho al deudor a lo que él está legitimado a tener. El derecho a un remedio en caso de violación de un derecho privado es solo la reafirmación del derecho privado mismo. Si he contratado encontrarme contigo al medio día y voy atrasado, debo verte a las 12.01, porque mi fracaso en llegar al tiempo acordado no me libera de mi obligación. Si le debo $100 y no le pago, mi incumplimiento no hace que la deuda desaparezca. Si tomo tu abrigo sin tu permiso, debo regresarlo, porque el hecho de haberlo tomado no impide que siga siendo su abrigo. En cada uno de esos ejemplos, le he privado de algo a lo cual usted tiene derecho. En cada caso, el derecho sobrevive a mi violación, incluso cuando ha fracasado como restricción de la conducta bajo circunstancias particulares. El mismo derecho que restringió mi voluntad al ubicarme bajo una obligación de hacer (o de abstenerme de hacer) algo, le legitima a usted a restringir mi voluntad al obligarme a restituir a lo que usted tenía derecho. En muchas casos, también es posible que la posibilidad de que yo esté obligado a compensarte si te daño, o entregarte mis ganancias si utilizo lo que es tuyo, *también* puedan ser un incentivo para cumplir mis obligaciones. Cuando un sistema jurídico establece la posibilidad de hacer cumplir coercitivamente los derechos privados, no hace nada diferente de modelar la conducta anunciando que un sistema de libertad igual será sostenido.[21]

Un sistema de libertad igual está constituido por las reglas fundamentales del Derecho privado. La generalidad de estas reglas no es una clase de concesión a la luz de la información imperfecta. Es la estructura fundamen-

[21] Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 19, cap. II.

tal de justicia entre las personas. Mientras que Bentham, por ejemplo, piensa que la moralidad misma no contiene nada parecido a reglas, Kant concibe la moralidad interpersonal formada completamente por reglas. Aunque tanto Bentham como Kant dicen que todo Derecho (*lex*) es Derecho positivo, lo dicen de diferentes formas. Bentham lo ve como una herramienta para alcanzar algo mucho más preciso que el Derecho, Kant lo ve como la especificación de algo mucho más abstracto.[22]

Esta diferencia genera la aproximación kantiana a la teoría del derecho normativa y al análisis doctrinal. Solo si se piensa que los conceptos jurídicos familiar están bajo alguna forma sospecha –en la forma, por ejemplo, en que Bentham les considera *automáticamente* sospechosos porque son ordenados por reglas, lo cual es inherentemente sospechoso– existe alguna razón para suponer la *justificación* moral de las reglas jurídicas debe ser declarada en términos que sean fundamentalmente diferentes del vocabulario propio del Derecho. Este legado de Bentham infecta mucho la academia jurídica contemporánea, ya que busca recomendar reglas particulares con base en su efecto en la eficiencia[23] o en sus efectos expresivos;[24] el mismo legado de Bentham genera debates entre las teorías retributivas o de disuasión del castigo, cada una de las cuales supone que la justificación para el castigo debe yacer en su tendencia para producir una consecuencia jurídica que no tenga que ver con el castigo como tal, como la reducción del crimen o un generar un sufrimiento igual comparable al mal causado.

Para el kantiano, la única defensa posible de doctrinas jurídicas particulares depende de mostrar las formas en las cuales ellas son elementos de un sistema de igual libertad. El enfoque jurídico común que se enfoca en el hecho ilícito, y no en el daño, es un ejemplo de esto. A menudo se comenta con alguna sorpresa que el Derecho es indiferente a algunos tipos de daños, tales como aquellos generados por la competencia económica, pero es capaz de considerar a alguien responsable por una acción incluso si no es dañina o incluso benéfica. Si usted toca una persona, o usa la propiedad de esa persona sin su permiso, usted comete una intromisión que es ilícita, incluso si ello no genera daños. Su caballo puede resultar siendo más saludable como resultado del ejercicio que obtiene cuando yo lo monto su sin permiso, o su salud puede mejorar por un procedimiento médico que reali-

[22] Kant, *op. cit.*, nota 5, cap. VII.3.

[23] Posner, Richard, "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm 1, 1972, pp. 29-96.

[24] Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard H., "Expressive Theories of Law: A General Restatement", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 5, 2000, pp. 1503-1575.

zo cuando está dormido. Para el kantiano, esos ejemplos ilustran el objetivo normativo básico que es ser su propio amo, solo usted está legitimado para decidir cómo será tocado o como será usada su propiedad, incluso si esos usos le benefician. Por exactamente la misma razón, ninguna otra persona puede requerirle usar lo que es suyo, o hacerle abstener de usarlo, en una forma que sea la más ventajosa para ellos, incluso si sufren una desventaja como resultado. Usted puede abrir un negocio que compita con el mío, o abrir un hotel que genere sombra sobre mi playa porque no estoy legitimado a decirle como debe usar sus habilidades o propiedad. El único daño del cual me puedo quejar son aquellos que también son ilícitos, es decir, aquellos que interfieran con mi habilidad para usar lo que es mío, no aquellos que simplemente fracasan en proporcionarme un contexto favorable.

La concepción kantiana del concepto de un sistema de igual libertad es altamente abstracta, tanto al nivel de derechos primarios y sus derechos correlativos como en el nivel de los derechos remediales que surgen del incumplimiento. Esto muestra que un sistema de igual libertad requiere personas que se abstengan de usar o interferir con la persona o propiedades de otros sin su consentimiento, mantener sus contratos y también que aquel que perjudique la libertad de otro que puede ser obligado a regresar la cosa a la que la persona dañada tenía derecho. Si le daño a usted o a su propiedad, puedo ser obligado a pagar las pérdidas; si utilizo su propiedad, puedo ser obligado a entregar mis ganancias; si rompo mi contrato con usted, puede ser obligado a cumplirlo o hacer algo equivalente al cumplimiento. Así la estructura amplia de la doctrina jurídica en Derecho privado puede ser articulada como un sistema de límites racionales en la libertad, sin ninguna referencia empírica acerca de la necesidad, la vulnerabilidad o el daño. Cuáles de los conflictos reales que surjan entre personas separadas que pretenden seguir propósitos separados dependerá de los propósitos particulares que tengan las personas, al igual que las características específicas de su vulnerabilidad y los efectos de las acciones de otros. Tales factores hablan solo cuando el aparato formal del Derecho privado será aplicado, pero no de su estructura.

La misma abstracción que hace posible articular el concepto de Derecho privado *a priori* tiene implicaciones adicionales que no son completamente determinadas en su aplicación a casos empíricos particulares. La estructura de los derechos kantianos expresa por qué existen muchos casos en Derecho privado en los cuales la parte que persigue simplemente falla en declarar un derecho de acción. La persona que trata de demandar basándose en un contrato en el cual el no es parte, o por un daño a la propiedad a la cual él no tiene ningún interés en calidad de dueño o poseedor,

está demandando un derecho a algo que no puede ser parte de un sistema de libertad igual. También explica por qué los conceptos jurídicos tienen la característica adicional de que, como conceptos de un sistema de igual libertad, necesitan estructurar toda interacción en términos que sean consistentes con la libertad de ambas partes. Tal escenario doctrinal común incluye el derecho de cada persona a ejercer "cuidado razonable" frente a todos los demás, y el principio de que los términos de un contrato están basados en lo que una persona razonablemente hubiera asumido eran. La estructura racional de un sistema de libertad igual requiere estándares objetivos para asegurar que ninguna parte esté legitimada a determinar unilateralmente los términos de interacción con otros.[25] El objetivo requerido deja espacio para desacuerdos de buena fe acerca de su aplicación en cualquier caso particular. Usted y yo podemos saber que tenemos un contrato, pero podemos discrepar acerca de su aplicación a una contingencia particular que no hemos considerado conjuntamente. Desafortunadamente, el concepto de razonabilidad parece ser tan abstracto e indeterminado como los términos de nuestro acuerdo que, incluso si eliminamos afirmaciones irrazonables o poco honrados acerca de cómo los términos de nuestro contrato deben aplicar a esta situación no anticipada, parece necesitar de otros elementos para llegar a una respuesta razonable. Así que la idea de interpretación razonable es tan indeterminada como nuestro contrato.

Los críticos del formalismo jurídico –comenzando con Oliver W. Holmes y el movimiento realista, e incluyendo al ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO y los ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS– a menudo han tomado la aplicación indeterminada de los conceptos jurídicos tradicionales como una señal de que están empacando conclusivamente argumentos que de otra forma tendrían otro fundamento. Pero donde los realistas vieron un problema, el kantiano ve una reflexión sobre la estructura racional de estos conceptos. Los conceptos racionales no se aplican a sí mismos a los particulares; su racionalidad consiste en parte en la relación abstracta entre ellos, la cual puede ser articulada sin referencia a la particularidad. Los conceptos normativos en sí mismos no llevan con ellos las reglas determinantes para la clasificación de los particulares. En vez de ello, requieren la clase de juicios y el establecimiento de límites que son característicos de los sistemas jurídicos. Como una cuestión general, todos los conceptos abstractos requieren algún juicio en su aplicación a los casos particulares. Una vez más,

[25] Weinrib, Ernest J., *The idea of Private Law,* Oxford, Oxford University Press, 1995.

en vez de ver esto como un problema, Kant lo ve como un fundamento del sistema jurídico.

La aplicación del Derecho privado a casos particulares no solo requiere que las líneas sean establecidas. También requiere que las líneas sean esbozadas por los funcionarios y no por las partes mismas. De nuevo, esta es una implicación del derecho de cada persona a ser su propio amo. El oficial está encargado de hacer que el concepto racional de derecho tenga relevancia en las situaciones particulares; el papel del juez es hacer que los requisitos morales relevantes sean vinculantes en el caso particular. Dado que los requisitos son en sí mismos parcialmente indeterminados, parte de la tarea del juez es ejercer su juicio. No es sorprendente que al hacer eso, los jueces típicamente miren las expectativas y entendimientos familiares y ordinarios. Su incorporación de estos factores no muestra que los conceptos jurídicos no dan ninguna guía de la conducta, o que la razonabilidad es en realidad otro nombre para lo ordinario. En vez de ello, ello muestra que la vida ordinaria está llena de ejemplos donde conceptos normativos abstractos se vuelven más determinados.

La aplicación de las reglas jurídicas a casos particulares es un ejemplo central de un ejercicio de AUTORIDAD. La decisión del juez hace que la regla aplique al caso en cuestión. La decisión de la corte más alta es autoritativa porque fue encargada con el ejercicio de su juicio en la aplicación del Derecho. La autoridad de una corte está justificada por la forma en la cual da efecto a los conceptos relevantes en los casos particulares, por que los conceptos de libertad igual solo pueden ser aplicados consistentemente en su propia estructura por una corte imparcial. Así que el derecho de cada persona a ser su propio amo solo puede ser reconciliado con el derecho correlativo de los demás a través de un sistema en el cual los jueces ejerzan autoridad en la decisión de casos. El argumento de Kant no se basa en ninguna premisa acerca de la información imperfecta o la parcialidad. El argumento depende exclusivamente de la necesidad de hacer que los conceptos racionales apliquen a los casos particulares en formas que sean consistentes con el objetivo normativo de esos conceptos racionales. La única forma en que cualquier aplicación particular de los conceptos que gobiernan la interrelación personal pueda ser consistente con la libertad de todos es que exista una interpretación pública única, proporcionada por una autoridad pública competente para hablar en nombre de todos. Por ello, el kantiano debe rechazar las ideas de una "interpretación protestante", de acuerdo con las cual cada ciudadano debe decidir por sí mismo cuál es la mejor interpretación del Derecho. En su formulación más extrema, Dworkin manifiesta que un ciudadano privado está jurídicamente legitimado a

no respetar el fallo de una corte si considera que es inadecuado. El ejemplo de Dworkin se relaciona con la desobediencia civil,[26] pero si su análisis resulta adecuado, generaría disputas privadas. Desde una perspectiva kantiana, tal aproximación es inconsistente con la posibilidad de una relación regulada por el Derecho entre las personas. En ausencia de un sistema jurídico, el problema fundamental para los derechos es que el derecho de cada persona a ser su propio amo le legitima a hacer "lo que le parezca bueno y correcto hacer", y nadie nunca deferiría al juicio de una autoridad. La autoridad ideal decide con imparcialidad perfecta; sin embargo, una autoridad defectuosa –que genere decisiones que una o ambas de las partes en una disputa privada consideren defectuosa– aún posee legitimidad para decir, porque tener autoridad es la única forma en la cual el derecho de una persona a ser su propio amo puede ser considerado consistente con el derecho de los demás. Dworkin requiere que cada caso de *lex* sea construido como *ius*, y un ciudadano que discrepa con un pronunciamiento de un funcionario debe seguir su propio juicio acerca del *ius*, en vez de seguir lo que el funcionario ha establecido como *lex*. Kant señala que el *ius* solo es posible a través de *lex*.

El requisito conceptual para que las instituciones jurídicas den efecto a la justicia no está limitado a las cortes resolviendo disputas privadas. De forma más general, la única forma de que una pluralidad de personas libres puedan disfrutar de sus respectivos derechos de forma sistemática y concluyente es un sistema jurídico que los asegure. Un aspecto fundamental del aseguramiento de los derechos de todos es establecer el Derecho de tal forma se hagan esos derechos sistemáticos, determinados y cuyo cumplimiento sea posible en una forma que sea consistente con su estatus como derechos.

Las instituciones deben ser creadas y los funcionarios dotados de las competencias para crear, aplicar y hacer cumplir el Derecho respecto a las partes privadas y para hacer Derecho público adicional, para poder sostener las precondiciones de operación de estas instituciones y poder continuar gobernando con Derecho público las formas en las cuales las normas son creadas. Así que además de regular las interacciones entre las personas, el Derecho también debe gobernar las medidas en favor de aquellos en condición de necesidad, la creación de bienes propiamente públicos, y los poderes del Estado de tributación para financiar tales actividades. Y,

[26] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977, p. 216.

además de tales actividades, el Estado debe tener procedimientos a través de los cuales se seleccionen los funcionarios y se hagan las leyes. En cada momento del análisis, los conceptos normativos subyacentes de libertad igual restringen los contornos de la respuesta. Dado que las respuestas son normativas, ellas forman esos contornos especificando una versión ideal del Estado como un sistema de libertad igual bajo las normas, a través de lo que Kant denomina "gobierno republicano", en el cual el pueblo, a través de sus representantes, se da sus propias normas, y los poderes judiciales y legislativos son claramente separados de la legislación. El sistema de gobierno republicano es un tipo ideal, frente al cual los gobiernos reales deben ser juzgados. Proporciona un criterio interno para pensar acerca de la relación entre la legalidad y el uso legítimo de la fuerza. Cualquier uso de la fuerza que no pueda ser articulado en los términos republicanos de la filosofía jurídica kantiana no es simplemente una instancia defectuosa del Derecho. Es un ejemplo defectuoso del uso de la fuerza, entendido desde el punto de vista de la libertad humana. Como tal, es contrario al derecho de cada persona de ser su propio amo.

La explicación kantiana no tiene mucho que decir acerca de cómo exactamente el Estado debe realizar esas funciones públicas. Únicamente dice que las instituciones deben ser creadas y los funcionarios empoderados dentro de esas instituciones para determinar la mejor forma de alcanzar propósitos públicos, sin decir nada acerca de los méritos relativos de los impuestos sobre la renta, la propiedad o el consumo; o la tasa apropiada sobre los cuales tales impuestos deben ser establecidos. Estas son preguntas que un Estado debe resolver para sostenerse en sí mismo en su condición legítima, pero el concepto de una condición legítima dice poco acerca de lo que debe ser la respuesta.[27]

Este rechazo en proporcionar un criterio detallado, o incluso medidas, de éxito invita a otra versión del cargo realista de que tales criterios son indeterminados, abiertos y simplemente formas torpes de establecer cuales son los fines buenos de la política pública. La respuesta kantiana en esta instancia es la misma que en Derecho privado: los conceptos normativamente relevantes requieren instituciones y procedimientos que les den efecto. Existen instituciones o procedimientos que no pueden darle efecto a las ideas de libertad igual, pero un gran rango de arreglos institucionales le dan efecto. Dentro de estos arreglos, existe un amplio rango de elecciones de políticas posibles. Tales cuestiones son inevitables y son adecuadamente dejadas al proceso político.

[27] Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 19, caps. 7-10.

El supuesto de que una teoría normativa adecuada del Derecho deba proporcionar una guía determinada para los funcionarios presupone una concepción instrumentalista del Derecho que el kantiano rechaza, dado que se asume que los conceptos normativos relevantes para la creación del Derecho pueden ser identificados y articulados sin ninguna referencia a conceptos o instituciones jurídicas. El ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO es explícito en su compromiso con esta visión, en algún sentido es un programa para reemplazar los conceptos jurídicos tradicionales por conceptos económicos. La primera generación de analistas económicos buscó avanzar este programa proporcionando una interpretación reductiva de la doctrina jurídica. Cuando las dificultades interpretativas y explicatorias surgieron, una segunda generación reconoció abiertamente los proyectos normativos de reemplazar conceptos normativos que fueran resistentes a la reducción.[28]

El kantiano niega que los principios morales relevantes se apliquen a los ciudadanos sin ninguna referencia a las instituciones o funcionarios que actúan en ellos. Esto ya estaba claro en el Derecho privado. Cada persona está legitimada a que todas las demás personas usen cuidado razonable en la persecución de sus propios propósitos, para evitar interferir con la libertad de los otros. Cuánto cuidado es razonable en un caso dado solo puede decidido, de una forma consistente con la libertad de todos, a través de la decisión de un funcionario. Ello no significa que el funcionario pueda decir cualquier cosa y con ello esté haciendo un juicio razonable. Ello solo significa que dentro del rango consistente con la libertad para todos, debe existir una respuesta única proporcionada para todos. Una estructura paralela se aplica en el Derecho público, cuyo el requisito fundamental es que todos entren en una condición en la cual los derechos de todos puedan ser asegurados. Esta condición es una institucional en la cual los ciudadanos son encomendados con determinados deberes de creación, aplicación y ejecución de las normas, todo en bajo la luz de un Derecho que ha sido previamente formulado. En cada caso, las instituciones son capaces de proporcionar un punto de vista público en una forma en la que las personas privadas no lo son. Un funcionario es una persona que detenta una cargo definido por reglas, las cuales, a su vez, generan una distinción dentro de su actuación dentro, y por fuera de sus competencias. Así que mientras los funcionarios actúen dentro de sus competencias, ellos actúan de forma

[28] Ripstein, Arthur, "Too Much Invested To Quit", *Economics and Philosophy,* vol. 20, núm. 1, 2004, pp. 185-208.

pública y no están siguiendo sus propios propósitos privados. Esta idea de actuar dentro del papel oficial es desarrollada como la forma ideal de acción de los funcionarios. No existe ninguna garantía de que los funcionarios siempre hagan lo que se les requiere; solo ocurre que si ellos no lo hacen, sus actos, entendidos como actos oficiales, son defectuosos. De nuevo, no se afirma que es imposible que la justicia sea autorizada por alguien actuando en un papel oficial. La afirmación kantiana es solo que las instituciones son (conceptualmente) necesarias para la justicia, no que son suficientes. El caso ideal para una condición totalmente legítima es la situación en la cual las deficiencias de las instituciones jurídicas reales puedan ser identificadas y articuladas.

Las instituciones jurídicas así son requeridas para proporcionar respuestas públicas a las disputas de orden primario sobre la interacción privada, a disputas de orden secundario cerca de la adjudicación y a disputas terciarias acerca de las leyes bajo las cuales los primeros tres tipos de disputas son resueltos. Sin alguno de los tres niveles del Derecho, no puede haber una legitimación sistemática a la libertad igual disfrutada por todos, y los requisitos de libertad igual limitan las formas en las cuales los niveles secundarios y terciarios pueden operar como sistemas de libertad igual, pero no les dicta cómo deberían operar más expresamente.

La concepción kantiana del Estado ideal está articulada completamente en términos de instituciones, funcionarios y reglas. En cada nivel las reglas están justificadas por las consecuencias que probablemente causen, sino también por lo que son: Un sistema de igualdad real.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, Elizabeth y Pildes, Richard H., "Expressive Theories of Law: A General Restatement", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 5, 2000.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977.

------, Ronald, *Law's Empire,* Cambridge, USA, Harvard University Press, 1986.

FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Legal, and Political Theory,* New York, Oxford University Press, 1988.

GARDNER, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, núm. 1, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa,* Madrid, Taurus, 1981.

HART, H.L.A, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961.

HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, Selby-Bigge, Lewis Amherst (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2000 [1771-1776].

KANT, Immanuel, *The Critique of Pure Reason*, P. Guyer y A. Wood (eds.). Cambridge, UK, 1998 [1781] .

_____, "The Doctrine of Right", en *Practical Philosophy*, Mary Gregor (eds) Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1996 [1797].

_____, "The Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose", *Kant: Political Writings*, Reiss H. (ed.), Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1991 [1784].

LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1960 [1689].

MURPHY, Mark, *Natural Law in Jurisprudence and Political Philosophy*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2006.

POSNER, Richard, "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm 1, 1972.

RAZ, Joseph, "About Morality and the Nature of Law", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, núm. 1, 2003.

_____, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970.

RIPSTEIN, Arthur, *Force and Freedom: Kant´s Legal and Political Philosophy*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009.

_____, "Too Much Invested To Quit", *Economics and Philosophy*, vol. 20, núm. 1, 2004.

STONE, Martin, "Legal Positivism as an Idea about Morality", *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, núm. 2, 2011.

WEINRIB, Ernest J., *The idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

CAPÍTULO 50
VIRTUDES Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Amalia AMAYA*

SUMARIO: I. *El giro aretaico.* II. *Virtudes y Derecho*. III. *Virtudes y argumentación jurídica*. IV. *Virtudes y ética judicial*. V. *Los retos de la "jurisprudencia de la virtud"* VI. *Bibliografía*.

I. EL GIRO ARETAICO

En los últimos años, ha habido un resurgimiento importante de la teoría de la virtud. Una gran variedad de problemas filosóficos se han abordado desde una perspectiva aretaica. De manera central, la teoría de la virtud ha ocupado un lugar importante en la ética y la epistemología contemporáneas.[1]

1. *La ética de la virtud*

La ética de la virtud tiene su origen en la Antigua Grecia y fue la perspectiva dominante en la filosofía moral occidental hasta la Ilustración. Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la teoría de la virtud desapareció virtualmente del escenario de la filosofía moral, y la discusión se centró en dos tradiciones, a saber, deontología y utilitarismo. La teoría de la virtud se recuperó a finales de la década de los cincuenta, con el artículo de Elisabeth Anscombe, "La filosofía moral moderna" y, desde entonces, ha pasado a ser una de las teorías morales más importantes en ética normativa.[2] La ética de la virtud resurgió, en gran medida, debido a una creciente

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México.

[1] La descripción de los desarrollos contemporáneos en ética y epistemología de la virtud que se ofrece en I.1 y I.2. está basada en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai (eds.), *Law, Virtue and Justice,* Oxford, Hart Publishing, 2012.

[2] Anscombe, Elizabeth, "Modern Moral Philosophy", *Philosophy*, vol. 33, núm. 124, 1958; reimpreso en Crisp, Roger y Slote, Michael (eds.), *Virtue Ethics*, Oxford, Oxford

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1758-1810.

insatisfacción con los paradigmas deontológico y utilitarista. Según los defensores de éticas de la virtud, estas teorías no daban cuenta de una serie de temas que toda teoría moral debe abordar, tales como la motivación, el carácter moral, la educación moral, la relevancia moral de la amistad, las relaciones familiares y los vínculos comunitarios, cuestiones relativas a qué tipo de persona uno debe ser, el papel de las emociones en la vida moral así como la preocupación por la felicidad y la auto-realización.[3] Hay una diversidad de teorías que caen bajo el rubro de ética de la virtud, ya que los proponentes de estas teorías han criticado diversos aspectos de la teoría moral moderna y han desarrollado una teoría moral basada en virtudes en

---

University Press, 1997. Para una introducción a la ética de la virtud, véase Trianosky, Gregory, "What is Virtue Ethics All About?", *American Philosphical Quarterly*, Chicago, vol. 27, núm. 4, 1990; Pence, Greg, "Virtue Theory", en Singer, Peter (ed.) *Companion to Ethics*, Oxford, Blackwell, 1993; y Annas, Julia, "Virtue Theory", en Copp, David (ed.) *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2006. Algunas monografías importantes en ética de la virtud son las siguientes: Foot, Philippa, *Virtues and Vices and Other Essay in Moral Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1978 y Foot, Philippa, *Natural Goodness*, Oxford, Clarendon Press, 2001; MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1981; Slote, Michael, *From Morality to Virtue*, New York, Oxford University Press, 1995; y Slote, Michael *Morals from Motives*, New York, Oxford University Press, 2001; McDowell, John, *Mind, Value, and Reality*, Cambridge, Harvard University Press, 1998; Hursthouse, Rosalind, *On Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Driver, Julia, *Uneasy Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Arpaly, Nomy, *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency*, New York, Oxford University Press, 2003; Hurka, Thomas, *Virtue, Vice, and Value,* Oxford, Oxford University Press, 2003; Swanton, Christine, *Virtue Ethics: A Pluralistic View*, New York, Oxford University Press, 2003; Brewer, Talbot, *The Retrieval of Ethics*, New York, Oxford University Press, 2009; Russell, Daniel, *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford, Oxford University Press, 2009, y Annas, Julia, *Intelligent Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Algunas antologías de la ética de la virtud son: French, Peter *et. al.* (eds.) *Ethical Theory: Character and Virtue*, Notre Dame, Univesity of Notre Dame Press, 1988, serie Midwest Studies in Philosophy, vol. XIII; Crisp, Roger (ed.), *How Should One Live?*, Oxford, Oxford University Press, 1996; Crisp y Slote, *Virtue Ethics, op. cit.*, *infra*; Statman, Daniel (ed.) *Virtue Ethics: A Critical Reader*, Washington D.C., Georgetown University, 1997; Darwall, Stephen (ed.), *Virtue Ethics*, Malden y Carlton, Blackwell, 2002; Gardiner, Stephen (ed.), *Virtue Ethics, Old and New*, Ithaca, Cornell University Press, 2005; y Chappell, Timothy (ed.), *Values and Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 2006.

[3] Hursthouse, Rosalind, *On Virtue Ethics*, *op. cit.*, nota 2, pp. 2 y 3; Nussbaum, Martha, "Virtue Ethics: A Misleading Category?", *The Journal of Ethics*, vol. 3, núm. 3, 1999, pp. 170-179; Baron, Marcia, "Virtue Ethics in Relation to Kantian Ethics: An Opinionated Overview and Commentary" en Jost, Lawrence y Wuerth, Julian (eds.), *Perfecting Virtue: New Essays on Kantian Ethics and Virtue Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 11 y 12.

distintas direcciones.[4] A pesar de las diferencias, todas las versiones de la ética de la virtud consideran que la noción de virtud es el concepto básico en una teoría moral y es esta tesis que diferencia esta posición de la deontología, para la cual los deberes y las reglas son los conceptos fundamentales, y del utilitarismo, que se centra en las consecuencias de las acciones.

2. *La epistemología de la virtud*

La epistemología de la virtud es uno de los desarrollos más importantes en epistemología contemporánea.[5] El giro aretaico en epistemología comenzó con la publicación de un trabajo de Ernest Sosa, "La red y la pirámide". En este trabajo, Sosa sostuvo que la teoría de la virtud podía solucionar el impasse en el que se encontraba el debate entre coherentistas y fundacionistas acerca de la estructura de la justificación epistémica.[6] La tesis central de la epistemología de la virtud es que los agentes epistémicos y las comunidades, en vez de las creencias, son el objeto central de la evaluación epistémica. Esta tesis implica un cambio importante en la dirección del análisis epistémico: la epistemología de la virtud explica las propiedades

[4] Para una propuesta acerca de cómo se pueden clasificar las éticas de la virtud, véase Oakley, Justin, "Varieties of Virtue Ethics" *Ratio*, Oxford, vol. 9, núm. 2, 1996; Nussbaum, Martha, "Virtue Ethics: A Misleading Category?", *op. cit.*, nota 3.

[5] Para una introducción a la epistemología de la virtud, véase Greco, John, "Virtues in Epistemology", en Moser, Paul, *The Oxford Handbook of Epistemology*, New York, Oxford University Press, 2002; Battaly, Heather, "Virtue Epistemology", *Philosophy Compass*, vol. 3, núm. 4, 2008; Kvanvig, Jonathan, "Virtue Epistemology", en Pritchard, Duncan y Bernecker, Sven, *The Routledge Companion to Epistemology*, New York, Routledge, 2010; Greco, Jonh y Turri, John, "Virtue Epistemology", en Zalta, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011. (Disponible en *http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/epistemology virtue/*). Para algunas colecciones de artículos sobre epistemología de la virtud, véase Axtell, Guy, (ed.), *Knowledge, Belief, and Character*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000; Fairweather, Abrol y Zagzebski, Linda, (eds.), *Virtue Epistemology: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Steup, Matthias (ed.), *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility, and Virtue*, New York, Oxford University Press, 2001; Brady, Michael y Pritchard, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003; DePaul, Michael y Zagzebski, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology*, Oxford, Clarendon Press, 2003. Algunos textos centrales de la epistemología de la virtud contemporánea se encuentran compilados en Fernández, Miguel Ángel y Valdés, Margarita (eds.), *Normas, virtudes y valores epistémicos*, IIF-UNAM, México, 2011, pp. 179-325.

[6] Sosa, Ernst, "The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge", *Midwest Studies in Philosophy*, Malden, vol. 5, núm. 1, 1980; reimpreso en Sosa, Ernest, *Knowledge in Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

normativas de las creencias en términos de las virtudes intelectuales de los agentes, en lugar de hacerlo al revés, como es habitual en las teorías de la justificación y el conocimiento de corte no aretaico. Se pueden diferenciar dos grandes tipos de epistemología de la virtud: la epistemología de la virtud responsibilista y la confiabilista.[7] Según la epistemología de la virtud confiabilista, las virtudes intelectuales son facultades cognitivas confiables, tales como la percepción, la intuición y la memoria.[8] Conforme a la epistemología de la virtud responsibilista, las virtudes intelectuales son rasgos de la personalidad o cualidades de carácter análogos a las virtudes morales como, por ejemplo, la apertura de mente, la perseverancia o la humildad intelectual.[9] Mientras que la epistemología de la virtud confiabilista tiene su origen en las primeras epistemologías externistas, la responsibilista está asociada con las teorías internistas del conocimiento y de la justificación.[10] Cabe señalar que también se han defendido en la literatura versiones mixtas, que combinan elementos confiabilistas y responsibilistas.[11]

3. *La teoría de la virtud convencional y alternativa*

Tanto en ética como en epistemología, la teoría de la virtud no sólo ha dado nuevas respuestas a cuestiones tradicionales sino que también ha supuesto una expansión de estas áreas de conocimiento, al plantear nuevas preguntas y problemas. Algunos filósofos morales han usado la teoría de la

[7] Para esta distinción, véase Axtell, Guy, "Recent Work on Virtue Epistemology", *American Philosophical Quarterly*, Chicago, vol. 34, núm. 1, 1997; y Battaly, Heather, "Virtue Epistemology", *op. cit.*, nota 5.

[8] Sosa, Ernest, *Knowledge in Perspective*, *op. cit.*, nota 6; y Sosa, Ernest, *A Virtue Epistemology I: Apt Belief and Reflective Knowledge*, New York, Oxford University Press, 2007.

[9] *Véase* Code, Lorraine, *Epistemic Responsability*, Hanover y Londres, University Press of New England, 1987; y Montmarquet, James, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1993. La defensa más detallada y sistemática de una teoría del conocimiento y de la justificación epistémica basada en un modelo moral de virtudes intelectuales es la ofrecida por Zagzebski. Véase Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

[10] Véase Axtell, Guy, "Recent Work on Virtue Epistemology", *op. cit.*, nota 7, pp. 2 y 3.

[11] Véase Greco, John, *Putting Skeptics in their Place*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; y Greco, John, *Achieving Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, para una versión de la epistemología de la virtud confiabilista que incorpora, no obstante, condiciones internistas. Zagzbeski, a diferencia de otras versions responsibilistas de la epistemología de la virtud, considera a la confiabilidad como un componente de la virtud. Véase Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, *op. cit.*, nota 9.

virtud para abordar cuestiones acerca de la naturaleza, origen y contenido de las razones morales y han defendido aproximaciones a la corrección moral de la acción en las cuales la virtud juega un papel explicativo central.[12] Para otros, sin embargo, la ética de la virtud es un tipo de teoría que pone en tela de juicio la concepción tradicional de la filosofía moral como teoría de la acción correcta. La filosofía moral, según estos autores, tiene que ocuparse también de cuestiones tales como el desarrollo general de la vida moral del agente, el carácter de la vida moral interior y la naturaleza de las emociones del agente, de sus motivaciones y sus deseos.[13] De manera similar, en epistemología, mientras que algunos filósofos han utilizado los recursos de la teoría de la virtud para abordar problemas epistemológicos tradicionales, como el análisis del conocimiento y la justificación, otros han usado la teoría de la virtud para atacar otros problemas como, por ejemplo, la estructura de la deliberación, el papel de la agencia en los procesos de investigación, la sabiduría o el entendimiento, así como las dimensiones sociales y políticas del conocimiento.[14] Además, el giro aretaico ha conlle-

[12] Por ejemplo, Hursthouse utiliza los recursos de la ética de la virtud para abordar problemas tradicionales en filosofía moral (Hursthouse, Rosalind, *On Virtue Ethics, op. cit.*, nota 2). Algunas aproximaciones aretaicas a los problemas epistemológicos tradicionales sostienen que todos los juicios acerca de la acción correcta se pueden reducir a juicios de carácter, pero que podemos (y debemos), no obstante, usar conceptos deónticos, siempre y cuando se tenga presente que éstos se derivan de conceptos aretaicos. A diferencia de las versiones reduccionistas de la ética de la virtud, las versiones eliminativistas sostienen que debemos deshacernos por completo de las nociones deónticas. Acerca de esta distinción, véase Watson, Gary, "On the Primacy of Character" en Statman, Daniel (ed.) *Virtue Ethics: A Critical Reader*, Washington D.C., Georgetown University, 1997. Louden, Robert, "On Some Vices of Virtue Ethics", *American Philosophical Quarterly*, Chicago, vol. 21, núm. 3, 1984, ha argumentado en contra de la tesis de la prioridad explicativa que subyace tanto a las versiones reduccionistas como a las versiones eliminativistas de la ética de la virtud, *i.e.*, la tesis según la cual la acción correcta debe ser explicada exclusivamente en términos de virtud, y ha argumentado a favor de una concepción de la moralidad que incluye nociones irreducible de virtud junto con nociones irreducible de deber.

[13] Para algunas contribuciones a la crítica de la teoría moral moderna basada en la idea de virtud, que inició con Anscombe y MacIntyre (para referencias *vid.* nota 2), véase Nussbaum, Martha, *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature,* Oxford University Press, Oxford, 1990; y Brewer, Talbot, *The Retrieval of Ethics*, *op. cit.*, nota 2.

[14] Algunos intentos por utilizar nociones de virtud para abordar problemas propios de la epistemología tradicional son Sosa, Ernest, *Knowledge in Perspective*, *op. cit.*, nota 6; y Sosa, Ernest, *A Virtue Epistemology I: Apt Belief and Reflective Knowledge*, *op. cit.*, nota 8; Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge, op. cit.*, nota 9; Greco, John, *Putting Skeptics in their Place, op. cit.*, nota 11; y Greco, John, *Achieving Knowledge, op. cit.*, nota 11. Mientras que algunos epistemólogos de la virtud adoptan una versión fuerte de la epistemología de la virtud y definen tanto el conocimiento

vado una expansión de los métodos y de las fuentes utilizadas en la investigación filosófica. Algunos filósofos que trabajan en ética de la virtud y en epistemología de la virtud han usado profusamente la literatura y las artes para argumentar a favor de sus posiciones y han utilizado métodos distintos del tipo de análisis conceptual que caracteriza a la filosofía analítica.[15] Por lo tanto, de manera paralela a versiones "moderadas" o "convencionales" de las aproximaciones aretaicas a la ética y a la epistemología, se han desarrollado también algunas versiones "alternativas" o "radicales" que se apartan de manera importante de las cuestiones, fuentes y métodos tradicionales del quehacer filosófico.[16]

---

como la justificación en términos de virtud, otros favorecen una versión débil de la epistemología de la virtud según la cual la noción de virtud juega tan sólo un papel secundario o periférico. Acerca de la distinción entre distintas versiones de la epistemología de la virtud convencional, véase Baehr, Jason, "Four Varieties of Character-Based Virtue Epistemology", *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 46, núm. 4, 2008; y Baehr, Jason, *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, New York, Oxford University Press, 2011. Para algunas aproximaciones aretaicas a la epistemología que se ocupan de cuestiones diferentes de las que son centrales en la epistemología tradicional, véase Code, Lorraine, *Epistemic Responsability, op. cit.*, nota 9; Kvanvig, Jonathan, *The Intellectual Virtues and the Life of the Mind*, Savage, Rowman and Littlefield, 1992; y Kvanvig Jonathan, *The Value of Knowledge and the Pursuit of Understanding*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; Montmarquet, James, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility, op. cit.*, nota 9; Hookway, Christopher, "Cognitive Virtues and Epistemic Evaluations", *International Journal of Philosophical Studies*, vol. 2, núm. 2, 1994; y Hookway, Christopher, "How to be a Virtue Epistemologist", en DePaul, Michael y Zagzebski, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology, op. cit.*, nota 5; y Roberts, Robert y Wood, Jay, *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Dentro de estas aproximaciones, también se puede distinguir entre versiones fuertes y débiles, dependiendo de si se considera que la teoría de la virtud complementa o reemplaza a las preocupaciones epistemológicas tradicionales (véase Baehr, Jason "Four Varieties of Character-Based Virtue Epistemology", *op. cit., supra*; y Baehr, Jason, *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, *op. cit.*, *supra*; y Greco, John, *Achieving Knowledge: A Virtue-theoretical Account of Epistemic Normativity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

[15] Véase Nussbaum, Martha, *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature, op. cit.*, nota 13; Arpaly, Nomy, *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency, op. cit.*, nota 2; y Fricker, Miranda, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, New York, Oxford University Press, 2007.

[16] Acerca de la distinción entre aproximaciones convencionales y radicales a la ética de la virtud, véase Solomon, David, "Virtue Ethics: Radical or Routine?" en DePaul, Michael y Zagzebski, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology, op. cit.*, nota 5. Para una distinción análoga en epistemología, véase Baehr, Jason, "Four Varieties of Character-Based Virtue Epistemology", *op. cit.*, nota 14; Battaly, Heather, "Virtue Epistemology", *op. cit.*, nota 5, p. 640; Kvanvig, Jonathan, "Virtue Epistemology", *op. cit.*, nota 5, p. 199; y Greco, *Achieving Knowledge*, *op. cit.*, nota 14.

4. *Nuevas direcciones e intersecciones*

La teoría de la virtud es actualmente un área de investigación muy activa. En ética, se han propuesto recientemente nuevas maneras de desarrollar una aproximación a la teoría moral basada en la idea de virtud así como distintos modos de entender la idea de virtud.[17] El surgimiento de la ética de la virtud ha contribuido, además, a fortalecer los paradigmas deontológico y utilitarista, estimulando la investigación del papel que juega la virtud en estas teorías morales, lo que motivado una revisión del modo en que estas teorías, particularmente, la Kantiana, deben entenderse.[18] Ha habido también cada vez más interés en analizar las relaciones que existen entre la ética Kantiana y la ética Aristotélica.[19] La investigación actual acerca de las virtudes morales ha generado también un diálogo entre la ética contemporánea y la tradición griega antigua así como un creciente interés en la ética china antigua.[20] Por último, en los últimos años, se ha prestado cada vez más atención al papel que juega la virtud en ética aplicada, en teoría de

[17] Para algunas referencias, véase nota 2.

[18] Véase O'Neill, Onora, *Constructions of Reason*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; y Herman, Barbara, *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge, Harvard University Press, 1993. Para una aproximación consecuencialista a la ética de la virtud, véase Driver, Julia, *Uneasy Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; y Hurka, Thomas, *Virtue, Vice, and Value,* Oxford, Oxford University Press, 2003.

[19] Véase Engstrom, Stephen y Whiting, Jennifer (eds.) *Aristotle, Kant, and the Stoics: Rethinking Happiness and Duty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; Sherman, Nancy, *Making a Necessity of Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; y Jost, Lawrence y Wuerth, Julian (eds.) *Perfecting Virtue: New Essays on Kantian Ethics and Virtue Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

[20] Sobre el debate acerca de la relación entre las teorías de la virtud Greco-romanas y las teorías contemporáneas de la virtud, véase Gill, Christopher (ed.), *Virtue, Norms, and Objectivity: Issues in Ancient and Modern Ethics,* Oxford, Clarendon Press, 2005. Acerca de las éticas chinas antiguas y su relación con la teoría de la virtud occidental, véase Hutton, Eric, "Moral Reasoning in Aristotle and Xunzi", *Journal of Chinese Philosophy,* Malden, *vol.* 29, núm. 3, 2002; Tan, Sor Hoon, "Imagining Confucious: Paradigmatic Characters and Virtue Ethics" *Journal of Chinese Philosophy,* Holanda, vol. 32, núm. 3, 2005; Van Norden, Bryan, *Virtue Ethics and Consquentialism in Early Chinese Philosophy,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Yu, Jiyuan, *The Ethics of Confucius and Aristotle: Mirrors of Virtue,* New York and London, Routledge, 2007; y Yu, Jiyuan, "The Practicality of Ancient Virtue Ethics: Greece and China", *Dao*: *A Journal of Comparative Philosophy*, vol. 9, núm. 3, 2010.; Sim, May, *Remastering Morals with Aristotle and Confucius,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007; y Sim, May, "Rethinking Virtue Ethics and Social Justice with Aristotle and Confucius", *Asian Philosophy*, vol. 20, núm. 2, 2011; Tiwald, Justin, "Confucianism and Virtue Ethics: Still A Fledgling in Chinese and Comparative Philosophy", *Comparative Philosophy*, vol. 1, núm. 2, 2010.

la educación y en psicología moral y social, y éstas son áreas que crecerán probablemente en el futuro.[21]

La epistemología de la virtud ha cambiado también de manera significativa el panorama de la epistemología contemporánea, enriqueciendo notablemente los debates actuales acerca del el valor del conocimiento y la suerte moral e inspirando 'la investigación acerca de temas tales como el entendimiento, la sabiduría y la epistemología de las emociones.[22] Otra área de trabajo en auge, dentro de la epistemología de la virtud, es el análisis de las virtudes intelectuales individuales y de los vicios correspondientes.[23] Una consecuencia importante del resurgimiento de las aproximaciones aretaicas a la normatividad ha sido la diseminación de conocimiento entre las áreas de ética y epistemología así como la producción de trabajo en la intersección entre estas dos áreas.[24] Las implicaciones políticas de las

[21] Acerca de las virtudes y la teoría de la educación, véase Carr, David y Steutel, Jan (eds.), *Virtue Ethics and Moral Education,* London y New York, Routledge, 1999. Para algunas aproximaciones aretaicas a la ética aplicada, véase Walker, Rebecca, e Ivanhoe, Philip (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems,* Oxford, Oxford University Press, 2007; y Oakley, Justin y Cocking, Dean, *Virtue Ethics and Professional Roles,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Sobre la psicología moral y social de la virtud, véase Doris, John, *Lack of Character: Personality and Moral Behavior,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Miller, Christian, 'Social Psychology, Mood and Helping: Mixed Results for Virtue Ethics", *Journal of Ethics*, vol. 13, núm. 2-3, 2009.; Sreenivasan, Gopal, *Emotion and Virtue*, Princeton, Princeton University Press, (en prensa).

[22] Véase, por ejemplo Zagzebski, Lida, "Recovering Understanding" en Steup, Matthias (ed.), *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility, and Virtue*, New York, Oxford University Press, 2001; Riggs, Wayne, "The Value Turn in Epistemology" en Hendricks y Pritchard, 2006; Brun, Georg *et al* ., *Epistemology and Emotions,* Aldershot, Ashgate, 2008; Haddock, Adrian *et al* . (eds.), *Epistemic Value,* New York, Oxford University Press, 2009; y Haddock, Adrian, *The Nature and Value of Knowledge,* New York, Oxford University Press, 2010; y Brady, Michael, "Virtue, Emotion, and Attention", *Metaphilosophy,* vol. 41, núm. 2, 2010.

[23] Véase Fricker, Miranda, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, *op. cit.*, nota 15; Roberts, Robert y Wood, Jay, *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, *op. cit.*, nota 14; Baehr, Jason, "Epistemic Malevolence", *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 1-2, 2010; y Baehr, Jason, *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology, op. cit.*, nota 14; Battaly, Heather, "Epistemic Self-Indulgence" *Metaphilosophy,* vol. 41, núm. 1-2, 2010; y Riggs, Wayne, "Open-Mindedness", *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 1-2, 2010. Los trabajos sobre virtudes colectivas interseccionan con los incipientes estudios sobre epistemología social. Véase Lahroodi, Reza, "Collective Epistemic Virtues", *Social Epistemology,* vol. 21, núm. 3, 2007; y Fricker, Miranda, "Can There Be Institutional Virtues?" en Gendler, Tamar Szabó y Hawthorne, John (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2010.

[24] Algunas colecciones de ensayos incluyen trabajos tanto de epistemología de la virtud como de ética de la virtud, *vid.* entre otros, DePaul, Michael y Zagzebski, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology, op. cit.* nota 5; Brady, Michael y Pritchard,

aproximaciones aretaicas a cuestiones morales y epistémicas apenas se han empezado a explorar, aunque se ha prestado cada vez más atención a las mismas en los últimos años.[25] En Derecho, la teoría de la virtud no ha tenido un impacto comparable al que ésta ha tenido en filosofía. No obstante, el concepto de virtud ha ganado relevancia recientemente en diversas áreas del estudio del Derecho. Paso ahora a analizar las aproximaciones aretaicas a problemas jurídicos.

II. VIRTUDES Y DERECHO

La mayor parte de la literatura jurídica es de corte consecuencialista o deontológico; son pocos los trabajos que emplean el paradigma de la teoría de la virtud para analizar problemas jurídicos. Sin embargo, en lo últimos años ha habido un creciente interés en desarrollar aproximaciones a estos problemas desde una perspectiva aretaica, de modo que se puede hablar con propiedad de una incipiente "jurisprudencia de la virtud."[26]

Los juristas han empleado la noción de virtud con distintos objetivos en mente. Se pueden diferenciar, por lo tanto, distintas vertientes dentro de la jurisprudencia de la virtud. Es importante señalar que emplear la noción de

---

Duncan, *Moral and Epistemic Virtues, op. cit.*, nota 5; y Battaly, Heather (ed.), *Virtue and Vice: Moral and Epistemic*, Wiley-Blackwell, 2010.

[25] Véase Tessman, Lisa, *Burdened Virtues: Virtue Ethics for Liberatory Struggles,* New York, Oxford University Press, 2005; Nussbaum, Martha, *Frontiers of Justice,* Cambridge, Harvard University Press, 2006; Slote, Michael, *Moral Sentimentalism,* New York, Oxford University Press, 2010; y Gaskarth, Jamie, "The Virtues in International Society" *European Journal of International Relations*, vol. 18, núm. 3, 2012. Algunos trabajos pioneros en este campo son Nussbaum, Martha, *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature, op. cit.,* nota 13; Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1996; Macedo, Stephen, Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism, Oxford, Oxford University Press, 1990; Hursthouse, Rosalind, "After Hume's Justice", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 91, 1990-91; Galston, William A., *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State,* New York, Oxford University Press, 1991; Chapman, John W. y Galston, William A. (eds.), *Virtue*, NOMOS XXXIV, New York, New York University Press, 1992; y Dagger, Richard, *Civic Virtues,* New York, Oxford University Press, 1997.

[26] Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1; y Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008. Para una colección anterior que trata, fundamentalmente, de teoría política pero que contiene trabajos sobre Derecho escritos por juristas, véase Chapman, John W. y Galston, William A., *Virtue, op. cit.*, nota 25. Para la descripción del estado de la cuestión en la jurisprudencia de la virtud se ha usado material proveniente de Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, "Of Law, Virtue and Justice" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *op. cit.*, nota 1.

virtud para abordar problemas jurídicos no implica necesariamente adoptar *stricto sensu* una teoría aretaica del derecho. Al igual que es posible para un filósofo emplear la noción de virtud sin defender una ética de la virtud, es también posible para un jurista usar conceptos aretaicos sin pretender, necesariamente, desarrollar una teoría del derecho basada en la idea de virtud.[27]

1. *Fuentes de la jurisprudencia de la virtud*

La mayor parte de la literatura jurídica que adopta una perspectiva aretaica se basa en la teoría de la virtud aristotélica o neo-aristotélica, otras versiones de la teoría de la virtud no han recibido el mismo grado de atención por parte de los juristas.[28] No obstante, hay también algunos trabajos que tratan de aplicar los recursos de la teoría de la virtud, más allá de la ética aristotélica o neo-aristotélica al análisis de analizar problemas jurídicos: algunos juristas han utilizado la teoría de la virtud platónica, otros han tratado de aplicar el Confucianismo al Derecho y también se ha explorado la relevancia para el Derecho de teorías sentimentalistas de la virtud de corte Humeniano.[29]

[27] Por ejemplo, véase la diferencia entre Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1993 (articulando las virtudes del ideal profesional del abogado) y Hursthouse, Rosalind, "Two Ways of Doing the Right Thing" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence, *Virtue Jurisprudence*, *op. cit.*, nota 26 (quien adopta explícitamente una aproximación aretaica a los problemas relativos a la ética profesional de los abogados).

[28] Sobre la relevancia y el impacto del pensamiento aristotélico en la filosofía y la teoría del Derecho, véase Brooks, Richard D. y Murphy, James B. (eds.), *Aristotle and Modern Law*, Aldershot, Ashgate, 2003 así como los Proceedings de "Aristotle and the Philosophy of Law" IVR Special Workshop, *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, vol. 3, 2007.

[29] Para la aplicación de la teoría de la virtud platónica al Derecho, véase Berges, Sandrine, *Plato on Virtue and the Law*, London, Continuum, 2009; y Berges, Sandrine, "Education and Paternalism: Plato on Virtue and the Law", en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1. Wang, Linghao y Solum, Lawrence, "Confucian Virtue Jurisprudence" en Amaya, Amalia y Ho, Hock, Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1; y Stępień, Mateusz, "The Three Stages of Judges" Self-Development" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1, son aplicaciones del confucionismo al Derecho y Slote, Michael, "Empathy, Law, and Justice" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1, defiende la aplicación de una teoría sentimentalista de la virtud al Derecho.

2. *Teorías fuertes y teorías débiles de la virtud en el Derecho*

Lo que diferencia la ética de la virtud de otras teorías de ética normativa es la primacía que ésta le da al concepto de virtud. Algunos autores han articulado también aproximaciones al derecho en las que la virtud goza de un lugar prioritario. Por ejemplo, según Farrelly y Solum,

> …los conceptos de bienestar, autonomía o igualdad no deben ser los conceptos fundamentales en filosofía del derecho; las nociones fundamentales en teoría del derecho deben ser la virtud y la excelencia… La jurisprudencia debe dejar de centrarse en el concepto de ideología, derechos o utilidad para enfocarse en la idea de virtud.[30]

Ejemplos de versiones fuertes de la aproximación aretaica al derecho pueden encontrarse en el trabajo pionero de Solum sobre adjudicación[31] así como en la propuesta de Amaya sobre la justificación jurídica, según la cual una decisión jurídica está justificada si y sólo si es una decisión que un juez virtuoso habría tomado en circunstancias similares.[32] En esta teoría, la virtud no es simplemente una ayuda para aplicar las normas o una herramienta epistémica que nos permite alcanzar una decisión cuya justificación depende de alguna concepción previa de decisión correcta sino que la virtud –en un sentido contrafáctico– constituye la justificación de la decisión. Sin embargo, ésta no es la única manera en la que se puede desarrollar una teoría del derecho que emplee los recursos de la teoría de la virtud. La virtud, por ejemplo, puede jugar un papel meramente auxiliar en teoría del derecho. Cualquier teoría normativa acerca de cómo los jueces deben decidir[33] o una teoría en ética jurídica,[34] aunque no sea estrictamente una

[30] Farrelly, Colin y Solum, Lawrence, *Virtue Jurisprudence, op. cit.,* nota 26, pp. 2 y 3.

[31] Por ejemplo, véase Solum, Lawrence, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging", *op. cit.*, nota 31; y Solum, Lawrence, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", *Brooklyn Law Review*, vol. 70, núm. 2, 2005, pp. 500-502. *cfr.* Duff, R. Anthony, "The Limits of Virtue Jurisprudence", *op. cit.*, nota 31.

[32] Amaya, Amalia, "The Role of Virtue in Legal Justification" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1.

[33] Solum, Lawrence, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging" en Brady, Michael y Pritchard, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, *op. cit.*, nota 5, pp. 167-9; y Duff, R. Anthony, "The Limits of Virtue Jurisprudence" en Brady, Michael y Pritchard, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, *op. cit.*, *supra*.

[34] Woolley, Alice y Wendel, W. Bradley, "Legal Ethics and Moral Character", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 23, 2010. Véase también Dare, Tim, "Virtue Ethics, Legal Ethics and Harper Lee's To Kill a Mockingbird" en Tim Dare, *The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role,* Farnham, Surrey, Ashgate, 2009, p. 122.

teoría aretaica, presupone o requiere, no obstante, que los agentes jurídicos tengan ciertos rasgos de carácter. Estos rasgos tienen un papel instrumental: el juez o el abogado tiene que ser cierto tipo de persona para poder cumplir de manera efectiva las prescripciones establecidas por la teoría en cuestión, sea ésta la que sea.

3. *Relaciones entre Derecho, virtud y vicio*

Un rasgo central de la ética de la virtud es la concepción de autorealización (*eudaimonia*) como el fin último. En el contexto jurídico, esto se traduce en la creencia de que el objetivo adecuado del Derecho es promover la virtud y prevenir el vicio. Hay, sin embargo, diversas maneras en las que el derecho puede contribuir, intencionalmente o no, a formar el carácter. Por ejemplo, en el caso del derecho penal, no es razonable pensar que, incluso aunque fuera posible, se deben criminalizar todos los vicios u obligar a los ciudadanos a comportarse siempre de manera virtuosa.[35] Tomemos la prostitución como ejemplo. Aunque la prostitución fuera un obstáculo para desarrollar la virtud en los que están involucrados en este negocio, de ahí no se sigue necesariamente que deba ser criminalizada, sin antes considerar si esta criminalización contribuiría a promover la autorealización de la sociedad en su conjunto –y hay razones– para pensar que, de hecho, esto no es así.[36]

La virtud no constituye solamente un fin posible del derecho o una justificación del mismo. Existen otras conexiones importantes entre derecho y virtud así como entre derecho y vicio. Ya he mencionado anteriormente las funciones que puede cumplir la virtud en el razonamiento jurídico –tanto en el razonamiento acerca de normas como de hechos.[37] Además, algunos autores han sostenido que la virtud proporciona el contenido normativo de

[35] Acerca del alcance de la tesis según la cual el Derecho debe usarse para promover la virtud, véase Koller, Peter, "Law, Morality and Virtue" en Walker, Rebecca L. e Ivanhoe, Philip J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems*, *op. cit.*, nota 21; y George, Robert P. "The Central Tradition: Its Value and Limits" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008.

[36] Yankah, Ekow N., "A Paradox of Overcriminalization", *New Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 1, 2011, usa una estrategia argumentativa parecida en relación a la prohibición de fumar marihuana.

[37] Acerca del papel de la virtud en la argumentación acerca de los hechos en el Derecho, véase también Amaya, Amalia, "Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding" *Episteme: Journal of Social Epistemology*, vol. 5, núm. 3, 2008; y Ho, Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

ciertos estándares jurídicos en algunas áreas del derecho (como, por ejemplo, la negligencia);[38] que la justicia puede considerarse como una virtud natural;[39] que nuestra relación con el derecho se puede explicar en términos aretaicos, ya que la obediencia al derecho es una virtud;[40] que es un requisito para que los sistemas jurídicos funcionen bien; que los ciudadanos[41] y los servidores públicos posean una serie de virtudes;[42] que la virtud es relevante para ciertas prácticas jurídicas como la *judicial review*[43] y el

[38] Por ejemplo, según Feldman, el estándar de la negligencia encarna las virtudes de la prudencia y la benevolencia. *vid.* Feldman, Heidi Li, "Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 74, núm. 4, 2000.

[39] Solum, Lawrence, "Natural Justice", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 51, 2006.

[40] Edmundson, William A., "The Virtue of Law-Abidance" *Philosophers" Imprint*, vol. 6, núm. 4, 2006. (Disponible en *www.quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-idx?c=phimp;idno=3521354.0006.004*).

[41] Koller, Peter, "Law, Morality and Virtue", *op. cit.*, nota 35.

[42] Sobre las virtudes del abogado véase, entre otros, Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession, op. cit.*, nota 27; y Kaptein, Hendrik, "Virtues of Truthfulness in Forbearing Wrongs: Client Confidentiality Qualified by Legal Symmetry of Past and Future Harm" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1. Acerca de las virtudes del ministerio fiscal véase Cassidy, R. Michael, "Character and Context: What Virtue Theory can Teach us about a Prosecutor's Ethical Duty to 'SEEK Justice'", *Notre Dame Law Review*, vol. 82, núm. 2, 2006. Acerca de las virtudes del juez, véase Michelon, Claudio, "Practical Reason in Legal Decision-Making", en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice, op. cit.*, nota 1; Stępien, Mateusz "The Three Stages of Judges" Self-Cultivation", *op. cit.*, nota 29; Solum, Lawrence, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging", *op. cit.*, nota 31; y Solum, Lawrence, "Natural Justice", *op. cit.*, nota 39; Blasi, Vincent, "The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v California", *William and Mary Law Review*, vol. 29, núm. 4, 1988; Luban, David, "Justice Holmes and Judicial Virtue" en Chapman, John W. y Galston, William A. (eds.), *Virtue*, *op. cit.*, nota 25; Shklar, Judith N., "Justice without Virtue" en Chapman, John y Galston, William A. (eds.), *Virtue*, *op. cit.*, nota 25; Scharffs, Brett, "The Role of Humility in Exercising Practical Wisdom", *University of California Davis Law Review,* vol. 32, núm. 1, 1998; Modak-Truran, Mark C., "Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue", *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 12, 2000; Sherry, Suzanna, "Judges of Character", *Wake Forest Law Review,* vol. 38, 2003.; Siegel, Neil S., "The Virtue of Judicial Statesmanship", *Texas Law Review*, vol. 86, núm. 5, 2008; Horwitz, Paul, "Judicial Character (and does it Matter)", *Constitutional Commentary*, vol. 26, núm. 1, 2009; Socharno, Jonathan, *The Integrity of the Judge: A Philosophical Inquiry,* Surrey and Burlington, Ashgate, 2009; Lund, Nelson, "Judicial Independence, Judicial Virtue, and the Political Economy of the Constitution", 35 *Harvard Journal of Law and Public Policy,* vol. 35, núm. 1, 2012; y Malem, Jorge, "Pueden las malas personas ser buenos jueces?" *Doxa*, vol. 24, 2001.

[43] Farrelly, Colin, "Civic Liberalism and the "Dialogical Model" of Judicial Review" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008. Véase también Sherry, Suzanna, "Judges of Character", *op. cit.*, nota 42; y Gaebler, Ralph F., "On the Incompatibility of Political Virtue and Judicial Review: A Neo-

nombramiento y elección de jueces[44]; que las normas jurídicas, los procesos y las instituciones influyen y manifiestan el carácter de una comunidad y que deben, por tanto, ser evaluadas en función de su tendencia a promover la virtud cívica y el vicio;[45] y, por último, que existen relaciones importantes entre vicio, responsabilidad penal y castigo.[46]

4. *Áreas de aplicación de la teoría de la virtud al Derecho*

El potencial transformador de la teoría de la virtud en el Derecho se pone de manifiesto en la gran diversidad de ramas del derecho substantivas que han sido re-examinadas críticamente a través de las lentes de la teoría de la virtud. En 2005, Solum señaló que había un creciente número de excep-

---

Aristotelian Perspective", *Hamline Law Review,* vol. 34, núm. 3, 2011 (para una crítica neo-Aristotélica a la *judicial review*).

[44] Véase Solum, Lawrence, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", *California Law Review,* vol. 61, 1988; Solum, Lawrence, "A Tournament of Virtue", *Florida State University Law Review*, vol. 32, núm. 4, 2005; Solum, Lawrence, "Judicial Selection: Ideology versus Character", *Cardozo Law Review,* vol. 26, núm. 2, 2005; y Failinger, Marie A., "Virtuous Judges and Electoral Politics" *Albany Law Review,* vol. 67, núm. 3, 2004; y Failinger, Marie A., "Can a Good Judge Be a Good Politician? Judicial Elections from a Virtue Ethics Approach", *Missouri Law Review,* vol. 70, núm. 2, 2005.

[45] Véase Clark, Sherman J., "The Courage of Our Convictions", *Michigan Law Review*, vol. 97, núm. 8, 1999; Clark, Sherman J., "The Character of Direct Democracy", *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 13, núm. 2, 2004; Clark, Sherman J., "Law as Communitarian Virtue Ethics", *Buffalo Law Review,* vol. 53, núm. 3, 2005; Clark, Sherman J., "'Who do you Think you Are?' The Criminal Trial and Community Character" en Duff, Anthony *et al* . (eds.), *The Trial on Trial volume 2: Judgment and Calling to Account* , Oxford, Hart Publishing, 2006; y Clark, Sherman, "Neo-classical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-Making (and Law Teaching)" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice* , *op. cit.*, nota 1.

[46] Véase Huigens, Kyron, "Virtue and Inculpation", *Harvard Law Review,* vol. 108, núm. 7, 1995; "Virtue and Criminal Negligence", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, núm. 2, 1998; "Homicide in Aretaic Terms", *Buffalo Criminal Law Review,* vol. 6, núm. 1, 2002; "Nietzsche and Aretaic Legal Theory", *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm. 2, 2003; "The Continuity of Justification Defenses", *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 3, 2009; y "Motivating Intentions, Reciprocal Specification of Ends and the Assessment of Responsibility" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice, op. cit.*, nota 1; Gelfand, Scott D. "The Ethics of Care and (Capital?) Punishment", *Law and Philosophy,* vol. 23, núm. 6, 2004; Schaeffer, Matthew, "Virtue Ethics and the Justification of Punishment", *International Journal of Punishment and Sentencing*, vol. 6, 2010; Duff, R. Anthony, "The Virtues and Vices of Virtue Jurisprudence" en Chappell, Timothy (ed.), *Values and Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 2006; "Virtue, Vice, and Criminal Liability" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008; y "Virtue, Vice and the Criminal Law – A Response to Huigens and Yankah" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.* nota 1.

ciones a "la hegemonía de las teorías deontológicas y utilitaristas… entre los teóricos del Derecho, incluyendo trabajo en derecho de la competencia, bioética, derechos civiles, derecho corporativo, derecho penal, derecho del trabajo, derecho del medio ambiente, terrorismo, derecho de daños, ética jurídica, justicia militar, pedagogía y derecho de interés público".[47] Desde entonces, han aparecido nuevos trabajos[48] y se ha ampliado de manera notable el elenco de problemas jurídicos que se han abordado desde una perspectiva aretaica. La teoría de la virtud se ha aplicado, entre otras materias, al derecho de los contratos[49] al derecho de propiedad,[50] a cuestiones relativas a la propiedad intelectual,[51] al derecho constitucional,[52] al derecho

[47] Solum, Colin, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", *op. cit.*, nota 33, pp. 494-5. La aplicación de la teoría de la virtud al derecho penal es particularmente importante. Para algunas referencias, véase nota 46.

[48] Por ejemplo, en ética juridical, véase Graham, Lorie M., "Aristotle's Ethics and the Virtuous Lawyer: Part One of a Study on Legal Ethics and Clinical Legal Education", *Journal of the Legal Profession*, vol. 20, 1995-96; Milde, Michael, "Legal Ethics: Why Aristotle Might Be Helpful", *Journal of Social Philosophy*, vol. 33, núm. 1, 2002; Saguil, Paul J. "A Virtuous Profession: Re-Conceptualizing Legal Ethics from a Virtue-Based Moral Philosophy", *Windsor Review of Legal and Social Issues,* vol. 22, 2006; Cassidy, R. Michael, "Character and Context: What Virtue Theory can Teach us about a Prosecutor's Ethical Duty to 'seek Justice'", *op. cit.*, nota 42; Oakley, Justin y Cocking, Dean, *Virtue Ethics and Professional Roles*, *op. cit.*, nota 21; Hursthouse, Rosalind, "Two Ways of Doing the Right Thing", *op. cit.*, nota 27; Markovits, Daniel, *A Modern Legal Ethics,* Princeton, Princeton University Press, 2008; Dare, Tim, "Virtue Ethics, Legal Ethics and Harper Lee's To Kill a Mockingbird", *op. cit.*, nota 32; y Cordell, Sean, "Virtuous Persons and Social Roles", *Journal of Social Philosophy*, vol. 42, núm. 3, 2011; en Derecho penal, véase Schaeffer, Matthew, "Virtue Ethics and the Justification of Punishment"; y en derecho medioambiental, véase Anónimo, "Uncommon Goods: On Environmental Virtues and Voluntary Carbon Offsets" *Harvard Law Review*, vol. 123, núm. 8, 2010.

[49] Cimino, Chapin F., "Virtue and Contract Law", *Oregon Law Review*, vol. 88, núm. 3, 2009; Katz, Avery, "Virtue Ethics and Efficient Breach", *Suffolk University Law Review*, vol. 45, núm. 3, 2012.

[50] Lametti, David, "The (Virtue) Ethics of Private Property: A Framework and Implications" en Hudson, Alastair (ed.), *New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution,* London, Cavendish Press, 2003; Lametti, David, "The Objects of Virtue" en Alexander, Gregory y Peñalver, Eduardo (eds.), *Property and* Community, New York, Oxford University Press, 2010; Alexander, Gregory, "The Social-Obligation Norm in American Property Law", *Cornell Law Review,* vol. 94, núm. 4, 2009; y Peñalver , Eduardo M., "Land Virtues", *Cornell Law Review* vol. 94, núm. 4, 2009, *cfr.* Claeys, Eric R., "Virtue and Rights in American Property Law", *Cornell Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2009; y Wyman, Katrina M., 'Should Property Scholars Embrace Virtue Ethics? A Skeptical Comment", *Cornell Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2009.

[51] Lametti, David, "How Virtue Ethics Might Help Erase C-32's Conceptual Incoherence" en Geist, Michael (ed.), *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copy-*

empresarial,[53] al derecho de la medicina,[54] a la toma de decisiones judiciales[55] y a temas de justicia internacional.[56] Aquí me voy a centrar en analizar la repercusión que tiene la teoría de la virtud en dos áreas que son particularmente relevantes en el ámbito de la filosofía del derecho, a saber, la teoría de la argumentación jurídica y la ética judicial.

III. VIRTUDES Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El análisis de la ARGUMENTACIÓN JURÍDICA desde una perspectiva aretaica permite sacar a la luz algunos aspectos centrales del RAZONAMIENTO JURÍDICO que quedan soterrados en las teorías estándar de la argumentación jurídica. En concreto, el examinar la argumentación jurídica a través de los lentes proporcionados por la teoría de la virtud, nos permite ver que a) el razonamiento jurídico consiste, fundamentalmente, en deliberar acerca de los rasgos particulares del caso concreto; b) la percepción es central para el razonamiento jurídico; c) las emociones juegan un papel fundamental en la deliberación jurídica; d) la descripción y la re-descripción de un caso es una de las partes más importantes y difíciles del razonamiento jurídico; e) el razonamiento jurídico requiere razonar acerca de fines y valores y, de manera más concreta, la especificación de los valores indeterminados que pueden entrar en conflicto. Paso ahora explicar brevemente cada uno de estos rasgos del razonamiento jurídico.[57]

---

right and the Digital Agenda, Toronto, Irwin Law, 2010; Lametti, David, "The Objects of Virtue", *op. cit.*, nota 50; y Opderbeck, David W., "A Virtue-Centred Approach to the Biotechnology Commons (Or, The Virtuous Penguin), *Maine Law Review*, vol. 59, núm. 2, 2007.

[52] Solum, Lawrence, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging", *op. cit.*, nota 33; y Strang, Lee J., "Originalism and the Aristotelian Tradition: Virtue's Home in Originalism", *Fordham Law Review*, vol. 80., núm. 5, 2012.

[53] Mescher, Barbara y Howieson, Bryan, "Beyond Compliance: Promoting Ethical Conduct by Directors and Corporations", *Corporate Governance Law Review*, vol. 1, núm. 1, 2005; McConvill, James, "Positive Corporate Governance and its Implications for Executive Compensation" 6 *German Law Journal*, vol. 6, núm. 12, 2005; y Colombo, Ronald J., "Towards a Nexus of Virtue", *Washington and Lee Law Review*, vol. 69, núm. 1, 2012.

[54] Véase Maclean, Alasdair, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; y Pattinson, Shaun D., *Medical Law and Ethics*, London, Sweet and Maxwell, 2011.

[55] Barzun, Charles L., "Jerome Frank and the Modern Mind", *Buffalo Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2010, pp. 1167-1171 (interpretando la teoría de la adjudicación de Jerome Frank como una teoría aretaica).

[56] Gaskarth, Jamie, "The Virtues in International Society", *op. cit.*, nota 25.

[57] Para una descripción más detallada de estas tesis, véase Amaya, Amalia, "Virtud y razón en el Derecho. Hacia una teoría neo-aristotélica de la argumentación jurídica" en

1. *Virtudes y principios en la argumentación jurídica*

El primer elemento que sale a la luz cuando analizamos el razonamiento jurídico desde una perspectiva basada en virtudes es la importancia de aprehender los particulares para alcanzar una decisión jurídica justificada.[58] El razonamiento jurídico no puede entenderse exclusivamente en términos de aplicación de normas: el razonamiento jurídico, como, de manera general, el razonamiento práctico, no puede ser captado por ningún sistema, por muy complejo que éste sea, de reglas o principios.[59]

Por supuesto, las limitaciones de las reglas y los principios son bien conocidas. Incluso los más férreos defensores de una concepción del razonamiento jurídico basada en la aplicación de normas reconocen que la argumentación jurídica no puede explicarse exclusivamente en términos de aplicación de normas. El problema, sin embargo, es determinar cuándo una concepción "formal" de razonamiento jurídico, según la cual la argumentación jurídica consiste, de manera fundamental, en la aplicación de normas, debe ser complementada o incluso substituida por una concepción "substantiva" así como determinar en qué consiste el razonamiento jurídico en aquéllas situaciones en las que la mera aplicación de normas no parece ser suficiente para obtener una respuesta jurídica satisfactoria.[60] Es en este punto en el que, me parece, una perspectiva aretaica puede ser de gran utilidad.

Desde una perspectiva aretaica, son las virtudes, y no los principios, los elementos centrales de una teoría del razonamiento práctico. Entre las virtudes, destaca, de manera fundamental, la virtud de la sabiduría práctica

---

González de la Vega, René y Lariguet, Guillermo, *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*, Bogotá, Temis, 2013.

[58] Es importante destacar que el particularismo y la teoría de la virtud son posiciones teóricas distintas, aunque existan importantes afinidades entre las mismas. Acerca de las diferencias entre el particularismo y la teoría de la virtud, véase Millgram, Elijah, *Ethics done Right: Practical Reason as a Foundation for Moral Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 172-174; Sherman, Nancy, *Making a Necessity of Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*, *op. cit.*, nota 19, pp. 262-276; Stangl, Rebecca, "A Dilemma for Particularist Virtue Ethics" Philosophical Quarterly, vol. 58, 2008, pp. 665-678 y, en el contexto de la toma de decisiones judiciales, Schauer, Frederick, "Must Virtue be Particular?" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice, op. cit.* nota 1.

[59] Véase Nussbaum, Martha, *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, *op. cit.*, nota 13, pp. 70-72; y Wiggins, David, "Deliberation and Practical Reason" en Millgram, Elijah, *Varieties of Practical Reasoning*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 290.

[60] Acerca de la distinción entre razonamiento jurídico formal y substantivo, véase Schauer, Frederick, *Thinking like a Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 29-35.

que, como señala Aristóteles, no puede concebirse como "conocimiento científico", es decir, como un cuerpo sistemático de principios generales y universales, sino que tiene que ver, por el contrario, con los particulares.[61] La sabiduría práctica consiste, como señala Wiggins, en la capacidad de detectar los rasgos relevantes de una situación particular.[62] De manera más general, McDowell define la "virtud" como "la habilidad de reconocer los requisitos que las situaciones imponen sobre el comportamiento".[63] La persona con sabiduría práctica tiene la sensibilidad necesaria para detectar las distintas razones para la acción que se dan en un caso concreto.

Ahora bien, si la virtud es la capacidad de detectar los rasgos relevantes de una determinada situación que constituyen razones para la acción, entonces, sin duda, la persona virtuosa tiene la habilidad de reconocer cuándo la situación es tal que apartarse de la regla aplicable al caso está justificado. La persona con sabiduría práctica, por lo tanto, sabe cuándo debe aplicarse una norma o cuándo, por el contrario, existen circunstancias que derrotan la aplicabilidad de la misma. El juez que posee sabiduría práctica tiene pues la habilidad de detectar "excepciones" o, por decirlo de manera más técnica, la capacidad de reconocer cuándo nos encontramos ante una condición de derrotabilidad.[64] El juez virtuoso tiene las capacidades necesarias para analizar la situación de decisión en detalle y está abierto a la posibilidad de que pueda haber un factor "extraño e inesperado"[65] que lleve a problematizar la aplicación de la norma.

Este conocimiento de excepciones que, como he señalado, es característico de la persona que tiene sabiduría práctica no puede ser "codificado".[66] Es decir, no hay un procedimiento que nos permita determinar, de antemano, cuándo una situación es tal que no puede ser solucionada mediante la mera aplicación de las reglas y principios relevantes. Es el estándar de razón práctica, encarnado en la persona con sabiduría práctica, el que nos

[61] EN, 1142 a24.

[62] Wiggins, "Deliberation and Practical Reason", *op. cit.*, nota 59, p. 293.

[63] McDowell, John, *Mind, Value, and Reality*, *op. cit.*, nota 2, p. 53.

[64] Acerca de la relevancia de la experiencia de las excepciones para llegar al tipo de conocimiento característico de la persona con sabiduría práctica, véase Hursthouse, Rosalind, "Practical Wisdom: A Mundane Account" *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 106, núm. 1, 2006, p. 290. Para una defensa de la tesis según la cual la persona virtuosa es aquélla que tiene la capacidad de identificar las condiciones de derrotabilidad del silogismo práctico, véase Millgram, Elijah, *Ethics done Right*, *op. cit.* nota 58, pp. 134-138.

[65] Michelon, Claudio, "Practical Reason in Legal Decision-Making", *op. cit.*, nota 42.

[66] McDowell, John, *Mind, Value, and Reality*, *op. cit.*, nota 2, pp. 50-73.

permite determinar cuándo un caso es "un caso de reglas"[67] o cuándo, por el contrario, la aplicación de la regla al caso debe ser cuestionada. Las virtudes son, en este sentido, previas a las normas en una teoría aretaica del razonamiento jurídico.[68]

2. *La dimensión perceptual de la argumentación jurídica*

Además de poner el énfasis en los particulares, una teoría aretaica de la argumentación jurídica pone de relieve la relevancia que tiene la percepción en los procesos de toma de decisiones jurídicas, ya que el discernimiento de los particulares se lleva a cabo, como dice Aristóteles, mediante la percepción.[69] Por lo tanto, el razonamiento jurídico tiene una importante dimensión perceptual, y éste es el segundo elemento que sale a la luz cuando analizamos el mismo desde una perspectiva aretaica.[70]

La persona con sabiduría práctica se caracteriza por tener una capacidad perceptual altamente refinada. La sensibilidad a los requisitos que,

[67] El término "rule-case" es de Detmold, M. J., *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*, London, Routledge and Kegan Paul, 1984, citado en MacCormick, Neil, *Rethoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Clarendon Press, 2005, p. 81.

[68] Esto no significa que las normas no tengan un papel fundamental en una teoría aretaica del razonamiento jurídico. Sin duda, en dicha teoría las normas juegan un papel más modesto que en la concepción estándar de la argumentación jurídica, ya que la posibilidad de resolver un caso mediante la aplicación de normas depende, en último término, de cuáles sean los rasgos particulares del mismo. No obstante, la mayoría de las virtudes de las normas se pueden reconocer desde una perspectiva aretaica de la argumentación jurídica. Es más, tal perspectiva nos permite apreciar una función, fundamental, que juegan las normas en la argumentación jurídica, a saber, las normas contribuyen de manera central a la percepción de los rasgos sobresalientes del caso concreto que es, como he sostenido, central para alcanzar una decisión jurídica justificada. Las normas facilitan las tareas perceptuales involucradas en la argumentación jurídica al contribuir a la descripción del caso, centrando la atención en aspectos relevantes de la decisión que podrían, de otra manera, pasar desapercibidos (Michelon, Claudio, "Practical Reason in Legal Decision-Making", *op. cit.*, nota 42). Como dice sucintamente Nussbaum, "Las normas nos ayudan a ver de manera correcta" (Nussbaum, Martha C., "Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior", en Steven Burton (ed.), *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 64).

[69] EN 1109b18-23 y 1142a7-23.

[70] Esto no significa que la relevancia de la percepción sea ignorada por la teoría estándar de la argumentación jurídica, pero el papel que la misma cumple en esa teoría es meramente auxiliar a la aplicación de normas. Véase MacCormick, Neil, *Rethoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, *op. cit.*, nota 67, capítulo 5; y Michelon, Claudio, "Practical Reason in Legal Decision-Making", *op. cit.*, nota 42.

como he señalado antes, posee la persona virtuosa es un tipo de capacidad perceptual. El virtuoso tiene la capacidad de percibir los rasgos relevantes de una situación, o lo que es verdaderamente importante en un caso específico, de tal manera que su juicio o decisión resulta de una manera distintiva de ver una situación. McDowell describe la percepción del virtuoso de la siguiente manera:

> La visión de la situación a la que llega la persona virtuosa mediante el ejercicio de su sensibilidad es aquélla en la que algún aspecto de la situación constituye una razón para actuar de cierta manera; esta razón se aprehende, no como derrotando otras razones, derivadas de otros aspectos de la situación, para actuar de otros modos (…) sino como acallándolos.[71]

Por lo tanto, el virtuoso no sólo tiene la capacidad de apreciar todos los aspectos sobresalientes de una situación sino que tiene también la habilidad de detectar cuáles –en la situación concreta– son relevantes y constituyen una razón para la decisión. De manera central, esta razón, desde la perspectiva del virtuoso, no derrota otras posibles razones que puedan ser constituidas por otros aspectos de la situación sino que 'silencia" –como dice acertadamente McDowell– cualquier otra consideración. Es decir, desde este punto de vista, la decisión del juez virtuoso no es el resultado de ponderar las distintas razones que entran en conflicto sino que se deriva de una concepción de la situación que no descuida ningún aspecto relevante y en la que algunos aspectos se perciben como requiriendo un determinado curso de acción.

Es esencial destacar que la capacidad perceptual que posee el juez virtuoso no tiene por qué ser caracterizada como una habilidad infalible de "ver" lo que es correcto. Una interpretación intuicionista de las capacidades perceptuales del virtuoso no es un punto de partida viable para una teoría del razonamiento jurídico, ya que resulta incompatible con el requisito, básico, de que las razones que apoyan una decisión jurídica deben ser públicas. De manera alternativa, la capacidad perceptual del virtuoso se puede entender como una sensibilidad que permite a la persona que la posee apreciar las razones para la acción que se dan en una situación particular y proporcionar las justificaciones correspondientes para su decisión. Siguiendo una sugerencia de Wallace, la virtud se puede entender como una forma de conocimiento de expertos, ya que el experto tiene justamente

[71] McDowell, John, *Mind, Value, and Reality, op. cit.*, nota 2, pp. 55 y 56.

la habilidad de discernir las razones relevantes en un caso concreto y puede dar, en cada caso, una justificación para su decisión.[72]

3. *Virtud y emoción*

Un tercer aspecto de la argumentación jurídica que una aproximación aretaica pone de manifiesto es el papel destacado que juegan las emociones en la toma de decisiones jurídicas. Según Aristóteles, las virtudes son tanto una manera de actuar como una manera de sentir. La virtud requiere no sólo actuar de un modo apropiado a las circunstancias del caso particular sino también tener una respuesta emocional adecuada.[73] Una decisión que se haya tomado sin involucrar las disposiciones emocionales adecuadas es moralmente defectuosa, aunque tenga el mismo contenido que la decisión que habría tomado una persona virtuosa. Las emociones son, por lo tanto, esenciales para que una deliberación sea virtuosa. De manera más específica, las emociones juegan un papel central en relación a la percepción de los rasgos del caso concreto.[74]

En primer lugar, las emociones juegan un papel "epistémico" fundamental ya que son herramientas muy útiles para detectar las razones para la acción que son relevantes en un caso particular; es decir, las emociones nos ayudan a identificar los rasgos sobresalientes de una situación concreta. Dice Sherman:

> Con frecuencia, no vemos fríamente, sino gracias y a través de las emociones. Por ejemplo, un sentimiento de indignación nos sensibiliza frente a quienes sufren de manera injusta un insulto o un daño, de la misma manera, un sentimiento de piedad y compasión nos abre los ojos a los sufrimientos de la desgracia repentina y cruel. Por lo tanto, como resultado de tener ciertas disposiciones emocionales, llegamos a tener los puntos de vista relevantes para discriminar. A través del sentimiento notamos lo que habría pasado desapercibido por un intelecto frio e imparcial. Cuando se mira de ma-

[72] Wallace, R. Jay, *Normativity and the Will: Selected Essays in Moral Psychology and Practical Reason,* Oxford University Press, New York, 2006, pp. 253-258.

[73] Acerca de las relaciones entre emoción y virtud en Aristóteles, véase Hursthouse, Rosalind, *On Virtue Ethics*, *op. cit.*, nota 2, capítulo 5; Sherman, Nancy, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue,* Clarendon Press, Oxford, 1989, cap. 2; y Stark, Susan, "Virtue and Emotion," *Noûs,* vol. 35, 2001, pp. 440-455.

[74] Acerca de las distintas funciones que cumplen las emociones en el razonamiento moral, véase Sherman, Nancy, *Making a Necessity of Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*, *op. cit.*, nota 19, pp. 39-52.

> nera fría, sin involucrar las emociones, se corre muchas veces el riesgo de perder de vista lo que es relevante.[75]

Por lo tanto, las emociones nos ayudan a detectar los rasgos moralmente relevantes de una situación. El tipo de percepción que, tal y como he argumentado, es necesario para la buena argumentación jurídica no resulta obstaculizado, sino que por el contrario, es posible gracias a las emociones.[76]

La relevancia de las emociones para el buen desempeño de las tareas perceptuales que son centrales en la argumentación jurídica va más allá de su valor epistémico. Además de contribuir a la identificación de los rasgos moralmente relevantes de un caso concreto, las emociones juegan un papel "constitutivo" ya que una respuesta emocional apropiada es una parte constitutiva de la percepción. La ausencia de las emociones pertinentes hace la percepción defectuosa. Como dice, de nuevo, Sherman:

> Incluso aunque pudiéramos ver de alguna manera sin las emociones lo que es relevante moralmente, la manera en la que lo veríamos sería defectuosa e imperfecta. Es decir, tendríamos las concepciones morales correctas, pero nos faltarían los modos correctos de ver y apreciar. Veríamos con un grado inferior de consciencia. El punto es que, sin las emociones, no podemos registrar o grabar los hechos con el tipo de resonancia e importancia que sólo puede aportar el involucramiento emocional.[77]

Por lo tanto, el juez que se enfrenta a un caso de una manera fría e imparcial no sólo se comporta de una forma no virtuosa, en cuanto que no tiene la respuesta emocional apropiada, sino que su percepción del caso será también defectuosa, dado que esta respuesta es una parte constitutiva de lo que significa reconocer y apreciar correctamente los particulares de un caso. Las emociones son "modos de ver": uno no podría ver de "esa" manera a menos que tenga ciertas emociones.[78] Por lo tanto, las capacidades cognitivas y emocionales son necesarias para llevar a cabo con éxito las

[75] Sherman, Nancy, *The Fabric of Character, op. cit.*, nota 73, p. 45.

[76] Esto no significa que las emociones siempre sean herramientas epistémicas confiables. Al igual que las percepciones sólo nos proporcionan razones a favor de creencias empíricas bajo ciertas condiciones, las emociones también nos proporcionan razones, aunque no concluyentes, a favor de las creencias de tipo evaluativo. Véase Elgin, Catherine, "Emotion and Understanding" en Brun, Georg *et al* . (eds.), *Epistemology and Emotions* Ashgate, Aldershot, 2008, pp. 33-49 y Goldie, Peter, 2004, "Emotion, Reason, and Virtue," en Dylan Evans y Pierre Cruse (eds.), *Emotion, Evolution, and Rationality*, Oxford University Press, Oxford, pp. 249-267.

[77] Sherman, Nancy, *The Fabric of Character*, *op. cit.*, nota 73, p. 47.

[78] Sherman, Nancy, *The Fabric of Character*, *op. cit.*, nota 73, p. 171. Véase también Nussbaum, Martha, *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, *op. cit.*, nota 13, p. 79.

tareas perceptuales que, como he señalado, son centrales en la argumentación jurídica.

4. *El razonamiento jurídico como re-descripción*

Una teoría del razonamiento jurídico basada en la idea de virtud pone de relieve el papel central que juega la descripción en la toma de decisiones jurídicas. Una parte particularmente importante, así como difícil, del razonamiento jurídico consiste en describir de manera adecuada la situación de decisión. Estudiar el razonamiento jurídico centrándose en el momento de la elección es empezar el análisis del mismo a mitad de camino: antes de que se pueda tomar ninguna decisión acerca de qué norma debe ser aplicada y cómo debe resolverse un caso, es necesario llevar a cabo un complejo proceso de descripción. Los casos, huelga decirlo, no se nos presentan con una lista de los rasgos que deben ser tomados en consideración o de los valores que son relevantes. Una descripción lúcida del problema a atacar, que es lo que constituye, en último término, la base para la decisión, es una parte fundamental de la deliberación.[79] La corrección del proceso de toma de decisiones jurídicas depende, en un sentido importante, de ver correctamente.

El proceso de descripción que es central para llevar a cabo la argumentación jurídica de manera virtuosa requiere un esfuerzo considerable por parte del juez. Una descripción correcta de la situación es el resultado de repetidos esfuerzos por describir y re-describir el caso de manera cada vez más fidedigna. Para construir un caso de manera adecuada, es necesario prestar atención a los rasgos específicos del caso, esforzarse por ver correctamente y sin prejuicio la situación que el mismo presenta, e involucrarse activamente en el proceso de describir en detalle el problema en cuestión. Implicarse emocionalmente es también necesario para llegar a una buena descripción de los hechos del caso ya que, como he señalado antes, las emociones juegan un papel fundamental en la percepción de lo que es relevante moralmente. Reflexionar acerca de los hechos de un caso con la actitud apropiada y describir los mismos de una manera que responda a las especificidades del caso requiere esfuerzo moral y trabajo sostenido. En los casos difíciles, una buena descripción requerirá también ejercitar la imaginación para alcanzar una lectura de la situación novedosa y ajustada a las

[79] Véase Murdoch, Iris, *La soberanía del bien*, Madrid, Caparrós, 2001.

particularidades del caso así como un esquema conceptual o perspectiva adecuada para dar cuenta de los rasgos moralmente relevantes del mismo.

Es importante señalar que la descripción de un caso es una mezcla de hechos y valores. El proceso de descripción requiere, de manera central, reflexionar acerca de los valores que son relevantes en un caso concreto. La descripción de una situación –sobre todo en los casos difíciles– es un proceso mediante el cual se profundiza la concepción de los valores involucrados y de cómo éstos se relacionan entre sí. La "especificación" de los factores identificados como relevantes en una situación es (como veremos más adelante) una parte importante de la descripción de la situación. Una buena descripción depende, a veces, de que uno interprete el caso desde una perspectiva diferente, lo que requiere, a su vez, refinar y revisar la concepción aceptada de los valores en juego. Por ejemplo, es necesario profundizar la concepción de qué es lo que exige la libertad de expresión para poder describir un caso relativo a la financiación de las campañas políticas como un caso que concierne, fundamentalmente, a la libertad de expresión.[80] La corrección de una descripción de los hechos de un caso también depende, en ocasiones, de que uno se aproxime al mismo con una concepción bien articulada de los valores pertinentes. Por ejemplo, la asimetría de poder en el lugar de trabajo se considera actualmente como una parte esencial de una buena descripción de los casos de hostigamiento sexual.[81] Pero esta descripción depende, en primer lugar, de la elaboración de una teoría sofisticada de la igualdad de género. Por lo tanto, por un lado, la descripción de un caso depende de una concepción de los valores previamente aceptada y, por el otro, el refinamiento de dicha concepción es a veces necesario para describir correctamente un caso particular.

En resumen, una parte importante de la deliberación jurídica consiste en perfeccionar la descripción de las situaciones de elección. Desde esta perspectiva, el momento de la elección tiene, en algún sentido, menos importancia ya que, idealmente, la decisión se sigue de la correcta descripción de los hechos del caso. Como dice Murdoch: "si presto atención de manera adecuada, no tendré elecciones y ésta es la condición a la que uno debe aspirar".[82] Por lo tanto, los esfuerzos por ver correctamente están dirigidos a aproximarse a una situación ideal en la que los hechos del caso dictan, por decirlo de alguna manera, la decisión. La mirada del virtuoso sobre los

[80] Breyer, Stephen, *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution,* Vintage: New York, 2005, pp. 39-56.

[81] Nussbaum, Martha C., "Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior", *op. cit.*, nota 68, p. 78.

[82] Murdoch, Iris, *La soberanía del bien, op. cit.*, nota 79, p. 38.

hechos del caso concreto resulta en una concepción de la situación que requiere claramente que se siga un determinado curso de acción.[83] En este sentido, la toma de decisiones judiciales se encuentra constreñida, de manera importante, por los hechos. Esto no implica reducir el razonamiento jurídico a ningún tipo de investigación empírica ya que, como he dicho antes, la descripción del caso requiere, en gran medida, deliberar acerca de los valores. Paso ahora a examinar la forma que tiene, desde una teoría aretaica de la argumentación jurídica, dicha deliberación.

5. *Especificación, conflicto normativo y argumentación jurídica*

Un rasgo central de la aproximación aretaica a la razón práctica es la idea de que el razonamiento práctico no es solamente un razonamiento de tipo instrumental sino que también es un razonamiento acerca de fines y valores. La deliberación no es sólo necesaria para seleccionar los mejores medios para alcanzar un fin previo, sino que razonar en el dominio práctico requiere, de manera fundamental, reflexionar acerca de los fines y valores del agente.

La deliberación acerca de fines y valores consiste, principalmente, en buscar la mejor "especificación" de los valores en cuestión. Cuando uno delibera acerca de valores, no trata de seleccionar el medio más eficaz de realizar un valor en particular, sino que el objetivo es determinar qué es lo que realmente "cualifica" como una buena especificación de dicho valor.[84] Se puede deliberar acerca de qué valor o valores vale la pena tratar de alcanzar y cuál es el contenido de los mismos o deliberar para determinar qué contaría como la realización de un valor que todavía no está completamente especificado en una situación particular. Es decir, al deliberar, se puede tratar de "formar" una concepción del valor o de "poner en práctica" una concepción previamente aceptada de un valor.[85] En cualquiera de

[83] Esto no implica que, desde una perspectiva aretaica, haya siempre una respuesta correcta. Nada en la idea de virtud excluye la posibilidad de que haya desacuerdo entre los virtuosos en los casos difíciles.

[84] Véase Wiggins, "Deliberation and Practical Reason", *op. cit.*, nota 59, p. 287. La propuesta especificacionista de Wiggins ha sido desarrollada por Richardson, Henry, *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994. Véase también McDowell, John, *Mind, Value, and Reality*, *op. cit.*, nota 2, pp. 23-50. Para una aplicación al ámbito del derecho, véase Moreso, Jose Juán, *La Constitución: Modelo para Armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 309-321; y Moreso, José Juan, "Conflictos entre derechos constitucionales y modos de resolverlos", *Arbor*, vol. CLXXXVI, 2010, pp. 821-832.

[85] *Ibidem*, p. 32.

estos casos, no se puede dar cuenta del razonamiento mediante inferencias medio-fin, ya que el mismo requiere el refinamiento o la revisión de los valores relevantes. En otras palabras, la estructura de este tipo de razonamiento no es "instrumental" sino "especificatoria".[86] Hay dos razones fundamentales que hacen que el razonamiento especificatorio sea indispensable cuando se delibera acerca de una cuestión práctica. En primer lugar, el razonamiento especificatorio es necesario ya que los valores son a veces demasiado vagos como para poder servir como puntos de partida de un razonamiento medio-fin. En segundo lugar, los valores pueden entrar en conflicto y, a veces, es posible resolver el mismo especificando los valores en juego.[87] Desde esta perspectiva, no existe un sistema métrico que nos permita resolver de manera satisfactoria los problemas de conflicto de valores, ya que los valores son plurales e inconmensurables. En circunstancias en las que hay un conflicto valorativo serio, la decisión no puede sino ser el resultado de una reflexión acerca de cuál es la contribución distintiva de cada valor y de cómo los mismos se relacionan entre sí a la luz de una concepción general del bien.

Esta concepción de la deliberación, a mi parecer, es extremadamente útil para atacar los problemas de conflicto de valores que se presentan recurrentemente en el contexto de la toma de decisiones judiciales. Desde este punto de vista, es posible resolver los problemas de CONFLICTO NORMATIVO que surgen cuando se argumenta en el ámbito del Derecho especificando los valores en cuestión. Por ejemplo, en un caso de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, se podría proceder tratando de especificar y refinar esos valores. A través del proceso de especificación, sería necesario determinar qué cuenta como una buena especificación de los valores en conflicto y qué significa realizar esos valores en el caso en cuestión así como desarrollar una teoría acerca de cómo se relacionan los valores especificados entre sí y cómo encajan con una concepción general del Derecho. La especificación de los valores en conflicto a la luz de una concepción amplia de los fines del derecho requerirá, a veces, la reformulación de estos valores y, en los casos más complicados, puede incluso requerir la revisión del propio concepto de Derecho.[88]

[86] *Ibidem*, p. 26.

[87] Acerca del uso de la especificación para abordar problemas de conflicto normativo, véase Richardson, Henry, *Practical Reasoning*, *op. cit.*, nota 84.

[88] Esta propuesta especificacionista se diferencia, en aspectos centrales, del modelo de la "ponderación", que es el modelo dominante en la teoría del derecho contemporánea acerca de cómo se debe razonar jurídicamente en caso de conflicto de valores (Alexy, Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Iuris*, vol. 16, 2003, pp. 433-

En resumen, la teoría aretaica de la argumentación jurídica pone de relieve la relevancia de la particularidad, la centralidad de la percepción, las dimensiones emocionales de los argumentos jurídicos y la importancia de la descripción y la especificación para la buena argumentación jurídica. Además, una aproximación aretaica a la argumentación jurídica nos permite apreciar que existen conexiones importantes entre la teoría de la argumentación jurídica y la ética judicial. Si, como he sostenido, la virtud es necesaria para la (buena) argumentación jurídica, entonces la cuestión de qué hace que una decisión jurídica sea una buena decisión no puede separarse de la cuestión de qué es lo que hace que un juez sea un buen juez. Es decir, el estudio del razonamiento jurídico no puede divorciarse del estudio de los rasgos de carácter y las habilidades necesarias para llevar a cabo la toma de decisiones jurídicas de manera exitosa. Por lo tanto, desde una perspectiva aretaica, la teoría de la ética jurídica no es meramente una herramienta auxiliar, sino una parte substantiva de la teoría de la argumentación jurídica.[89] Paso ahora a examinar el impacto de la teoría aretaica en el ámbito de la ética jurídica.

IV. VIRTUDES Y ÉTICA JUDICIAL

1. *Dos paradigmas en ética judicial*

La ética jurídica es un área específica, dentro del campo de la ética, que tiene por objeto la reflexión acerca de cuáles son los estándares morales que deben guiar la conducta de los agentes jurídicos en el ejercicio de su

449). Según la propuesta especificacionista, el razonamiento jurídico en casos de conflicto de valores es, como en el modelo de la ponderación, un proceso racional. Pero la concepción de racionalidad que subyace a la aproximación especificacionista es distinta de la concepción cientificista de racionalidad asumida por la propuesta de Alexy. Desde una perspectiva neo-aristotélica, la conmensurabilidad no es un requisito de la decisión racional. La corrección de una elección deliberativa no depende de que ésta maximice una cantidad de un valor común, sino que su racionalidad depende de la especificación de los valores en juego y de su buen acoplamiento dentro de un sistema. En otras palabras, conforme al modelo especificacionista, es la coherencia, y no la eficacia, el valor que debe guiar la toma de decisiones jurídicas en casos de conflicto normativo.

[89] Véase Amaya, Amalia, "Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial", *Diánoia*, vol. LVI, núm. 67, 2011. Para un análisis de las relaciones entre la teoría de la argumentación jurídica y la ética judicial, véase Lara, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, Porrúa, México, 2011, pp. 51-65.

profesión.[90] La ética jurídica es un área especial dentro de la ética profesional, la cual es, a su vez, una subdisciplina de la ética aplicada. La ética jurídica está dirigida a todos los operadores jurídicos: jueces, abogados, procuradores, administradores públicos, etcétera. Aquí, me centraré específicamente en la ética judicial.[91]

Se pueden distinguir dos modelos básicos en ética judicial: el consecuencialista y el deontologista. Estos modelos resultan de la aplicación del consecuencialismo y del deontologismo –las dos aproximaciones fundamentales a la ética normativa– al ámbito de la ética judicial. Para una ética judicial de corte consecuencialista, la corrección de un acto llevado a cabo por un juez en el ejercicio de su profesión depende exclusivamente de las consecuencias que se siguen del mismo, es decir, de qué estado de cosas resulten de dicha acción. Según una aproximación deontológica a la ética judicial, la corrección de los actos judiciales depende de su conformidad con una serie de normas de carácter moral.[92] Estos dos modelos de ética judicial heredan, respectivamente, las virtudes del consecuencialismo y del deontologismo como teorías morales generales, pero también enfrentan los (serios) problemas que afectan a estas tradiciones del pensamiento moral.[93] Frente a estos modelos, se erige el modelo aretaico, que es el producto de aplicar la teoría de la virtud a la ética judicial. Conforme a este modelo, son las virtudes, en lugar de las consecuencias o las normas, los elementos centrales en una teoría de la ética judicial. Paso ahora a examinar la propuesta aretaica en algún detalle.

[90] Para una introducción a la ética jurídica, véase Rhode, Deborah y Luban, David, *Legal Ethics*, 4a. ed., New York, Foundation Press, 2004.

[91] Para una discusión de algunos de los problemas centrales de la ética judicial, véase Farrell, Martín, "La ética de la función judicial", en Malem, Jorge *et al*. (eds.), *La función judicial*, Barcelona, Gedisa, 2003.

[92] Muchas de estas normas se encuentran, de hecho, recogidas en los códigos de ética judicial. Véase, por ejemplo, el Código Iberoamericano de Ética Judicial del 2006 y, en el contexto mexicano, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, del 2004. Para una discusión de estos documentos, véase Saldaña, Javier, *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007. Para un estudio comparado de los códigos de ética judicial, véase Roos, Stefanie y Woischnik, Jan, *Códigos de Ética Judicial*, Konrad-Adenauer, 2005.

[93] Para una discusión de las tesis centrales del consecuencialismo y del deontologismo aplicados al análisis de los problemas propios de la ética jurídica así como de los problemas principales que enfrentan estos modelos, véase Amaya, Amalia, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, pp. 13-19.

2. *Una aproximación aretaica a la ética judicial*

En los últimos años, ha habido un creciente interés en las posibles contribuciones de la ética de la virtud a la ética aplicada y, en particular, a la ética profesional.[94] El principal problema que plantea la aplicación de la ética de la virtud a la ética profesional es el de determinar cómo se deben entender las virtudes en el contexto de un rol. ¿Qué rasgos de carácter son virtudes en un médico, en un abogado, o en un periodista? ¿Son los mismos rasgos de carácter que consideramos virtudes fuera del contexto de la práctica profesional? ¿Tiene sentido hablar de virtudes específicas para los distintos roles profesionales?

Se pueden diferenciar las siguientes posiciones respecto a cómo se deben entender las virtudes en el contexto de un rol profesional.[95] Según algunos autores, rasgos de carácter que son neutrales moralmente o que son, incluso, considerados vicios fuera del contexto de un rol, pueden ser virtudes en el contexto de una determinada profesión.[96] Las virtudes profesionales son aquellos rasgos de carácter que ayudan a los distintos profesionales a alcanzar los objetivos y fines de la profesión. Es posible, por lo tanto, que rasgos de carácter moralmente neutros o incluso viciosos sean virtudes en el campo profesional. Por ejemplo, la capacidad para el engaño o la manipulación puede ser una virtud en un abogado y a falta de empatía o la rudeza podrían ser virtudes para un empresario. Según esta posición, hay una discontinuidad básica entre las virtudes morales generales y las virtudes de los profesionales, como dos conjuntos de virtudes independientes e incluso opuestas. En caso de conflicto, los profesionales deben comportarse de acuerdo con los requisitos de su rol, aunque esto suponga actuar en contra de los mandatos de la moral.[97]

[94] Véase Oakley, Justin y Cocking, Dean, *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, para una aplicación de la ética de la virtud a la ética profesional. Acerca de la ética de la virtud y la ética aplicada, véase Walter, Rebecca e Ivanhoe, Philip, *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems.op. cit.*, nota 21.

[95] La descripción de estas posiciones usa material publicado en Amaya, Amalia, *Virtudes judiciales y argumentación*, *op. cit.*, nota 93.

[96] Esta es la posición defendida por Oakley, Justin y Cocking, Dean, *Virtue Ethics and Professional Roles, op. cit.*, nota 93.

[97] Oakely y Cocking conceden, sin embargo, que hay ocasiones en las que los mandatos de la moralidad general deben ser respetados, aunque esto suponga actuar en contra de la moralidad de rol. Estos casos son aquéllos en los que seguir los mandatos de la moralidad de rol conlleva lesionar el valor fundamental de la profesión, por ejemplo, la justicia, en el caso de la abogacía.

Frente a esta tesis "divisionista", se encuentra la posición según la cual los profesionales para llevar a cabo su función necesitan no sólo las virtudes morales tradicionales sino, además, un conjunto de virtudes específicas de la profesión. En esta versión débil, las virtudes profesionales imponen exigencias que se suman a las exigencias impuestas por la moral general. Rasgos que son neutrales fuera del contexto del rol pueden ser virtudes en el ámbito profesional –pero no es posible que rasgos que son generalmente considerados como vicios, sean virtudes en el contexto de un rol–. El valor de estas virtudes distintivas del rol radica en que son medios para la realización de los fines específicos de la profesión, por ejemplo, la justicia, en el caso de la abogacía, o la salud, en el caso de la medicina. En esta visión "aditiva" de la moralidad de rol, no hay conflicto entre ser un "buen profesional" y ser una "buena persona".[98] En este punto se diferencia de manera importante de la concepción fuerte de la moralidad de rol. Sin embargo, ambas posturas sostienen que existen una serie de virtudes, distintas de las virtudes morales generales, que son específicas de los distintos roles profesionales.

A diferencia de las tesis anteriores, otros autores niegan que la moralidad esté "fragmentada", es decir, rechazan la concepción según la cual el catálogo de virtudes morales varía según el rol profesional que uno ocupe. Por el contrario, estos autores sostienen que existe una "continuidad" fundamental entre la moralidad general y la moralidad de rol. Según esta postura, existe una relación de especificación entre las virtudes morales generales y las virtudes profesionales, es decir, las virtudes profesionales "especifican" qué significa 'ser bueno" (*i.e.*, virtuoso) en un determinado contexto profesional, sin esta especificación, las virtudes morales son demasiado generales para poder guiar la acción. Christine Swanton diferencia entre "virtudes prototípicas" y "virtudes profesionales".[99] Las primeras son virtudes que tienen un alto grado de generalidad y que deben, por ello, ser especificadas con relación al contexto, entre otros aspectos, al contexto profesional. Esta especificación tiene como resultado una serie de virtudes profesionales que explicitan, de manera más detallada, qué es lo que requiere la moralidad general en el contexto de un rol. La determinación de las virtudes profesionales está, sin embargo, constreñida por las virtudes

[98] Ésta es, por ejemplo, la postura defendida por Radden, Jennifer, "Virtue Ethics as Professional Ethics: Psychiatry", en Walker, Rebecca, e Ivanhoe, Philip (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems*, *op. cit.*, nota 21.

[99] Véase Swanton, Christine, "Virtue Ethics, Role Ethics, and Business Ethics" en Walker, Rebecca L. e Ivanhoe, Philip J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems*, *op. cit.*, nota 21.

prototípicas, es decir, las virtudes prototípicas ponen límites a la persecución de los objetivos profesionales. En esta concepción, no existe conflicto entre las demandas de la moralidad de rol y las demandas de la moralidad general, ya que las virtudes profesionales y las virtudes morales generales (*i.e.* las virtudes prototípicas) están integradas.

Esta última postura nos lleva a una visión integrada de la ética, según la cual "la ética es única y es última",[100] pero, al mismo tiempo, reconoce las peculiares demandas morales que son características de los roles profesionales. Esta concepción de la moralidad de rol puede ser, me parece, muy útil para diseñar una ética de las virtudes apropiada para los profesionales del derecho, tanto abogados como procuradores o jueces. En lo que sigue, me ocuparé de la figura del juez, con el objetivo de ilustrar cómo la ética jurídica podría entenderse con base en una ética de las virtudes.[101]

3. *Virtudes judiciales*

¿Cuáles son los rasgos de carácter que debe poseer un buen juez? ¿Cuáles son las virtudes que necesita un buen juez para desempeñar su trabajo de un modo excelente? Según la propuesta "especificacionista" defendida anteriormente, las virtudes judiciales no son un catálogo distinto de las virtudes morales generales, sino que son un conjunto de rasgos de carácter orientados a la mejor realización de los objetivos de la profesión que guarda una relación de "especificación" con respecto a las virtudes morales generales.

Las virtudes judiciales especifican los estándares de conducta moral en el contexto del rol de un juez. ¿Cuáles son estas virtudes? Si las virtudes profesionales son aquellos rasgos de carácter que ayudan a realizar los fines de la profesión, qué rasgos de carácter se consideren virtudes judiciales dependerá de la concepción que se tenga de la función judicial. Aquéllos que defiendan una concepción formalista de la función judicial le darán gran importancia a los rasgos de carácter que facilitan la aplicación impersonal del derecho. Por el contrario, para los que defienden una concepción más activa de la función judicial, el juez debe tener aquellas virtudes que son necesarias para lograr, a través del derecho, la realización de ciertos objetivos sociales. A pesar de las diferencias, creo que es posible proporcio-

[100] Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, p. 152.

[101] Para la aplicación de la ética de la virtud a la ética de los abogados y procuradores, véase las referencias en las notas 42 y 48.

nar un catálogo de virtudes judiciales que dé cuenta de los rasgos de carácter deseables en un juez, en el entendido de que distintas concepciones de la función judicial darán más importancia a algunas de estas virtudes que a otras.[102]

No ofreceré aquí una "lista" de virtudes judiciales, pero sí que quisiera señalar algunos de los aspectos centrales que deben incluirse, me parece, en una teoría de la virtud judicial.[103] En primer lugar, el buen juez debe poseer una serie de virtudes morales. Entre otras, el buen debe poseer rasgos de carácter tales como la honestidad, la imparcialidad, la valentía, la templanza o la magnanimidad.

Además, el juez virtuoso debe poseer también una serie de virtudes epistémicas o intelectuales, tales como la apertura de mente, la humildad intelectual, la autonomía intelectual o la perseverancia.[104] Una virtud epistémica es singularmente importante para el buen desarrollo de la función judicial, a saber, la *phronesis* o sabiduría práctica. Esta virtud es, según Aristóteles, una virtud intelectual, pero que está íntimamente conectada con las virtudes morales. Nadie puede tener, dice Aristóteles, las virtudes morales sin tener sabiduría práctica y aquél que posee sabiduría práctica tiene necesariamente las virtudes morales. Esta virtud es necesaria para mediar entre las demandas impuestas por las distintas virtudes, en los casos en los que las mismas se solapan o entran en conflicto, para determinar el justo medio en que consiste la virtud así como para especificar qué es lo que la virtud requiere en el caso concreto.[105]

En tercer lugar, el buen juez debe, sin duda, poseer la virtud de la justicia. Ninguna virtud resulta tan difícil de conceptualizar como la virtud de la justicia. Para empezar, a diferencia de otras virtudes, la justicia no se

[102] Acerca de la posibilidad de identificar una serie de rasgos de carácter deseables en los jueces a pesar de que existan diferentes modelos de juez, véase Atienza, *Cuestiones judiciales*, *op. cit.*, nota 100, capítulo 6.

[103] Para una discusión de algunas de las virtudes judiciales, véase Saldaña, Javier, *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, *op. cit.*, nota 92; Chapman, John W. y Galston, William A. (eds.), *Virtue*, *op. cit.*, nota 25; y Aguiló, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces", *Isonomía*, núm. 6, 1997.

[104] Hay diversas concepciones acerca de cuáles son las virtudes intelectuales fundamentales. Véase Cooper, Neil, "The Intellectual Virtues", *Philosophy*, vol. 69, 1994.; Roberts, Robert y Wood, Jay, *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, *op. cit.*, nota 14; Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge, op. cit.*, nota 9; y Montmarquet, James, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility, op. cit.*, nota 9.

[105] Para una discusión de las funciones principales de la virtud de la sabiduría práctica, véase Zagbezski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge, op. cit.*, nota 9, pp. 211-231.

puede explicar como el medio entre dos vicios, ya que a la justicia se opone solamente el vicio de la injusticia. Además, como señala Williams, mientras que las virtudes y los vicios están asociados, según Aristóteles, con motivaciones características (por ejemplo, la virtud de la benevolencia involucra una disposición a tener motivos benevolentes), no hay un único motivo característico de la persona injusta, sino que la injusticia es una disposición a actuar por motivos por los que una persona justa no actuaría (por ejemplo, celos, deseo de venganza, miedo, etcétera.).[106] A pesar de estas complicaciones, en ningún elenco de virtudes judiciales puede faltar la virtud de la justicia. Esta virtud es, como ya señaló Hart, la justicia es la más "jurídica" de las virtudes y una virtud especialmente apropiada para el derecho.[107]

En cuarto lugar, los jueces deben poseer lo que podríamos llamar la virtud de la integridad judicial o de la fidelidad al derecho. El buen juez es aquél que lleva a cabo los procesos de deliberación y decisión propios de su cargo desde un punto de vista interno, es decir, desde el punto de vista de alguien que acepta las normas que estructuran y constriñen tales procesos y que está dispuesto a guiar su conducta conforme a las mismas.

Por último, el buen juez debe tener un conjunto de virtudes institucionales, es decir, de aquellos rasgos de carácter que promueven el buen funcionamiento de los órganos colectivos, tales como la capacidad de generar consenso o las virtudes propias del buen comunicador.

Los jueces que tienen todas –o algunas– de estas virtudes están bien equipados para cumplir la función que les ha sido institucionalmente asignada y, especialmente, para llevar a cabo las tareas argumentativas necesarias para solucionar los casos difíciles así como para enfrentar los casos, extremos, que involucran dilemas morales.[108] La solución de casos difíciles requiere virtud por parte de los decisores judiciales: requiere la sensibilidad necesaria para detectar las razones relevantes en el caso concreto que favorecen una determinada interpretación de los hechos y del Derecho. Es más, la virtud es necesaria también para discriminar entre casos fáciles y casos difíciles, es decir, para percibir que un caso es, en realidad, un caso difícil, ya que, aunque a primera vista pueda parecer que cae dentro del ámbito de aplicación de una determinada norma jurídica, tal aplicación es, sin

[106] Williams, Bernard, *The Sense of the Past: Essays in the History of Philosophy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 206-217.

[107] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 7.

[108] Acerca de la necesidad de la virtud judicial para llevar a cabo las tareas argumentativas necesarias para resolver los casos difíciles así como los casos que involucran dilemas morales, véase Amaya, Amalia, *Virtudes judiciales y argumentación*, *op. cit.*, nota 93.

embargo, problemática. La sensibilidad del juez virtuoso es necesaria en estos casos para apercibirse de la dificultad de aplicar lisa y llanamente el Derecho así como para buscar soluciones alternativas y novedosas al caso conforme al Derecho que no tenga consecuencias indeseables. La necesidad de virtud judicial es más acuciante en los casos que involucran dilemas morales. En estos casos, los jueces necesitan tener un carácter virtuoso para poder dirimir de la mejor manera posible los conflictos de valores para los cuales no existe un criterio claro de resolución y en los que se tome la decisión que se tome se sacrifica algún valor importante.[109]

La complejidad de la tarea argumentativa necesaria para justificar las decisiones en estos casos –difíciles e incluso trágicos– requiere virtud judicial. Ahora bien, que las decisiones jurídicas estén bien fundadas es un requisito indispensable para el funcionamiento efectivo del Estado de Derecho.[110] Si esto es así, entonces, parece que las virtudes judiciales no son meramente un conjunto de hábitos que es deseable que posean los jueces, sino que es fundamental para el Estado de Derecho que el poder judicial esté compuesto de jueces virtuosos. ¿Cómo alcanzar el objetivo, esencial para la realización de los ideales del Estado de Derecho, de tener una judicatura virtuosa?

4. *La educación en virtudes*

Son dos, dice Aristóteles, los modos fundamentales mediante los cuales se adquiere la virtud, a saber, la imitación y el hábito. Me ocuparé brevemente de la primera vía, la cual es, según el confucianismo, el modo más eficaz de inculcar las virtudes.[111] La imitación requiere, de manera central, contar con buenos modelos que sean dignos de ser imitados, es decir, con jueces ejemplares. Los jueces ejemplares ilustran de manera sobresaliente las virtudes judiciales y permiten, de esta manera, que los jueces en formación alcancen una mejor comprensión de en qué consisten las virtudes judiciales

[109] Acerca de cómo los jueces virtuosos deciden los casos que presentan dilemas morales, véase Lariguet, Guillermo, *Virtudes, ética profesional y derecho*, BdeF, Montevideo, 2012. Para un análisis del proceso mediante el cual un agente virtuoso enfrenta un dilema moral en el contexto de la ética profesional de los abogados, véase Hursthouse, Rosalind, "Two Ways of Doing the Right Thing", *op. cit.*, nota 27.

[110] Para un análisis de las relaciones entre estado de Derecho y argumentación, véase Atienza, Manuel, "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997.

[111] Amy Olberding, *Moral Exemplars in the Analects: The Good Person is That*, New York, Routledge, 2012, p. 10.

y de cómo aplicarlas en el caso concreto.[112] Por lo tanto, un programa de formación de jueces debe, entre otros objetivos, desde luego, familiarizar a los jueces con las formas de ser y proceder de los jueces ejemplares.

Los jueces ejemplares no sólo ayudan a inculcar las virtudes en los jueces al proporcionar modelos que pueden ser imitados, sino que también contribuyen de manera importante a desarrollar una buena teoría de la virtud judicial.[113] En primer lugar, los jueces ejemplares nos ayudan a refinar y revisar nuestras teorías acerca de la virtud judicial. Es posible, a la luz de lo que uno aprende acerca de los jueces ejemplares, revisar nuestra concepción de qué es lo que constituye una práctica judicial excelente. Además, el análisis de la práctica judicial de los jueces ejemplares enriquece de manera significativa una teoría de las virtudes judiciales. Las virtudes judiciales generalmente se ejemplifican mediante un conjunto limitado de ejemplares tradicionales y esto resulta en una visión más pobre y menos sofisticada de las mismas. Por ejemplo, la virtud de la sabiduría práctica es generalmente asociada con el juez Salomón y como consecuencia de ello se concibe como una virtud que confiere a aquél que la posee la imaginación y la resolución necesarias para resolver casos difíciles característica de los buenos jueces, pero también como ligada a una concepción de la toma de decisiones judiciales que es a todas luces inadecuada en un estado de Derecho. El análisis de un canon extendido de modelos relevantes nos permite, por lo tanto, construir versiones más refinadas y complejas de las virtudes judiciales.

Es importante señalar que el conjunto de jueces ejemplares incluye no solamente a las grandes figuras de la historia de la judicatura sino también a los jueces que desempeñaron sus funciones de manera excelente, pero sólo en la ficción. La literatura y el cine nos permiten ampliar el repertorio de modelos a admirar e imitar y contribuyen, de esta manera, al desarrollo profesional de los jueces. La literatura coadyuva de manera importante al desarrollo de las virtudes morales e intelectuales y una de las vías mediante las cuales se logra inculcar tales rasgos de carácter es mediante la descrip-

[112] Véase Statman, Daniel (ed.) *Virtue Ethics: A Critical Reader*, *op. cit.*, nota 2, p. 10.

[113] Para un análisis detallado de la función que cumplen los jueces ejemplares en el desarrollo profesional de los jueces y en el desarrollo de una teoría de la virtud judicial, veáse Amaya, Amalia, "Exemplarism and Judicial Virtue", *Law and Literature*, número monográfico sobre "*Exemplary Narratives in Law and Legal Reasoning*", editado por Maks del Mar y Randy Gordon, en prensa.

ción de caracteres que son dignos de ser admirados.[114] Además, la literatura y el cine juegan también un papel importante en el desarrollo de una teoría de la virtud judicial, en cuanto que las descripciones literarias de jueces ejemplares nos ayuda a refinar nuestras concepciones de virtud judicial y enriquecen las concepciones de los rasgos de carácter que asociamos típicamente con el buen juez. La reflexión acerca del papel de los ejemplares en el desarrollo profesional de los jueces y en el desarrollo de una teoría de la virtud judicial nos da una razón adicional –a las que ya se han señalado repetidamente por el movimiento de Derecho y literatura- para otorgar a la educación literaria un lugar importante en la formación jurídica y, en concreto, en la formación de jueces.

V. Los retos de la "jurisprudencia de la virtud"

El giro aretaico, es decir, la adopción de la virtud en lugar de las consecuencias y las normas como la base primordial de la normatividad, puede tener y, de hecho, ha tenido un impacto notable en el Derecho y, de manera específica, en filosofía del derecho. Las aplicaciones de la teoría de la virtud a la teoría de la argumentación jurídica y a la ética judicial no son sino una ilustración de las potenciales contribuciones de esta teoría al análisis iusfilosófico. Sin embargo, la aplicación de la teoría de la virtud al contexto jurídico enfrenta también una serie de problemas. Algunos de estos problemas no son sino aplicaciones particulares al Derecho de objeciones generales que se han dirigido en contra de las teorías de la virtud en ética y en epistemología. Además de estos problemas, la aplicación de la teoría de la virtud al Derecho suscita también un conjunto de objeciones específicas. Las siguientes son algunas de las objeciones principales que enfrenta una aproximación aretaica al Derecho:

1. Una teoría normativa basada en la idea de virtud, a diferencia del deontologismo y del utilitarismo, no parece tener la capacidad de guiar de manera adecuada la acción. Según esta teoría, una acción es correcta si es una acción que un agente virtuoso podría haber llevado a cabo en circuns-

[114] Véase Nussbaum, Martha *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1995; Nussbaum, Martha, *Love's Knowledge*, *op. cit.*, nota 13; DePaul, Michael, *Balance and Refinement*, New York, Routledge, 1993; DePaul, Michael, "Argument and Perception: The Role of Literature in Moral Inquiry", *Journal of Philosophy*, vol. 85, 1988; Goldman, Alan H., *Practical Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Zagzebski, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge, op. cit.*, nota 9, p. 22.

tancias similares. Esto, sin embargo, no parece ser una buena guía para solucionar un problema práctico, ya que la teoría no nos ofrece ningún principio que nos permita definir el significado exacto de las virtudes o que nos ayude a aplicarlas a un caso concreto.[115]

2. También se ha criticado a las teorías de la virtud sobre la base de que las mismas tienen implicaciones paternalistas que son problemáticas en un estado liberal.[116]

3. La compatibilidad entre el marco de las virtudes y el liberalismo ha sido también cuestionado en cuanto que, según algunos autores, la teoría de la virtud es excesivamente intrusiva, invadiendo el ámbito de lo privado de un modo que no es compatible con las tesis básicas del liberalismo político.[117]

4. Una aproximación aretaica al derecho es incompatible con el estado de derecho. Desde una perspectiva basada en virtudes, la justificación de una decisión jurídica depende de que la misma sea una decisión que un juez virtuoso podría haber tomado en circunstancias similares. Sin embargo, esta decisión puede, sin duda, ser distinta, de la que dicta el derecho. La teoría de la virtud no reconoce el papel fundamental que juegan las razones de autoridad en el Derecho y supone, en alguna medida, el regreso a un Derecho pre-moderno, substituyendo el gobierno de las leyes por el gobierno de los hombres.[118]

5. Un requisito básico en cualquier sociedad democrática es que las decisiones jurídicas deben estar respaldadas por razones. Sin embargo, una aproximación aretaica a la toma de decisiones judiciales entra en conflicto con este requisito en cuanto que parece permitir que los jueces justifiquen sus decisiones apelando meramente a su virtud. Si la virtud se entiende como una capacidad de percibir lo que es correcto, sin que esta decisión tenga que ser justificada discursivamente, entonces una aproximación are-

[115] Véase Statman, Daniel (ed.) *Virtue Ethics: A Critical Reader*, *op. cit.*, nota 2, pp. 20-21. Cf., en el contexto del derecho de daños, Feldman, Heidi Li, "Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law", *op. cit.*, nota 38, pp. 1449-1500.

[116] Véase Berges, Sandrine "Education and Paternalism: Plato on Virtue and the Law", en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1.

[117] Por ejemplo, Duff, R. Anthony, "The Limits of Virtue Jurisprudence", *op. cit.*, nota 31; y Duff, R. Anthony, "Virtue, Vice and the Criminal Law – A Response to Huigens and Yankah" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai Law, Virtue and Justice, *op. cit.* nota 26. *Vid.*, también Yankah, Ekow N., "Virtue's Domain" *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 4, 2009.

[118] Véase Amaya, Amalia, "The Role of Virtue in Legal Justification" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice, op. cit.*, nota 1.

taica a la adjudicación es inviable, ya que los jueces están obligados a justificar sus decisiones.[119]

6. Una concepción aretaica de la justificación no es un buen modelo normativo en las condiciones de desacuerdo que caracterizan a las sociedades modernas. Una concepción aretaica de la normatividad puede ser plausible en sociedades altamente homogéneas, como fue el caso de la Grecia antigua. Pero en sociedades, como las nuestras, en las que hay una pluralidad de concepciones políticas, religiosas y morales, la teoría de la virtud no puede proporcionar una guía adecuada. En el caso del Derecho, dado que el mismo refleja distintas concepciones de la moralidad política, una aproximación aretaica a la toma de decisiones jurídicas no permite determinar qué decisión se debe tomar en el caso concreto, ya que no hay un ideal compartido de virtud que permita fundamentar tal decisión.[120]

7. En algunas versiones, como la defendida por Michael Slote, la teoría de la virtud define la justicia jurídica y social en base a la idea de empatía. Esta concepción de la justicia, según algunos autores, compromete seriamente los ideales de imparcialidad que son básicos en el ámbito del derecho y la moral.[121]

8. Un modelo perceptual de virtud, como el que se asume por muchas teorías de la virtud, parece implicar que la persona virtuosa tiene la capacidad de tomar decisiones sin tener que llevar a cabo ninguna deliberación. Esto, sin embargo, no encaja bien con la fenomenología de la toma de decisiones ni, en concreto, con la fenomenología de la toma de decisiones judiciales, que requiere, particularmente en los casos difíciles, un esfuerzo considerable por parte del juez.[122]

9. Una aproximación aretaica a la normatividad parece situar la acción, la creencia o la decisión correcta al alcance exclusivamente de aquéllos pocos que son ya parte de la sub-comunidad de virtuosos, ya que un agente que no es miembro de esta comunidad carece de las cualidades necesarias

[119] Duff, R. Anthony, "The Limits of Virtue Jurisprudence", *op. cit.*, nota 31, p. 207; y Amaya, Amalia "The Role of Virtue in Legal Justification" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1.

[120] Véase Wallace, *Normativity and the Will*, *op. cit.*, nota 72. Para una discusión de esta objeción en el contexto del derecho, véase Amaya, "The Role of Virtue in Legal Justification" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1.

[121] Véase Slote, Michael, "Empathy, Law and Justice" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, *op. cit.*, nota 1.

[122] Véase Annas, Julia, "The Phenomenology of Virtue", *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, vol. 7, 2008, pp. 21-34; e *Intelligent Virtue*, *op. cit.*, nota 2; y Amaya, Amalia, "Virtue and Reason in Law", Maksymilian del Mar (ed.), *New Waves in the Philosophy of Law*, Palgrave-MacMillan, New York, 2011, pp. 123-143.

para poder detectar y apreciar qué es lo que la virtud requiere en el caso particular. En consecuencia, una teoría de la normatividad aretaica parece renunciar a la aspiración de regular la conducta de todos los agentes. Surge, por ello, la cuestión de si esta concepción aparentemente elitista de la moral y del derecho tiene alguna relevancia práctica para aquéllos que no son ya virtuosos.

10. El concepto de virtud es relativo a las culturas: culturas diferentes asignan el estatus de virtud a distintos rasgos de carácter. Por lo tanto, la ética de la virtud es necesariamente no universalista ya que refleja, tan sólo, un conjunto local de virtudes.[123]

Los defensores de teorías del Derecho aretaicas han tratado de responder a estas críticas bien negando la pertinencia de las mismas bien señalando algunos aspectos de sus teorías que permiten, según estos autores, resolver los problemas apuntados por los críticos. Un reto que se presenta a los teóricos de la virtud es el de mostrar que una teoría del Derecho basada en la idea de virtud puede desarrollarse de un modo que permita solventar o, al menos, mitigar la fuerza de estas objeciones.

Hay, además, toda una serie de problemas que dan lugar a interesantes áreas de investigación para un futuro desarrollo de la teoría de la virtud, tales como el análisis del impacto y de las potenciales aplicaciones de la teoría de la virtud a la filosofía del derecho de las ramas particulares del derecho positivo (como la filosofía del derecho penal, la filosofía del derecho tributario, etc.), cada una de las cuales tiene su propio elenco de problemas, el análisis pormenorizado de las virtudes judiciales individuales, el desarrollo de una buena teoría de la virtud judicial que dé cuenta de cómo las distintas virtudes se relacionan entre sí, el análisis de las implicaciones políticas de una jurisprudencia de virtudes, el estudio de cuestiones relativas a epistemología social, como el problema de si las instituciones –por ejemplo, el jurado o los tribunales colegiados– pueden ser sujetos de virtud o el análisis de las implicaciones de la teoría de la virtud para la educación jurídica y, de manera específica, para la formación de jueces y otros servidores públicos. El análisis de estos problemas, entre otros, permitirá tener una visión más clara acerca del potencial y de las limitaciones de la jurisprudencia de la virtud.

[123] Véase MacIntyre, Alasdair *After Virtue*, *op. cit.*, nota 2. *cfr.* Nussbaum, Martha, "Non-Relative Virtues", *Midwest Studies in Philosphy*, vol. XIII, 1988. Véase también Statman, Daniel (ed.) *Virtue Ethics: A Critical Reader*, *op. cit.*, nota 2, p. 20.

VI. Bibliografía

AAVV, Proceedings of "Aristotle and the Philosophy of Law" IVR Special Workshop, *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, vol. 3, 2007.

AGUILÓ, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía*, núm. 6, 1997.

ALEXANDER, Gregory, "The Social-Obligation Norm in American Property Law", *Cornell Law Review,* vol. 94, núm. 4, 2009.

ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Iuris*, vol. 16, 2003.

AMAYA, Amalia, "Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding" *Episteme: Journal of Social Epistemology*, vol. 5, núm. 3, 2008.

_____, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.

_____, "Virtue and Reason in Law" en Mar, Maksymillian del (ed.), *New Waves in the Philosophy of Law,* New York, Palgrave-MacMillan, 2011.

_____, "Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial", *Diánoia*, vol. LVI, núm. 67, 2011.

_____, "The Role of Virtue in Legal Justification" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

_____, "Virtud y razón en el Derecho. Hacia una teoría neo-aristotélica de la argumentación jurídica" en González de la Vega, René y Lariguet, Guillermo, *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*, Bogotá, Temis, 2013.

_____, "Exemplarism and Judicial Virtue", *Law and Literature*, número monográfico sobre *Exemplary Narratives in Law and Legal Reasoning"*, editado por Maks del Mar y Randy Gordon (en prensa).

_____, y HO, Hock Lai (eds.), *Law, Virtue and Justice,* Oxford, Hart Publishing, 2012.

ANNAS, Julia, "Virtue Ethics" en Copp, David (ed.) *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, New York, Oxford University Press, 2006.

_____, "The Phenomenology of Virtue", *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, vol. 7, 2008.

_____, *Intelligent Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

ANÓNIMO, "Uncommon Goods: On Environmental Virtues and Voluntary Carbon Offsets" *Harvard Law Review*, vol. 123, núm. 8, 2010.

ANSCOMBE, Elizabeth, "Modern Moral Philosophy", *Philosophy*, vol. 33, núm. 124, 1958.

ARPALY, Nomy, *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency*, New York, Oxford University Press, 2003.

ATIENZA, Manuel, "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997.

_____, *Cuestiones Judiciales,* México, Fontamara, 2001.

AXTELL, Guy, "Recent Work on Virtue Epistemology", *American Philosophical Quarterly*, Chicago, vol. 34, núm. 1, 1997.

_____(ed.), *Knowledge, Belief, and Character*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000.

BAEHR, Jason, "Four Varieties of Character-Based Virtue Epistemology", *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 46, núm. 4, 2008.

_____, "Epistemic Malevolence", *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 1-2, 2010.

_____, *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, New York, Oxford University Press, 2011.

BARON, Marcia, "Virtue Ethics in Relation to Kantian Ethics: An Opinionated Overview and Commentary" en Jost, Lawrence y Wuerth, Julian (eds.), *Perfecting Virtue: New Essays on Kantian Ethics and Virtue Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

BARZUN, Charles L., "Jerome Frank and the Modern Mind", *Buffalo Law Review,* vol. 58, núm. 5, 2010.

BATTALY, Heather, "Virtue Epistemology", *Philosophy Compass*, vol. 3, núm. 4, 2008.

_____, "Epistemic Self-Indulgence" *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 1-2, 2010.

_____, (ed.), *Virtue and Vice: Moral and Epistemic*, Wiley-Blackwell, 2010.

BERGES, Sandrine, *Plato on Virtue and the Law,* London, Continuum, 2009.

_____, "Education and Paternalism: Plato on Virtue and the Law", en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

BLASI, Vincent, "The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v California", *William and Mary Law Review*, vol. 29, núm. 4, 1988.

BRADY, Michael, "Virtue, Emotion, and Attention", *Metaphilosophy,* vol. 41, núm. 2, 2010.

_____, y PRITCHARD, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003.

BREWER, Talbot, *The Retrieval of Ethics*, New York, Oxford University Press, 2009.

BREYER, Stephen, *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution,* Vintage: New York, 2005.

BROOKS, Richard D. y MURPHY James B. (eds.), *Aristotle and Modern Law,* Aldershot, Ashgate, 2003.

BRUN, Georg *et al.*, *Epistemology and Emotions,* Aldershot, Ashgate, 2008.

CAMPS, V., *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1996.

CARR, David y STEUTEL, Jan (eds.), *Virtue Ethics and Moral Education,* London and New York, Routledge, 1999.

CASSIDY, R. Michael, "Character and Context: What Virtue Theory can Teach us about a Prosecutor's Ethical Duty to 'seek Justice'", *Notre Dame Law Review*, vol. 82, núm. 2, 2006.

CHAPMAN, John W. and GALSTON, William A. (eds.), *Virtue*, NOMOS XXXIV, New York, New York University Press, 1992.

CHAPPELL, Timothy (ed.), *Values and Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 2006.

CIMINO, Chapin F., "Virtue and Contract Law", *Oregon Law Review*, vol. 88, núm. 3, 2009.

CLAEYS, Eric R., "Virtue and Rights in American Property Law", *Cornell Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2009.

CLARK, Sherman J., "The Courage of Our Convictions", *Michigan Law Review*, vol. 97, núm. 8, 1999.

_____, "The Character of Direct Democracy", *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 13, núm. 2, 2004.

_____, "Law as Communitarian Virtue Ethics", *Buffalo Law Review,* vol. 53, núm. 3, 2005.

_____, "'Who do you Think you Are?' The Criminal Trial and Community Character" en Duff, Anthony *et al.* (eds.), *The Trial on Trial volume 2: Judgment and Calling to Account* , Oxford, Hart Publishing, 2006.

_____, "Neo-classical Public Virtues: Towards an Aretaic Theory of Law-Making (and Law Teaching)" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice* , Oxford, Hart Publishing, 2012.

CODE, Lorraine, *Epistemic Responsability*, Hanover y Londres, University Press of New England, 1987.

COLOMBO, Ronald J., "Towards a Nexus of Virtue", *Washington and Lee Law Review,* vol. 69, núm. 1, 2012.

COOPER, Neil**,** "The Intellectual Virtues", *Philosophy*, vol. 69, 1994.

CORDELL, Sean, "Virtuous Persons and Social Roles", *Journal of Social Philosophy*, vol. 42, núm. 3, 2011.

CRISP, Roger (ed.), *How Should One Live?*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

CRISP, Roger y SLOTE, Michael (eds.), *Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

DAGGER, Richard, *Civic Virtues,* New York, Oxford University Press, 1997.

DARE, Tim, "Virtue Ethics, Legal Ethics and Harper Lee's To Kill a Mockingbird" en Dare, Tim *The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role,* Farnham, Surrey, Ashgate, 2009.

DARWALL, Stephen (ed.), *Virtue Ethics*, Malden y Carlton, Blackwell, 2002.

DEPAUL, Michael, "Argument and Perception: The Role of Literature in Moral Inquiry", *Journal of Philosophy*, vol. 85, 1988

_____, *Balance and Refinement*, New York, Routledge, 1993

DEPAUL, Michael, y ZAGZEBSKI, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology,* Oxford, Clarendon Press, 2003.

DORIS, John, *Lack of Character: Personality and Moral Behavior,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

DRIVER, Julia, *Uneasy Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

DUFF, R. Anthony, "The Limits of Virtue Jurisprudence" en Brady, Michael y Pritchard, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003.

_____, "The Virtues and Vices of Virtue Jurisprudence" en Chappell, Timothy (ed.), *Values and Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 2006.

_____, "Virtue, Vice, and Criminal Liability" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008.

_____, "Virtue, Vice and the Criminal Law – A Response to Huigens and Yankah" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

EDMUNDSON, William A., "The Virtue of Law-Abidance" *Philosophers" Imprint*, vol. 6, núm. 4, 2006. (Disponible en *www.quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-idx?c=phimp;idno=352 1354.0006.004*).

ELGIN, Catherine, "Emotion and Understanding" en Brun, Georg *et al.* (eds.), *Epistemology and Emotions* Ashgate, Aldershot, 2008.

ENGSTROM, Stephen y Whiting, Jennifer (eds.) *Aristotle, Kant, and the Stoics: Rethinking Happiness and Duty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

FAILINGER, Marie A., "Virtuous Judges and Electoral Politics" *Albany Law Review,* vol. 67, núm. 3, 2004.

_____, "Can a Good Judge Be a Good Politician? Judicial Elections from a Virtue Ethics Approach", *Missouri Law Review,* vol. 70, núm. 2, 2005.

FAIRWEATHER, Abrol y ZAGZEBSKI, Linda (eds.), *Virtue Epistemology: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2001.

FARRELL, Martín, "La ética de la función judicial", en Malem, Jorge *et al.* (eds.), *La función judicial,* Barcelona, Gedisa, 2003.

FARRELLY, Colin, "Civic Liberalism and the "Dialogical Model" of Judicial Review" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008.

FARRELLY, Colin, y SOLUM, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008.

FELDMAN, Heidi Li, "Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law", *Chicago-Kent Law Review,* vol. 74, núm. 4, 2000.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel y VALDÉS, Margarita (eds.), *Normas, virtudes y valores epistémicos*, IIF-UNAM, México, 2011

FOOT, Philippa, *Virtues and Vices and Other Essay in Moral Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1978. (Traducción al español: *Las virtudes y los vicios: y otros ensayos de filosofía moral,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1994).

_____, *Natural Goodness*, Oxford, Clarendon Press, 2001. (Traducción al español: *Bondad natural: una visión naturalista de la ética*, Barcelona, Gedisa, 2002).

FRENCH, Peter *et. al.* (eds.) *Ethical Theory: Character and Virtue*, Notre Dame, Univesity of Notre Dame Press, 1988, serie Midwest Studies in Philosophy, vol. XIII.

FRICKER, Miranda, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, New York, Oxford University Press, 2007.

_____, "Can There Be Institutional Virtues?" en Gendler, Tamar Szabó y Hawthorne, John (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2010.

GAEBLER, Ralph F., "On the Incompatibility of Political Virtue and Judicial Review: A Neo-Aristotelian Perspective", *Hamline Law Review,* vol. 34, núm. 3, 2011.

GALSTON, William A., *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State,* New York, Oxford University Press, 1991.

GARDINER, Stephen (ed.), *Virtue Ethics, Old and New*, Ithaca, Cornell University Press, 2005.

GASKARTH, Jamie, "The Virtues in International Society" *European Journal of International Relations*, vol. 18, núm. 3, 2012.

GELFAND, Scott D. "The Ethics of Care and (Capital?) Punishment", *Law and Philosophy,* vol. 23, núm. 6, 2004.

GEORGE, Robert P. "The Central Tradition: Its Value and Limits" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008.

GILL, Christopher (ed.), *Virtue, Norms, and Objectivity: Issues in Ancient and Modern ethics,* Oxford, Clarendon Press, 2005.

GOLDMAN, Alan H., *Practical Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

GRAHAM, Lorie M., "Aristotle's Ethics and the Virtuous Lawyer: Part One of a Study on Legal Ethics and Clinical Legal Education", *Journal of the Legal Profession*, vol. 20, 1995-1996.

GRECO, John, *Putting Skeptics in their Place*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

_____, "Virtues in Epistemology", en Moser, Paul, *The Oxford Handbook of Episteology*, New York, Oxford University Press, 2002.

_____, *Achieving Knowledge: A Virtue-theoretical Account of Epistemic Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

GRECO, John, y TURRI, John, "Virtue Epistemology", en Zalta, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011. (Disponible en *http://plato.stanford.edu/archives/ spr2011/ entries/epistemology-virtue/*).

HADDOCK, Adrian *et al.* (eds.), *Epistemic Value,* New York, Oxford University Press, 2009.

_____, *The Nature and Value of Knowledge,* New York, Oxford University Press, 2010.

HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997 [1963].

HERMAN, Barbara, *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge, Havard University Press, 1993.

HO, Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth,* Oxford, Oxford University Press, 2008.

HOOKWAY, Christopher, "Cognitive Virtues and Epistemic Evaluations", *International Journal of Philosophical Studies*, vol. 2, núm. 2, 1994.

_____, "How to be a Virtue Epistemologist", en DePaul, Michael y Zagzebski, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology,* Oxford, Clarendon Press, 2003.

HORWITZ, Paul, "Judicial Character (and does it Matter)", *Constitutional Commentary*, vol. 26, núm. 1, 2009.

HUIGENS, Kyron, "Virtue and Inculpation", *Harvard Law Review,* vol. 108, núm. 7, 1995.

_____, "Virtue and Criminal Negligence", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, núm. 2, 1998.

_____, "Homicide in Aretaic Terms", *Buffalo Criminal Law Review,* vol. 6, núm. 1, 2002.

_____, "Nietzsche and Aretaic Legal Theory", *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm. 2 2003.

_____, "The Continuity of Justification Defenses", *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 3, 2009.

_____, "Motivating Intentions, Reciprocal Specification of Ends and the Assessment of Responsibility" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

HURKA, Thomas, *Virtue, Vice, and Value,* Oxford, Oxford University Press, 2003.

HURSTHOUSE, Rosalind, "After Hume's Justice", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 91, 1990-1991.

_____, *On Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

_____, "Practical Wisdom: A Mundane Account" *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 106, núm. 1, 2006.

_____, "Two Ways of Doing the Right Thing" en Farrelly, Colin y Solum, Lawrence (eds.), *Virtue Jurisprudence,* Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2008.

HUTTON, Eric, "Moral Reasoning in Aristotle and Xunzi", *Journal of Chinese Philosophy,* Malden, *vol.* 29, núm. 3, 2002.

JOST, Lawrence y WUERTH, Julian (eds.) *Perfecting Virtue: New Essays on Kantian Ethics and Virtue Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

KAPTEIN, Hendrik, "Virtues of Truthfulness in Forbearing Wrongs: Client Confidentiality Qualified by Legal Symmetry of Past and Future Harm" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publighing, 2012.

KATZ, Avery, "Virtue Ethics and Efficient Breach", *Suffolk University Law Review*, vol. 45, núm. 3, 2012.

KOLLER, Peter, "Law, Morality and Virtue" en Walker, Rebecca L. e Ivanhoe, Philip J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

KRONMAN, Anthony T., *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession,* Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1993.

KVANVIG, Jonathan, *The Intellectual Virtues and the Life of the Mind*, Savage, Rowman and Littlefield, 1992.

_____, *The Value of Knowledge and the Pursuit of Understanding*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003

_____, "Virtue Epistemology", en Pritchard, Duncan y Bernecker, Sven, *The Routledge Companion to Epistemology*, New York, Routledge, 2010.

LAHROODI, Reza, "Collective Epistemic Virtues", *Social Epistemology,* vol. 21, núm. 3, 2007.

LAMETTI, David, "The (Virtue) Ethics of Private Property: A Framework and Implications" en Hudson, Alastair (ed.), *New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution,* London, Cavendish Press, 2003.

_____, "How Virtue Ethics Might Help Erase C-32's Conceptual Incoherence" en Geist, Michael (ed.), *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda,* Toronto, Irwin Law, 2010.

_____, "The Objects of Virtue" en Alexander, Gregory y Peñalver, Eduardo (eds.), *Property and* Community, New York, Oxford University Press, 2010.

LARA, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, Porrúa, México, 2011

LARIGUET, Guillermo, *Virtudes, ética profesional y derecho*, BdeF, Montevideo, 2012

LOUDEN, Robert, "On Some Vices of Virtue Ethics", *American Philosophical Quarterly*, Chicago, vol. 21, núm. 3, 1984.

LUBAN, David, "Justice Holmes and Judicial Virtue" en Chapman John W. and Galston, William A. (eds.), *Virtue*, NOMOS XXXIV, New York, New York University Press, 1992.

LUND, Nelson, "Judicial Independence, Judicial Virtue, and the Political Economy of the Constitution", *Harvard Journal of Law and Public Policy,* vol. 35, núm. 1, 2012.

MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Clarendon Press, 2005, p. 81.

MACEDO, Stephen, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism,* New York, Oxford University Press, 1990.

MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1981. (Traducción al español: *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2008).

MACLEAN, Alasdair, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

MARKOVITS, Daniel, *A Modern Legal Ethics,* Princeton, Princeton University Press, 2008.

MCCONVILL, James, "Positive Corporate Governance and its Implications for Executive Compensation" 6 *German Law Journal*, vol. 6, núm. 12, 2005.

MCDOWELL, John, *Mind, Value, and Reality*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

MESCHER, Barbara, y HOWIESON, Bryan, "Beyond Compliance: Promoting Ethical Conduct by Directors and Corporations", *Corporate Governance Law Review,* vol. 1, núm. 1, 2005.

MICHELON, Claudio, "Practical Reason in Legal Decision-Making", en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

MILDE, Michael, "Legal Ethics: Why Aristotle Might Be Helpful", *Journal of Social Philosophy*, vol. 33, núm. 1, 2002.

MILLER, Christian, 'social Psychology, Mood and Helping: Mixed Results for Virtue Ethics", *Journal of Ethics*, vol. 13, núm. 2-3, 2009.

MILLGRAM, Elijah, *Ethics done Right: Practical Reason as a Foundation for Moral Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

MODAK-TRURAN, Mark C., "Corrective Justice and the Revival of Judicial Virtue", *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 12, 2000.

MONTMARQUET, James, *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1993.

MORESO, Jose Juán, *La Constitución: Modelo para Armar,* Marcial Pons, Barcelona, 2009.

_____, "Conflictos entre derechos constitucionales y modos de resolverlos", *Arbor*, vol. CLXXXVI, 2010.

MURDOCH, Iris, *La soberanía del bien*, Madrid, Caparrós, 2001.

NORDEN, Bryan van, *Virtue Ethics and Consquentialism in Early Chinese Philosophy,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

NUSSBAUM, Martha, "Non-Relative Virtues", *Midwest Studies in Philosphy*, vol. XIII, 1988. (Traducción al español: "Virtudes no relativas: Un enfoque aristotélico", en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya, *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996).

_____, *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature,* Oxford University Press, Oxford, 1990. (Traducción al español: *El conocimiento del amor: ensayos sobre filosofía y literatura*, Madrid, A. Machado, 2005).

_____, *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1995. (Traducción al español: *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Barcelona, Andrés Bello, 1997).

_____, "Virtue Ethics: A Misleading Category?", *The Journal of Ethics*, vol. 3, núm. 3, 1999.

_____, "Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior," en Steven Burton (ed.), *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000

_____, *Frontiers of Justice,* Cambridge, Harvard University Press, 2006. (Traducción al español: *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2006).

OLBERDING, Amy *Moral Exemplars in the Analects: The Good Person is That*, New York, Routledge, 2012.

O'NEILL, Onora, *Constructions of Reason*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

OAKLEY, Justin, "Varieties of Virtue Ethics" *Ratio*, Oxford, vol. 9, núm. 2, 1996.

_____, y COCKING, Dean, *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge, Cambridge University Press.

OPDERBECK, David W., "A Virtue-Centred Approach to the Biotechnology Commons (Or, The Virtuous Penguin), *Maine Law Review,* vol. 59, núm. 2, 2007.

PATTINSON, Shaun D., *Medical Law and Ethics,* London, Sweet and Maxwell, 2011.

PENCE, Greg, "Virtue Theory", en Singer, Peter (ed.) *Companion to Ethics*, Oxford, Blackwell, 1993. (Traducción al español: "La teoría de la virtud", en Singer, Peter (ed.) *Compendio de ética*, Madrid, Alianza, 2004).

PEÑALVER, Eduardo M., "Land Virtues", *Cornell Law Review* vol. 94, núm. 4, 2009.

RADDEN, Jennifer, "Virtue Ethics as Professional Ethics: Psychiatry", en Walker, Rebecca, e Ivanhoe, Philip (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

RICHARDSON, Henry, *Practical Reasoning about Final Ends,* Cambridge University Press, Cambridge, 1994

RIGGS, Wayne, "The Value Turn in Epistemology" en *New Waves in Epistemology,* Hendricks, Vincent y Pritchard, Duncan, 2006.

_____, "Open-Mindedness", *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 1-2, 2010.

RHODE, Deborah y LUBAN, David, *Legal Ethics*, 4a ed., New York, Foundation Press, 2004.

ROBERTS, Robert y WOOD, Jay, *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

ROOS, Stefanie y WOISCHNIK, Jan, *Códigos de Ética Judicial,* Konrad-Adenauer, 2005.

RUSSELL, Daniel, *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

SAGUIL, Paul J., "A Virtuous Profession: Re-Conceptualizing Legal Ethics from a Virtue-Based Moral Philosophy", *Windsor Review of Legal and Social Issues,* vol. 22, 2006.

SALDAÑA, Javier, *Ética judicial. Virtudes del juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

SCHAEFFER, Matthew, "Virtue Ethics and the Justification of Punishment", *International Journal of Punishment and Sentencing*, vol. 6, 2010.

SCHARFFS, Brett, "The Role of Humility in Exercising Practical Wisdom", *University of California Davis Law Review,* vol. 32, núm. 1, 1998.

SCHAUER, Frederick, *Thinking like a Lawyer*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.

_____, "Must Virtue be Particular?" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

SHERMAN, Nancy, *The Fabric of Character: Aristotle's Theory of Virtue,* Clarendon Press, Oxford, 1989.

_____, *Making a Necessity of Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

SHERRY, Suzanna, "Judges of Character", *Wake Forest Law Review,* vol. 38, 2003.

SHKLAR, Judith N., "Justice without Virtue" en Chapman, John y Galston, William A. (eds.), *Virtue*, NOMOS XXXIV, New York, New York University Press, 1992.

SIEGEL, Neil S., "The Virtue of Judicial Statesmanship", *Texas Law Review*, vol. 86, núm. 5, 2008.

SIM, May, *Remastering Morals with Aristotle and Confucius,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

_____, "Rethinking Virtue Ethics and Social Justice with Aristotle and Confucius", *Asian Philosophy*, vol. 20, núm. 2, 2011.

SLOTE, Michael, *From Morality to Virtue*, New York, Oxford University Press, 1995.

_____, *Morals from Motives*, New York, Oxford University Press, 2001.

_____, *Moral Sentimentalism,* New York, Oxford University Press, 2010.

_____, "Empathy, Law, and Justice" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

SOEHARNO, Jonathan, *The Integrity of the Judge: A Philosophical Inquiry,* Surrey and Burlington, Ashgate, 2009.

SOLOMON, David, "Virtue Ethics: Radical or Routine?" en DePaul, Michael y Zagzebski, Linda (eds.), *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology,* Oxford, Clarendon Press, 2003.

SOLUM, Lawrence B., "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", *California Law Review,* vol. 61, 1988.

_____, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging" en Brady, Michael y Pritchard, Duncan (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003.

_____, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", *Brooklyn Law Review*, vol. 70, núm. 2, 2005.

_____, A Tournament of Virtue", *Florida State University Law Review*, vol. 32, núm. 4, 2005.

_____, "Judicial Selection: Ideology versus Character", *Cardozo Law Review,* vol. 26, núm. 2, 2005.

_____, "Natural Justice", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 51, 2006.

SOSA, Ernst, "The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge", *Midwest Studies in Philosophy,* Malden, vol. 5, núm. 1, 1980.

_____, *Knowledge in Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

_____, *A Virtue Epistemology I: Apt Belief and Refelctive Knowledge*, New York, Oxford University Press, 2007.

SREENIVASAN, Gopal, *Emotion and Virtue*, Princeton, Princeton University Press (en prensa).

STANGL, Rebecca, "A Dilemma for Particularist Virtue Ethics", *Philosophical Quarterly*, vol. 58, 2008.

STARK, Susan, "Virtue and Emotion," *Noûs,* vol. 35, 2001.

STATMAN, Daniel (ed.) *Virtue Ethics: A Critical Reader*, Washington D.C., Georgetown University, 1997.

STEPIEC, Mateusz, "The Three Stages of Judges" Self-Development" en Amaya, Amalia y Ho, Hock Lai, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

STEUP, Matthias (ed.), *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility, and Virtue*, New York, Oxford University Press, 2001.

STRANG, Lee J., "Originalism and the Aristotelian Tradition: Virtue's Home in Originalism", *Fordham Law Review*, vol. 80., núm. 5, 2012.

SWANTON, Christine, *Virtue Ethics: A Pluralistic View*, New York, Oxford University Press, 2003.

_____, "Virtue Ethics, Role Ethics, and Business Ethics" en Walker, Rebecca L. e Ivanhoe, Philip J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

TAN, Sor Hoon, "Imagining Confucious: Paradigmatic Characters and Virtue Ethics" *Journal of Chinese Philosophy,* Holanda, vol. 32, núm. 3, 2005.

TESSMAN, Lisa, *Burdened Virtues: Virtue Ethics for Liberatory Struggles,* New York, Oxford University Press, 2005.

TIWALD, Justin, "Confucianism and Virtue Ethics: Still A Fledgling in Chinese and Comparative Philosophy", *Comparative Philosophy,* San José (California), vol. 1, núm. 2, 2010.

TRIANOSKY, Gregory, "What is Virtue Ethics All About?", *American Philosphical Quarterly*, Chicago, vol. 27, núm. 4, 1990.

WALKER, Rebecca L. e IVANHOE, Philip J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Ethical Problems,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

WALLACE, R. Jay, *Normativity and the Will: Selected Essays in Moral Psychology and Practical Reason,* Oxford University Press, New York, 2006.

WANG, Linghao y SOLUM, Lawrence, "Confucian Virtue Jurisprudence" en Amaya y Ho, *Law, Virtue and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

WATSON, Gary, "On the Primacy of Character" en Statman, Daniel (ed.) *Virtue Ethics: A Critical Reader*, Washington D.C., Georgetown University, 1997.

WIGGINS, David, "Deliberation and Practical Reason" en Millgram, Elijah, *Varieties of Practical Reasoning*, Cambridge, MIT Press, 2001

WILLIAMS, Bernard, *The Sense of the Past: Essays in the History of Philosophy,* Princeton, Princeton University Press, 2006 (traducción al español:

El sentido del pasado. Ensayos de historia de la filosofía, FCE, México, 2012).

WOOLLEY, Alice y WENDEL, W. Bradley, "Legal Ethics and Moral Character", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 23, 2010.

WYMAN, Katrina M., 'Should Property Scholars Embrace Virtue Ethics? A Skeptical Comment", *Cornell Law Review*, vol. 94, núm. 4, 2009.

YANKAH, Ekow N., "Virtue's Domain" *University of Illinois Law Review*, vol. 2009, núm. 4, 2009.

_____, "A Paradox of Overcriminalization", *New Criminal Law Review,* vol. 14, núm. 1, 2011.

YU, Jiyuan, *The Ethics of Confucius and Aristotle: Mirrors of Virtue,* New York and London, Routledge, 2007.

_____, "The Practicality of Ancient Virtue Ethics: Greece and China", *Dao*: *A Journal of Comparative Philosophy*, vol. 9, núm. 3, 2010.

ZAGZEBSKI, Linda, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

_____, "Recovering Understanding" en Steup, Matthias (ed.), *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility, and Virtue*, New York, Oxford University Press, 2001.

CAPÍTULO 51

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: PERSPECTIVA CONTINENTAL

Alfonso SANTIAGO*

SUMARIO. I. *Presentación: algunas aclaraciones previas*. II. *Aproximaciones a la Filosofía del Derecho Constitucional*. III. El *Neoconstitucionalismo Europeo: Algunos de sus rasgos fundamentales como realidad y teoría jurídica*. IV. *Algunos temas propios de la Filosofía del Derecho Constitucional*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*

"La ciencia del derecho debe extraerse de lo íntimo de la filosofía ("Ex intima philosophia ahurienda iuris disciplina", Cicerón, *De Legibus*, I, 5)"

I. PRESENTACIÓN: ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS

En este trabajo nos proponemos ofrecer un panorama sintético de las principales cuestiones de la Filosofía del Derecho Constitucional continental de nuestros días.

Ello requiere inicialmente la clarificación y explicitación de algunos conceptos y términos empleados en el párrafo inicial que delimitan el objeto de estudio de nuestro trabajo.

Por "Filosofía" entendemos aquel conocimiento racional que intenta descubrir los fundamentos últimos de las realidades que se analizan, sus causas primeras y sus fines últimos. Entendemos que la Filosofía del Derecho Constitucional forma parte de la Filosofía del Derecho, disciplina que pretende responder los interrogantes más definitivos y universales sobre esa

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Vicerrector Académico de la Universidad Austral.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1814-1888.

realidad humana que es el Derecho.[1] Si la CIENCIA DEL DERECHO se propone describir, sistematizar, interpretar y valorar el derecho vigente, la Filosofía del Derecho realiza estas tareas con una perspectiva más universal y profunda, indagando sobre los fundamentos últimos de las realidades jurídicas.[2]

El Derecho Constitucional es aquella parte del Derecho que se ocupa de la organización fundamental del Estado, el funcionamiento de sus instituciones de gobierno y los derechos humanos y garantías que se reconocen a sus habitantes y ciudadanos.

Con los términos "perspectiva continental" nos referimos aquí fundamentalmente a las doctrinas y autores europeos no anglosajones, ya que los que pertenecen a este último ámbito geográfico han sido objeto de tratamiento en otro de los trabajos que conforman esta obra colectiva. Por eso, en los desarrollos que se contienen en el artículo tendremos especialmente en cuenta los aportes de algunos de los principales filósofos del derecho y constitucionalistas no pertenecientes al ámbito anglosajón, sino al ámbito continental europeo y, por extensión, en algunos casos, al latinoamericano. Por ello, hemos elegido como nuestros interlocutores privilegiados para la elaboración de este trabajo a los siguientes autores: Norberto Bobbio, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy, del ámbito europeo, y a Carlos Nino, Miguel Carbonell y Rodolfo Vigo, del ámbito latinoamericano, estos dos últimos por los aportes que han realizado en el análisis y difusión en nuestro medio de las corrientes del neoconstitucionalismo.

El enfoque del trabajo no se centra principalmente en el análisis específico y detallado del pensamiento de los distintos autores, sino en el tratamiento de algunos de los que considero son los principales temas y cuestiones que hoy se le plantean a la Filosofía del Derecho Constitucional. Siendo aún más específicos y concretos, consideramos que la Filosofía del Derecho Constitucional de nuestros días, especialmente si se la considera desde una perspectiva continental, es, fundamentalmente, la que se corresponde y analiza el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y que más recientemente ha dado en llamarse "NEOCONSTITUCIONALISMO". Sintéticamente, por tanto, podemos decir, al menos para la elaboración de este artículo, que los contenidos de la Filosof-

[1] Ronald Dworkin afirma que la filosofía jurídica "es el nervio de la reflexión sobre el derecho", *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 8.

[2] *Cfr.* Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1970.

ía del Derecho Constitucional formulada desde una perspectiva continental y el neoconstitucionalismo tienden a converger e identificarse.

El trabajo estará dividido en tres partes: en la primera de ella, de carácter introductorio, se profundiza en la noción de Filosofía del Derecho Constitucional apenas esbozada en los párrafos anteriores y se enuncia su objeto de estudio. En la segunda, se describe y analiza los principales aspectos del proceso del neoconstitucionalismo europeo de nuestros días. Por último, en la tercera sección se profundizan algunas cuestiones específicas de la Filosofía del Derecho Constitucional.

Al tratarse de un trabajo que forma parte de una *Enciclopedia de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica*, obra colectiva en la que varios autores han desarrollado específicamente y con más detenimiento algunos temas que aquí se tratan sólo de modo general, puede ser muy recomendable la lectura de los distintos capítulos que integran el libro, en particular los restantes cinco trabajos que conforman el apartado sobre Derecho Constitucional de la Parte VII del Tomo III de esta Enciclopedia.

II. Aproximaciones a la Filosofía del Derecho Constitucional

En esta sección de nuestro trabajo nos proponemos reflexionar acerca de la necesidad e importancia de una consideración filosófica del Derecho constitucional y describir el objeto propio de la Filosofía del Derecho Constitucional, el fenómeno constitucional, con las transformaciones que ha experimentado desde su inicio hasta nuestros días en el ámbito continental.

1. *Necesidad y conveniencia de la perspectiva filosófica en el análisis de las realidades constitucionales*

Señala con acierto Couture:

> En la vida de todo jurista hay un momento en el cual la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales conduce a un estado de particular insatisfacción. El Derecho positivo va despojándose de sus detalles y queda reducido a una ciencia de grandes líneas. Pero, a su vez, estas grandes líneas exigen un fundamento que la misma ciencia no puede proporcionar. El jurista se siente entonces como si la tierra le faltase bajo los pies, e invoca la ayuda de la filosofía. La mayor desgracia que le puede ocurrir a un

> estudioso del derecho es la de no haber sentido jamás su disciplina en un estado de ansia filosófica.[3]

La búsqueda y formulación de los interrogantes fundamentales presentes en cada una de las ramas del Derecho, llevan de la mano a sus cultores hacia los planteos iusfilosóficos para intentar dar bases sólidas a los desarrollos teóricos de sus propias disciplinas. Por esa razón, también los constitucionalistas están llamados a tratar y abordar planteos que tienen una clara impronta iusfilosófica. Las distintas instituciones y conceptos constitucionales son implícita o explícitamente tributarias de determinadas concepciones iusfilosóficas. Por ello, el conocimiento de las distintas doctrinas iusfilosóficas permite ahondar en el estudio y comprensión más profunda de los fenómenos constitucionales.

Siguiendo las modernas teorías hermenéuticas y de análisis del discurso, puede afirmarse que debajo de toda concepción jurídica, de todo texto constitucional o legal, de todo planteo normativo, de toda decisión judicial, subyace, en forma más o menos velada, una determinada concepción filosófica[4] y esto es si cabe más claro y determinante en las instituciones y cuestiones constitucionales. Por ello es posible y muy conveniente, "descodificar" estos fenómenos que forman parte de la realidad constitucional para analizar cuál es la concepción de fondo que en ella está presente. Por otra parte, de acuerdo con la hermenéutica jurídica, podemos señalar que el derecho es siempre pensado y resuelto desde determinada posición: las concepciones previas, los "pre-juicios", condicionan y fundan en buena medida el juicio. Es más, son estas concepciones de fondo las que llevan a interpretar e integrar las normas de un modo o de otro, a resolver el caso en uno u otro sentido, particularmente en los denominados "casos difíciles". Junto a su importancia teórica, el conocimiento de las distintas doctrinas filosóficas sobre las que se asienta el derecho tiene una enorme importancia práctica. Afirma en este sentido Gustavo Zagrebelsky:

> Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sin que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, ni los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecida del "derecho positivo" con las que los

[3] Couture, Eduardo, J., en el prefacio a la obra de Goldschmidt, James, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950, p. 2.

[4] Afirma Arthur Kaufmann que "detrás de una teoría del derecho hay una idea del hombre que la explica": *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 339.

> juristas trabajan ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo no aparece expreso.[5]

Para profundizar en el conocimiento de su objeto de estudio, el constitucionalista ha de abrirse a otras saberes y perspectivas, entre ellas, la Filosofía del Derecho. Aludiendo a la importancia del diálogo interdisciplinario a la hora de analizar los temas constitucionales y relatando su experiencia personal, señala también Carlos Nino:

> Mi intervención desde la función pública… me permitió tener muy interesantes discusiones con juristas, filósofos y politólogos. En tales discusiones advertí que el tema constitucional era enfocado por ellos desde perspectivas diferentes y sin mayor comunicación entre sí, de modo que las conclusiones a las que llegan son a veces sistemáticamente diversas. Los juristas lo encaran desde lo que Hart denominada "el punto de vista interno," que parte de ciertas premisas normativas, fundadas aparentemente en el derecho positivo, para llegar a conclusiones justificatorias. Los politólogos adoptan "el punto de vista externo," que toma en cuenta la interacción causal entre el funcionamiento institucional y otros procesos sociales. Los filósofos políticos se ocupan de los valores que justifican la adopción de decisión y de sus limitaciones en función de ciertos derechos, y como tales valores se reflejan o no en las instituciones vigentes. Cada uno de estos enfoques ignora los otros, y producen así un visión parcial, y a veces distorsionada del fenómeno constitucional.[6]

Son estas, entre muchas otras, las razones que justifican la existencia y fundan la conveniencia de un análisis iusfilosófico de las realidades constitucionales. Este reconocimiento de la relevancia de la Filosofía del Derecho para el estudio de las realidades constitucionales ha crecido considerablemente desde la segunda mitad del siglo XX con la progresiva superación del paradigma del positivismo jurídico.

2. *La aparición de las constituciones modernas y su impacto en la praxis jurídica y la Filosofía del Derecho*

La Filosofía del Derecho Constitucional integra la Filosofía del Derecho y las distintas concepciones iusfilosóficas influirán en el modo de concebir y

[5] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 2009, p. 9.

[6] Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992, p. vii.

operar el derecho constitucional. A la vez cabe reconocer que la aparición de las constituciones modernas, especialmente cuando va unida a la existencia del control de constitucionalidad, ha supuesto una profunda transformación del sistema y la praxis jurídicas con claro impacto en las doctrinas iusfilosóficas que intentan describir, comprender, justificar y criticar esas realidades. Por estas razones, constitucionalismo y filosofía del derecho son esferas que se atraen y reclaman mutuamente.

Con mucha audacia, tal vez rayana en la temeridad, me animaría a afirmar que, a la luz de la realidad jurídica de nuestros días, los cuatro hitos fundamentales de la historia del Derecho de Occidente son los siguientes:

(i) *El surgimiento y desarrollo del Derecho Romano* que fraguó y consolidó en la elaboración del *Código Justiniano* a mediados del siglo VI. Allí se contienen las bases de todo nuestro Derecho, en especial del Derecho Privado.
(ii) *La sanción del Código Civil de Napoleón* aprobado por la Ley de 24 de marzo de 1804, que recogió los intentos del modelo del legalismo racionalista, pretendió monopolizar en el Estado la creación normativa y estableció las bases del derecho privado moderno que luego se difundieron por los diversos países.
(iii) *La sanción en 1787 de la Constitución norteamericana*, que puso en marcha el proceso del constitucionalismo moderno con notables transformaciones de los sistemas políticos y jurídicos durante los dos últimos siglos. Este acontecimiento fue complementado por el surgimiento del control judicial de constitucionalidad a partir de la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* de 1803, fallo que dio origen a una de las transformaciones más profundas de la función judicial desde su misma génesis histórica. Los jueces dejaron de juzgar sólo las conductas según las leyes y pasaron a ser también jueces de las propias leyes positivas. Este proceso que tuvo lugar en Estados Unidos a comienzos del siglo XIX, llegará a Europa, con características propias, a partir de la Constitución austríaca de 1920 y muy especialmente con la Constitución de los tribunales constitucionales alemán e italiano luego de la segunda guerra mundial.
(iv) *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948, que expresa la conciencia jurídica universal acerca de la igual dignidad de la persona humana como principio fundamental que rige la convivencia nacional e internacional y sienta las bases para el progresivo desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se trata de cuatro *revoluciones*, de cuatro grandes transformaciones profundas del sistema jurídico, de cuatro decisivos cambios de paradigma que

modificaron notablemente la estructura normativa, la función judicial y el modo de pensar y operar el derecho.

Quisiera ahora centrarme únicamente en algunas de las consecuencias derivadas de la aparición de las modernas Constituciones como pieza basal de todo el ordenamiento político y jurídico. La CONSTITUCIÓN significó, como luego veremos extensamente, el intento por subordinar al derecho no sólo el proceso de conformación de las autoridades públicas, sino también el ejercicio de todas sus atribuciones y funciones de gobierno. Los productos normativos de los órganos de gobierno dejaron de ser ya de "libre configuración jurídica" y pasaron ellos mismos a estar sometidos parcialmente a un derecho positivo de carácter superior y supremo (*higher law*), integrado por normas de difícil reforma.

Cabe señalar que a nivel europeo continental el proceso del constitucionalismo ha tenido tres momentos u olas diferenciadas desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días:

Un primer momento está dado por la sanción de las primeras constituciones de posguerra entre las que se destacan la Constitución italiana de 1947, la Constitución alemana o ley de Bonn de 1949 y la Constitución francesa de 1958, documentos que introducen los tribunales constitucionales en esas tres naciones.

Un segundo momento, a mediados de la década de los 70, corresponde a la entrada en vigencia de las constituciones de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978), que contienen cartas detalladas de derechos y establecen también tribunales constitucionales.

Y, por último, una tercera ola se desarrolla a partir de la caída del Muro de Berlín y de los sistemas comunistas a partir de 1989. A partir de entonces, se dictan en el ámbito europeo cerca de cuarenta nuevas constituciones, la primera la de Eslovenia en 1990 y la más reciente la de Serbia en el 2009, casi todas ellas con un catálogo extenso y detallado de los derechos fundamentales que se reconocen a los ciudadanos y habitantes de estos países.

Paralelamente al surgimiento de los textos y tribunales constitucionales, a partir de la entrada en vigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, del que hoy forman parte 47 estados europeos, y del establecimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, surgió el derecho europeo de los derechos humanos con claro impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales.

La finalidad que persigue y la posición jurídica que pasó a ocupar el texto constitucional lo convirtió en la primera y fundamental norma positiva,

transformándose en el puente entre las exigencias permanentes de derecho suprapositivo y el contenido de las disposiciones legales.[7] A través de sus amplías previsiones, la Constitución tiende a receptar y desarrollar los contenidos de derecho natural y cumple la función de integrar de modo coherente las distintas instancias normativas dentro de un único y jerarquizado sistema jurídico.

Para algunos autores, esta positivización y formalización de las exigencias de derecho natural a través del extenso reconocimiento y desarrollo de los DERECHOS HUMANOS en los textos constitucionales y en las convenciones internacionales ha tornada en buena medida abstracta la discusión entre el IUSNATURALISMO y IUSPOSITIVISMO que tuvo lugar en las décadas anteriores a la segunda guerra mundial. Sin embargo, cabe admitir con Winfried Ascender, quien ha sido juez del tribunal constitucional alemán, que "tampoco la codificación más densa de los derechos humanos podrá hacer superfluo este mensaje de cualquier derecho natural: que el derecho positivo siempre debe quedar expuesto una crítica desde la justicia".[8]

Esta función mediadora que está llamada a cumplir la Constitución atrajo hacia ella y hacia las posibilidades derivadas de su despliegue jurídico, la atención de la Filosofía del Derecho. Surgía una nueva clase de ley positiva, una *ley de leyes*, cuya finalidad y contenido era positivizar y formalizar las principales exigencias de justicia, éticas, que se derivan de la especial e igual dignidad de las personas humanas, para intentar conformar de acuerdo a ellas la totalidad del ordenamiento jurídico.[9] Por la función que

[7] "La idea de un derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del Derecho natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste" (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Ed. Civitas, 1985, p. 51).

[8] Hassemer, Winfried, "Derecho natural en el derecho constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, p. 292. En el mismo sentido, señala Raúl Zaffaroni, juez de la Corte Suprema argentina, que "el fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y iusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórico y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivación no se revierta en el futuro", *Cfr.* consid. 25 *in fine* de su voto en el caso Simón, Fallos, 328:2056 (2005).

[9] Afirma Mauro Cappelletti: "las constituciones modernas, con sus declaraciones de derecho y la revisión judicial son los elementos de una más alta ley positiva hecha vinculante y aplicable; representan una síntesis –hegeliana– de una especie de positivismo legal y ley natural; son el reflejo del más sofisticado intento jamás ideado de positivizar valores sin hacerlos absolutos ni abandonarlos a los cambiantes caprichos de las mayorías temporales"

cumple dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la Constitución no puede dejar de llamar la atención de los iusfilósofos que intentan comprenderla y descubrir todo su potencial para los fines propios de la práctica jurídica. Ella comienza a interesarles mucho más que las leyes ordinarias. La Constitución desplaza en buena medida a la simple ley como objeto de reflexión de la filosofía del derecho. La Constitución, en tanto fuente del derecho que positiviza y formaliza los principios y valores jurídicos, contribuye decisivamente a la adecuada distinción entre derecho y ley, conceptos que el positivismo había tendido a identificar. Precisamente será la ley de Bonn de 1949 la que consagre normativamente la distinción entre ambos conceptos[10], como tiempo después lo hará también la Constitución española de 1978.[11]

La nueva posición estratégica que ocupa la Constitución en el marco del ordenamiento jurídico explica que las miradas de la Filosofía del Derecho y del Derecho Constitucional tiendan a converger sus miradas en ella y se planteen, de ese modo, problemas y cuestiones comunes. Sin lugar a dudas, este encuentro ha sido más estrecho en el ámbito de los derechos humanos, en lo relativo a la denominada parte dogmática de la Constitución, que en lo relacionado a la organización de los órganos de gobierno del Estado o Parte Orgánica, como lo muestra la abundante literatura que se viene desarrollando en las últimas décadas en relación a la problemática iushumana.

Estrechamente vinculado al concepto de *supremacía constitucional* y como su derivación connatural, surgirá el revolucionario fenómeno del control judicial de constitucionalidad, con aspectos novedosos que provocan serios replanteos en la teoría jurídica.[12] Al analizar el significado de la introduc-

---

(Cappelletti, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, p. 46).

[10] El artículo 20.3 de la Constitución alemana señala que "el poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y al Derecho".

[11] El artículo 103.1 de la Constitución española establece que "la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a *la ley y al Derecho*."

[12] "Difícilmente se habría mantenido el *higher law* como protección para los individuos sino se hubiese apoyado sobre la *judicial review* (la facultad de declarar inconstitucionales las leyes). De este modo, investido con forma legal e instrumentado por *judicial review*, el *higher law*, con juventud renovada, entra en uno de los más grandes períodos de su historia, y

ción del control de constitucionalidad en el sistema constitucional alemán, señalaba el Otto Bachof, al tomar posesión en 1959 del cargo de Rector de la Eberhard-Karl Universität Tübingen:

> Esta concepción señala el abandono del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la perdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal. Esto *significa* un cambio en la historia del espíritu, cuya última y decisiva causa se produjo por la degeneración nacionalsocialista de las leyes en puros actos de poder y arbitrio, por la injusticia como sistema; pero su origen yace mucho más atrás y, en el fondo, significa solamente una vuelta a concepciones mucho más viejas y nunca del todo olvidadas sobre el Estado y el Derecho y sobre las relaciones existentes entre ambos. Es un retorno de la idea de 'la ley como previa al derecho', a la idea de 'el derecho como previo a la ley'.[13]

Podemos afirmar que el control de constitucionalidad guarda estrechas relaciones con las doctrinas del realismo iusnaturalista, tanto en la afirmación de la existencia de una instancia jurídica superior (*lex superior, higher law*, exigencias de derecho natural) directamente operativa y desde la que es posible juzgar las normas sancionadas por los poderes constituidos, como en el otorgamiento al juez de un amplio radio de acción en la búsqueda de las soluciones justas del caso concreto.

El fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos a partir de la posguerra europea y el surgimiento de las diversas corrientes del neoconstitucionalismo, multiplicarán los puntos de contactos entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Refiriéndose a ese proceso, señala Rodolfo Vigo:

> La constitucionalización del derecho vigente brinda la oportunidad para generar nuevas propuestas en la teoría jurídica que resulten idóneas para explicar los cambios producidos y también para respaldarlos y potenciarlos. Muchos iusfilósofos comienzan a prestar atención y a reflexionar sobre esa constitucionalización, generando un aparato conceptual y crítico que se aparta del iuspositivismo. También algunos constitucionalistas sensibilizados por los cambios recurren a nuevas visiones iusfilosóficas que le permitan leer con mayor realismo, coherencia y consistencia su propia materia. La Constitución desborda a los constitucionalistas e impregna de inquietudes y sugerencias a todos los juristas, pero es en buena medida la iusfilosofía o la teoría del derecho la perspectiva más idónea para comprenderla y operarla. De ese modo es posible identificar una lista de juristas que hacen filosofía o teoría jurídica con la

jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano". (García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *op. cit.*, p. 53).

[13] Bachoff, Otto, *Jueces y constitución*, Madrid, Taurus, p. 35.

Constitución, convirtiéndose ésta en el disparador de sus tesis y el banco de pruebas de las mismas.[14]

Si durante la vigencia del Estado Legal de Derecho, la filosofía del Derecho estuvo centrada en la ley y los principales interlocutores de los filósofos del Derecho fueron los iusprivatistas y penalistas, ahora, con el surgimiento del nuevo Estado Constitucional de Derecho, el centro de atención se traslada a la Constitución - principal portadora de los derechos humanos, los principios y valores jurídicos-, lo que convierte a los constitucionalistas en los principales referentes en el diálogo con la Filosofía del Derecho. Incluso varios destacados autores reúnen en nuestros días la doble condición de constitucionalistas e iusfilósofos, entre los que podemos mencionar a Dworkin,[15] Finnis[16], Alexy,[17] Zagrebelsky,[18] Bonggiovanni,[19] Pérez Luño,[20] Ollero[21] y Prieto Sanchís.[22] La cercanía académica que en algún momento tuvieron los penalistas y filósofos del derecho en el ámbito del dere-

[14] Vigo, Rodolfo L., "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", cap. XIII de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

[15] *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. Este autor afirma en su prólogo del libro *A Matter of Principle:* "es un libro acerca de problemas teóricos fundamentales de filosofía política y jurisprudencia. Acerca de qué es el liberalismo y por qué aún lo necesitamos; acerca de si deberíamos ser escépticos acerca del derecho y la ética; como debería ser definida la prosperidad colectiva; que es la interpretación y hasta que punto el derecho es una cuestión de interpretación antes que de invención. También es una obra práctica acerca de temas políticos urgentes ¿Conviene otorgar a los negros prioridad en trabajos y plazas universitarias? ¿Puede en algún caso haber un derecho a quebrar el derecho? ¿Es incivilizado prohibir films sucios, injusto censurar libros para proteger la seguridad nacional?... Se trata, sobre todo de un libro acerca del juego mutuo entre dos niveles de nuestra conciencia política: problemas prácticos y teoría filosófica, cuestiones de urgencia y cuestiones de principio", (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 1.)

[16] *Cfr.* Finnis, John, *Ley Natural y derechos naturales*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 2000; *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998

[17] *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

[18] *Cfr.* Zagrebelsky, *El derecho dúctil, op. cit.*

[19] *Cfr.* Bonggiovanni, Giorgio, *Costituzionalismo e teoría del Diritto*, Bari-Roma,Editori Laterza, 2005.

[20] Pérez Luño, Alfonso, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991.

[21] Ollero, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

[22] *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

cho alemán, como ha sido el caso de Welzel, ha pasado hoy, en buena parte, a manos de los constitucionalistas, por la estrecha cercanía entre los planteos constitucionales e iusfilosóficos.

Hemos comenzado este apartado señalando que las distintas concepciones iusfilosóficas tienen su impacto respecto de la Filosofía del Derecho Constitucional. Así, las distintas corrientes europeas de Filosofía del Derecho de carácter general que han ido surgiendo a lo largo del siglo XX, como el POSITIVISMO de Kelsen,[23] la Tópica de Viehweg,[24] la hermenéutica de Arthur Kaufmann,[25] la nueva retórica de Chaim Perelman,[26] el REALISMO JURÍDICO de Michel Villey, la metodología jurídica de Karl Larenz,[27] el uso alternativo del derecho de base marxista, entre muchas otras, pueden iluminar y tener influencias en el modo de operar y conceptualizar el Derecho Constitucional. Sin embargo, la influencia de estas doctrinas será menor que aquellas otras teorías nacidas para explicar específicamente el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos de posguerra, como lo son las diversas doctrinas que forman parte de las distintas corrientes del NEOCONSTITUCIONALISMO, el garantismo de Luigi Ferrajoli o la teoría discursiva dialógica racional de Robert Alexy. Son estas doctrinas las que alcanzan una particular relevancia para la Filosofía del Derecho Constitucional de nuestros días y, por eso, merece que se les preste una especial atención a la hora hablar sobre de la perspectiva continental de la Filosofía del Derecho Constitucional.

Como queda mostrado en los párrafos anteriores, la aparición de las modernas constituciones significó, sin lugar a dudas, un profundo y progresivo cambio de paradigma con notables consecuencias para el funcionamiento de los sistemas políticos y jurídicos de los estados que las fueron adoptando y, también, para la teoría del derecho. Ni la praxis ni el pensamiento jurídico continental han quedado iguales luego del surgimiento y expansión del constitucionalismo europeo, especialmente desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días.

[23] *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 1981.

[24] *Cfr.* Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964 (véase, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA).

[25] *Cfr.* Kaufmann, Arthur, *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992

[26] *Cfr.* Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979. (véase, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA).

[27] *Cfr.* Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 2001.

3. *El objeto de estudio de la Filosofía del Derecho Constitucional: el fenómeno constitucional*

La Filosofía del Derecho Constitucional tiene como objeto de estudio, en sus primeras causas y en sus últimos fines, lo que podríamos denominar como "fenómeno constitucional".

El fenómeno constitucional tiene su origen y contenido esencial en el crucial encuentro entre el derecho y la vida política que tiene lugar con el surgimiento del constitucionalismo a fines del siglo XVIII. Este proceso histórico se nutre de los aportes de las tres grandes revoluciones modernas (la inglesa de 1688, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1789), de las doctrinas de un grupo de destacados filósofos políticos modernos (Locke, Montesquieu, Rousseau, Sieyès, etc.) y de las instituciones políticas que se ponen en marcha y configuran una nueva ordenación de la vida política y jurídica de los estados nacionales.

El fenómeno constitucional viene dado por el encuentro del Derecho con la Política, del mundo político con ese genial y civilizador invento humano que es el Derecho. El Derecho Constitucional pretende civilizar, racionalizar, humanizar, limitar, controlar el proceso político que se manifiesta naturalmente violento, conflictivo y tiende continuamente al desborde y al exceso. El Derecho Constitucional es entonces el ámbito en el que Política y Derecho se entrecruzan y entrelazan.

El Constitucionalismo moderno nació con la finalidad de someter el proceso político al derecho, es decir, procurar encuadrar jurídicamente la actividad social consistente en la lucha por el poder político y su ejercicio desde el gobierno. Así como a partir del Derecho Romano, procuró el encuadre jurídico de las relaciones humanas básicas, y siglos más tarde el Derecho Comercial pretendió regular la actividad comercial con instrumentos jurídicos adecuados a esa nueva realidad del intercambio, modernamente, el Derecho Constitucional ha intentado, con mayor o menor éxito, el encuadre jurídico de la actividad política, tanto en sus dimensiones agonal como plenaria. En todos esos fenómenos que hemos mencionado aparece siempre una actividad humana con sus propias características y requerimientos, y un régimen jurídico que pretende garantizar las exigencias de justicia en las relaciones que surgen en un determinado campo de la vida social. Bien describe este proceso André Hauriou, cuando afirma:

> Las diversas ramas del Derecho, son sistemas de encuadramiento de las relaciones humanas para introducir en ellas el orden y la justicia. El Derecho Civil es un sistema

> de encuadramiento de los comportamientos humanos en el ámbito de la familia y de las relaciones patrimoniales, para introducir en el mismo seguridad, orden, equidad, etcétera. El Derecho mercantil es un sistema de encuadramiento de actividades de los comerciantes de cara a introducir orden, exactitud, sinceridad, justicia, etc. El Derecho laboral encuadra y reglamenta relaciones entre jefes de empresa y asalariados, a fin de alcanzar objetivos del mismo orden. Este esfuerzo de encuadramiento, que ha tenido lugar muy pronto para los fenómenos de la vida de relación entre los individuos, al menos para el derecho civil y mercantil, ha sido emprendido también, aunque más tardíamente, para las manifestaciones de la vida política. El resultado de este esfuerzo es lo que se llama Derecho constitucional.[28]

Pero es necesario indicar inmediatamente que el encuadramiento de los fenómenos políticos no es una empresa fácil, y ello por tres razones:

En primer lugar porque, por decirlo de alguna manera, la violencia es inherente en las relaciones políticas.

Luego, porque la vida política tiene, aparte de la violencia, una espontaneidad y un poder de evolución considerables.

Y, finalmente, porque los preceptos el Derecho constitucional se dirigen a "actores jurídicos particularmente poderosos, que no siempre obedecen las reglas establecidas".[29]

El Derecho Constitucional moderno aparece en su conjunto, como un instrumento al servicio de una finalidad: lograr un poder político eficaz para el logro de los objetivos comunitarios pero, a la vez, limitado, previsible y respetuoso de los derechos de los ciudadanos y de los grupos sociales que integran el Estado. Para que esa finalidad sea posible, desarrolla una serie de técnicas e instituciones jurídicas que facilitan su consecución: la existencia de una Constitución rígida con la correspondiente separación entre el poder constituyente extraordinario y los poderes constituidos ordinarios; el control de constitucionalidad a cargo de uno de los poderes constituidos que asegure la supremacía constitucional; la división de funciones y las relaciones recíprocas de cooperación y control entre los poderes constituidos; el federalismo que descentraliza territorialmente el ejercicio del poder; la elección popular de las autoridades públicas; la periodicidad en la duración de los mandatos; el reconocimiento de derechos humanos que se consideran *previos* al Estado y la existencia de garantías tendientes a su protección; la asunción de compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos por parte de los Estados y el reconocimiento de la jurisdicción de los tribunales supranacionales en este ámbito;

[28] Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, p. 27.
[29] Hauriou, *op. cit.*, p. 27.

y muchas otras instituciones políticas y jurídicas que, con el paso del tiempo, han sido establecidas en los textos y en la práctica constitucional. El fundamento axiológico último de aquellos objetivos y éstas técnicas constitucionales es la protección de la particular, eminente, igual e inviolable dignidad de cada persona humana. Considero que el constitucionalismo es una de las tradiciones más valiosas desarrolladas en la cultura occidental, una herencia de la que hemos de estar orgullosos, cuidar con esmero y acrecentar su patrimonio.[30]

El surgimiento del constitucionalismo trae consigo una transformación considerable del sistema político y del ordenamiento jurídico de un Estado, redefiniendo, entre muchas otras cuestiones, las relaciones entre los órganos de gobierno, entre los ciudadanos y del Estado y la función propia de los jueces.

Con lucidez y realismo expone Luigi Ferrajoli, desde su concepción garantista de desconfianza hacia todo tipo de poder, las dificultades naturales que enfrenta el derecho constitucional en su ardua empresa de intentar someter el ejercicio del poder político a reglas, principios y procedimientos jurídicos:

> El poder –todos los poderes, sean públicos o privados– tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho. "Es una experiencia eterna", como escribiera Montesquieu, "que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites". Y este límite es precisamente el derecho, el cual, por lo mismo, se configura al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder. Es ésta, precisamente, la naturaleza del derecho moderno y del Estado de derecho, Principio de legalidad, división de poderes, sujetos de todos a los poderes de la ley –incluso–, en los sistemas dotados de constitución rígida, el poder legislativo- no son sino técnicas dirigidas a garantizar la limitación y la regulación del poder, de otro modo absoluto... Por eso, bien podemos definir al derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza… Toda la historia moderna del derecho puede ser leída como la historia de esta larga y difícil obra de mi-

[30] "El no reconocer la importancia histórica y el carácter sin precedentes de este continuo desarrollo es estar ciego y sordo con respecto a la más fantástica transformación del curso de la sociedad que haya ocurrido jamás en la historia del hombre". (Cappelletti, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *op. cit.*, p. 43).

> nimización del poder de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, que es "el gobierno de la razón", escribía Aristóteles...[31]

Si Bendeto Croce definió a la historia como hazaña de la libertad, podemos definir al Constitucionalismo como epopeya de la dignidad humana. El constitucionalismo se basa y fundamenta en el principio de la igual e indivisible dignidad de la persona humana y pretende una organización social y del gobierno político que sean acorde a este principio basal y fundamental.

4. *Las dimensiones políticas y jurídicas en la génesis y evolución del fenómeno constitucional*

Consideramos, entonces, que el núcleo central del fenómeno constitucional viene dado por la relación entre Derecho y Política. El Derecho Constitucional se sitúa precisamente en el "cabo de Hornos" donde estos océanos de la realidad humana se encuentran y convergen. De cómo se resuelva esa relación dialéctica entre derecho y política dependerá en buena medida la concepción general del derecho constitucional y de cada una de las realidades que lo componen. Allí está su núcleo decisivo y fundamental, con claras implicaciones teóricas y prácticas. El modo en que estas dos dimensiones del fenómeno constitucional han estado presentes y han sido armonizadas en la teoría y la práctica constitucionales, ha sido diferente a lo largo del tiempo y en los distintos sistemas y autores.

La discusión sobre cómo están presentes las dimensiones políticas y jurídicas en el fenómeno constitucional estuvo ya presente en las discusiones de la doctrina alemana acerca de la naturaleza de la Constitución de las primeras décadas del siglo XX, una de cuyas expresiones más destacadas ha sido el célebre debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre la justicia constitucional, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Colonia a comienzos de la década de los 30.[32]

En términos extremos, el fenómeno constitucional puede ser concebido en términos del "decisionismo schmittiano" o del "normativismo kelseniano". Para el primero, la dimensión política del fenómeno constitucional es

[31] Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 118-121.

[32] Puede verse al respecto la obra Carl Schmitt y Hans Kelsen. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, con estudio preliminar de Giorgio Lombardi, Tercer Milenio, Tecnos, 2009.

la decisiva y el componente "jurídica" es una mera expresión, instrumentación o ropaje formal de la decisión política que subyace en todas las instituciones constitucionales.[33] En el fondo de esta postura late la convicción de que el derecho es incapaz de reconducir a sus reglas y principios el ejercicio del poder político que tiene su propio dinamismo y que es, finalmente, incontrolable. La Constitución es fundamentalmente un documento político y su protección debe ser confiada al Jefe de Estado por ser representante directo del electorado, fuente originaria de la decisión política, y representante de la unidad nacional.

Por su parte, y en sentido contrario, el "normativismo kelseniano", en su intento "purificador", tiende a reducir el fenómeno constitucional únicamente a su dimensión jurídica y ésta concebida en términos estrictamente formales. La Constitución es una norma jurídica suprema y la custodia de su supremacía formal tiene que estar encomendada a un tribunal constitucional que utilice en el ejercicio de su función jurisdiccional únicamente los métodos propios de la CIENCIA JURÍDICA.

Estos distintos modos de concebir y resolver la dialéctica política-derecho, configuradora del fenómeno constitucional, tendrán una importancia decisiva en el planteo de casi todos los temas centrales del derecho constitucional y de manera especial en los siguientes:

— el modo de concebir al derecho constitucional como disciplina científica;
— el concepto de constitución que se postule;
— la forma de entender el control de constitucionalidad;
— los métodos y criterios de interpretación constitucional que se utilicen;
— la misión y funciones que se asignen a los tribunales constitucionales;
— el perfil y condiciones de idoneidad que deberá reunir el juez constitucional.

[33] Afirmaba Heinrich Triepel en 1926 que "no es ninguna exageración si digo que la mayoría de las teorías sobre el Estado que han llegado a ser determinantes para el Derecho público, y que en gran parte han sido construcciones jurídicas, han sido enunciadas atendiendo a metas políticas y empleadas para justificación de actos de esta índole" (Triepel, Heinrich, *Derecho Público y Política*, Madrid, Civitas, 1974, p. 71).

A partir del modo de concebir esta relación jurídico-política se generaran modelos conceptuales parcialmente diversos con diferentes y significativas consecuencias prácticas. Poder político, poder normativo y poder jurisdiccional interactuarán de distintas maneras según sea como se resuelva la dialéctica entre las dimensiones políticas y jurídicas que conforman el fenómeno constitucional.

Como tendremos ocasión de apreciar en los próximos apartados, ningunas de estas concepciones extremas acerca del fenómeno constitucional ha terminado predominando en el ámbito continental europeo. El decisionismo schmittiano, más allá de la recepción parcial de algunas de sus tesis a través de las doctrinas críticas[34] y del uso alternativo del derecho, no ha predominado en la teoría ni la praxis del derecho constitucional europeo de posguerra. Tampoco lo ha hecho el normativismo kelseniano ya que, como veremos, se ha dado a partir de la doctrina de los DERECHOS HUMANOS una cierta rematerialización del fenómeno jurídico que contradice abiertamente el formalismo de la teoría pura. Ha terminado verificándose una progresiva juridización y judicialización del fenómeno constitucional con una creciente importancia de la dimensión jurídica que le es propia.[35] En ese sentido, la Constitución deja de ser considerada como expresión del poder político revolucionario o dominante, para pasar a ser un programa de gobierno instrumentado jurídicamente que los poderes políticos están llamados a respetar y cumplir tanto en sus aspectos sustanciales como procedimentales.[36] Podemos hablar de un tránsito gradual en la concepción del fenómeno constitucional: de un decisionismo o voluntarismo político de raíz schmittiana, se pasa a un formalismo y voluntarismo

[34] Las TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO participan de esta visión al considerar a todo derecho, también al derecho constitucional, como un mecanismo de dominación de los más poderosos sobre los más débiles, enmascarado en los conceptos e instituciones jurídicas con el fin de darle una aparente legitimidad.

[35] Llega, incluso, a afirmar Ferrajoli que "el derecho ya no puede ser concebido como instrumento de la política, sino que, por el contrario es la política la que tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del derecho" ("El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y sus divergencia de la realidad, en Ibáñez, Andrés, *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, p. 24)

[36] "La Constitución encarna un proyecto político bien articulado, y, por tanto, no se limita a fijar las reglas del juego, sino que participar directamente en el mismo, condicionando futuras decisiones, mediante la incorporación de un denso contenido normativo compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes políticos" (Cruz, Luis, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, Comares, Granada, p. 26, con remisión a Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 317-319).

jurídico de base kelseniana, para arribar final y gradualmente a una racionalidad fundada en la ética de los derechos humanos y en la rehabilitación de la razón práctica que caracteriza el pensamiento de las corrientes del neoconstitucionalismo europeo que se han ido desarrollando desde el fin de la segunda guerra mundial hasta nuestros días.[37] De un decisionismo extremo, que enfatiza y hace prevalecer la dimensión política del fenómeno constitucional, se pasa al "constitucionalismo moderado" de Alexy y al "garantismo" de Ferrajoli que pretende una clara y completa subordinación de la política al derecho,[38] postura que ha provocado ya ciertas reacciones en sentido contrario.[39]

Cabe señalar que el constitucionalismo no es un pensamiento apolítico ni anti-político. Por el contrario, el tiene origen y adquiere fuerza y dina-

[37] "El normativismo kelseniano es hoy, en efecto, insuficiente para asegurar la protección no sólo de la esfera de actividad de los órganos del Estado, sino, sobre todo, de los derechos. Mientras que el decisionismo resulta ser actualmente incapaz de salvaguardar los valores en los que se basa la propia Constitución… El positivismo jurídico por un lado, y el rechazo del derecho natural por el otro, arrinconaban de manera irremediable la tutela de los derechos, y sin la tutela de los derecho no se sostiene ninguna defensa de la Constitución", Lombardi, Giorgio, estudio preliminar del libro *Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, Tercer Milenio, Tecnos, 2009, p. lvi.

[38] "El paradigma constitucional vincula la política a la ejecución del proyecto por él diseñado" (Ferrajoli, Luigi, "Principia Iuris. Una discusión teórica", *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 423. Véase, además, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, vols. 1 y 2.)

[39] *Cfr.*, entre otros, los siguientes trabajos: Portinaro, Pier Paolo, "Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Liugi Ferrajoli", *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 299; Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011; Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012; Alterio, Ana Micaela, "El ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli desde una mirada política", ponencia presentada al Ier Encuentro de Jóvenes investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: neoconstitucionalismos en tiempos de postdemocracia, Universitat de València 25-IV-12. Participan también de esta reacción ante lo que consideran una juridización extrema del fenómeno constitucional las corrientes del constitucionalismo popular norteamericano y latinoamericano, este último expresado en las recientes reformas constitucionales de Ecuador y Bolivia, de los años 2008 y 2009, respectivamente. Sobre las nuevas tendencias en el derecho constitucional latinoamericano pueden verse los trabajos que forman parte de la siguiente obra colectiva: Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Bs. As., Siglo XXI, 2011, en particular el trabajo de Rodrigo Uprimny, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos".

mismo a partir de una decisión política, adoptada primeramente con la sanción de una Constitución y renovada luego a lo largo del tiempo a través del control constitucional, de encauzar jurídicamente el propio proceso político. Sin esa energía que proviene de la decisión política, el fenómeno constitucional no podría tener vida ni alcanzar los fines que se propone. La política tiene la fuerza configuradora de lo social y de ella se nutre el derecho. Por ello, en alguna medida, su suerte está en manos de los propios sujetos a los que pretende custodiar y depende de la firme decisión comunitaria de vivir bajo una Constitución con las enormes ventajas que ello significa. Como bien lo señala Triepel, "resulta arbitrario presentar 'lo político' en contraposición a lo propio el Estado de Derecho. El pensamiento de un Estado de Derecho no es un pensamiento anti-político, sino un tipo especial del pensamiento político y el componente de Estado burgués de derecho de una Constitución pertenece también al sistema político".[40] Vale la pena recordarlo cuando la "escuela de Cambridge" pareciera anunciar en nuestros días que el tiempo histórico del "momento constitucional" ha concluido y existe la amenaza de que una política desnuda de derecho vuelva por sus fueros perdidos.[41]

5. *La progresiva juridización y judicialización del fenómeno constitucional y de la ciencia y la Filosofía del Derecho Constitucional*

Con la consolidación de las democracias constitucionales europeas a partir de la segunda parte del siglo XX y el progresivo paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, se verifica una creciente juridización y judicialización del fenómeno constitucional tantos en sus facetas prácticas como teóricas. La vida social y política está sometida a reglas jurídicas que la van configurando de modo cada vez más pleno y completo y en la resolución de los eventuales conflictos que se originan adquieren creciente protagonismo institucional de los tribunales constitucionales que comienza a actuar en los distintos países.

A raíz de estos procesos se da un creciente desarrollo de la dimensión normativa de la Constitución y una expansión de la jurisdicción constitucional, por lo que la dimensión jurídica del fenómeno constitucional tiende

[40] Triepel, en su trabajo *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichsbarkeit*, p. 52, citado por García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *op. cit.* p. 188.

[41] *Cfr.* Lombardi, Giorgio, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional, op. cit.*, p. lxii.

a aumentar de modo progresivo su importancia relativa. Este proceso impacta claramente en la ciencia constitucional y en la Filosofía del Derecho Constitucional. Si en sus orígenes históricos el constitucionalismo se nutrió principalmente de los aportes de los autores y las doctrinas de la Ciencia y de la Filosofía Política, si luego la doctrina constitucional, especialmente a través de los autores franceses como Hauriou y Duverger, se abrió hacia el estudio de las instituciones políticas, ahora los temas constitucionales son abordados principalmente por los filósofos del Derecho, tales como Kelsen, Bobbio, Alexy, Zagrebelsky o Ferrajoli, quienes reemplazan a los politólogos y a los filósofos políticos en su carácter de interlocutores principales de los constitucionalistas. Los derechos humanos, los fundamentos éticos del orden democrático, los problemas de la INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL y del rol que cumplen los jueces en el marco de las democracias constitucionales se erigen en los temas principales de estudio y discusión, cuestiones en las que se destaca especialmente la dimensión jurídica del fenómeno constitucional. Ferrajoli señala que de un constitucionalismo "político" dirigido a la limitación de los poderes públicos y a la protección general de determinados ámbitos de libertad, concebidas como garantías políticas externas a los sistemas jurídicos, se ha pasado a un constitucionalismo "jurídico", que consagra garantías jurídicas efectivas para proteger a esos derechos, independizándolas de lo político. Esta dimensión jurídica del fenómeno constitucional predomina sobre la política y tiende a neutralizar su influencia.[42]

Estos cambios que se dan tanto a nivel de praxis como de elaboración científica dan origen progresivamente a un nuevo paradigma del derecho constitucional que a comienzo del siglo XXI recibe el nombre de neoconstitucionalismo.

III. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EUROPEO: ALGUNOS DE SUS RASGOS FUNDAMENTALES COMO REALIDAD Y TEORÍA JURÍDICA

Por NEOCONSTITUCIONALISMO, constitucionalismo europeo de posguerra o constitucionalismo contemporáneo denominamos, en primer término, el proceso y el producto de las profundas transformaciones que experimentan

[42] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale,* vol. 55, Giuffre, Milano, p. 2.773

progresivamente los ordenamientos jurídicos de los países europeos desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días por efecto de su gradual constitucionalización. Significa el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, del Estado de Derecho débil al Estado de Derecho fuerte al decir de Ferrajoli.

Desde el punto de vista doctrinal, su raíz histórica más inmediata está en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán en los primeros años de labor jurisprudencial luego de la sanción de llamada Ley Fundamental de Bonn[43] y en los aportes de los doctrinarios alemanes,[44] aunque su conceptualización y denominación son más recientes y han tenido lugar, principalmente, en Italia y España.[45]

Siguiendo parcialmente criterios ya propuestos por otros autores,[46] podemos considerar al neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional –se podría decir también ideológica– acerca de la misión que los jueces están llamados a realizar en una demo-

[43] Entre muchos otros se pueden mencionar, como ejemplos de esta etapa inicial, los siguientes fallos del tribunal constitucional alemán: convalidación de la negación de la personería jurídica a los partidos neonazi y comunista; caso "Elfes", en el que se declara la inconstitucionalidad de una norma administrativa que negaba la renovación del pasaporte cuando corrían peligro "los intereses de la Nación", por entender que la aplicación concreta de la norma al caso violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, que es considerado un derecho que informa todo el sistema jurídico, más allá de los contenidos concretos de otros derechos; caso "Lüth", en el que se establece que el régimen de responsabilidad civil de la prensa debe ser interpretado a la luz del ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión; etc. En estas sentencias se aprecia la consideración de la Constitución como un orden de valores llamado a informar la totalidad del ordenamiento jurídico alemán. Sobre la postura antipositivista de la jurisprudencia del tribunal constitucional se puede consultar el trabajo de Eduardo Sodero, "Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht" (en prensa), y la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

[44] Podemos mencionar entre ellos a Theodor Maunz, Günter Durig y Otto Bachof, quienes, en consonancia con las elaboraciones del tribunal constitucional alemán, tendieron a concebir la Constitución principalmente como un sistema objetivo de valores.

[45] Pueden ser considerados dentro de las corrientes neoconstitucionalistas autores europeos como Zagrebelsky, Comanducci y Prieto Sanchís.

[46] Señala Luis Pietro Sanchís: "Con el nombre de neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se alude tanto a un modelo de organización jurídico político o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho" (voz "Neoconstitucionalismo" en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa y UNAM, 2005, p. 420).

cracia constitucional. Desarrollaremos a continuación cada uno de estos aspectos.

1. *El proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos*

El neoconstitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo. Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia;[47] más tardíamente, a partir de 1976, en Grecia, Portugal y España y más recientemente, luego de la caída del Muro en 1989, en los países de Europa Oriental. Es como una nueva fase del proceso histórico del constitucionalismo europeo, que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de *neo*constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo con que se lo identifica.[48]

Algunas de estas transformaciones estructurales del sistema jurídico se expanden luego, especialmente a partir de la década de los noventa, hacia algunos países de América Latina (por ejemplo, a Colombia, con la sanción de la Constitución de 1991 y la novedosa jurisprudencia que comienza a desarrollar el Tribunal Constitucional creado por ella),[49] los ex países co-

[47] Un hito importante en este país tiene lugar a comienzos de la década de los setenta con la decisión del Consejo Constitucional francés sobre libertad de asociación (decisión del 16 de julio de 1971, déc. 44 DC, Liberté d'association, GC núm. 19), que reconoce valor jurídico a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como parte integrante de la Constitución francesa. Dmitri Georges Lavroff, "El Consejo Constitucional Francés y la Garantía de las Libertades Públicas", *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 43 y ss.

[48] Otros como Pedro Salazar Ugarte lo denominan como "constitucionalismo de posguerra" o "modelo democrático constitucional".

[49] Entre estos fallos, se puede mencionar, por ejemplo, SC-013 de 1993 (M.P.: Eduardo Cifuentes); SC-386 de 1996 (M.P.: Alejandro Martínez); SC-222 de 1997 (M.P.: José Gregorio Hernández); SC-760 de 2001 (Ms.Ps.: Manuel José Cepeda – Marco Gerardo Monroy); SC-915 de 2001 (M.P.: Eduardo Montealegre); SC-1250 de 2001 (M.P.: Manuel José Cepeda); SC-688 de 2002 (M.P.: Rodrigo Escobar); SC-801 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-551 de 2003 (M.P.: Eduardo Montealegre); SC-1056 de 2003 (M.P.: Alfredo Beltrán); SC-839 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-1152 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-313 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-370 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba); SC-372

munistas (por ejemplo, Hungría) y otras naciones, como Sudáfrica, India y Turquía. En todos estos casos se advierte la creciente importancia que van adquiriendo en su sistema político la constitución como norma jurídica y los tribunales constitucionales como órganos que velan por asegurar su vigencia, en especial mediante la tutela y el progresivo desarrollo de los derechos humanos os. Ello supone una transformación importante del ordenamiento normativo y de todo el sistema jurídico de estos países. Por ello, sus partidarios señalan que el neoconstitucionalismo es una corriente europea, pero en franco proceso de expansión global.

El jurista italiano Guastini describe el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico en los siguientes términos:

> …es un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por la normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el etilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.[50]

Este autor señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

(i) Incorporación de una Constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales.

(ii) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.

(iii) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es ya considerada como un conjunto de normas "programáticas", sino "preceptivas".

(iv) La "sobreinterpretación" de la Constitución, ya que su texto es interpretado extensivamente, deduciéndose de ella principios implícitos.

(v) La aplicación directa de las normas constitucionales, sin necesidad de la mediación legislativa, que también se extiende a las relaciones entre particulares.

(vi) La interpretación de las leyes y normas inferiores en conformidad con la Constitución.

(vii) La presencia e influencia de la Constitución en el debate político.

---

de 2004 (M.P.: Clara Inés Vargas). *Cfr.* García Jaramillo, Leonardo, "Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional," en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.

[50] Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", en *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001.

Complementariamente, cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden también su influjo a las relaciones privadas. De este modo, se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y los grupos sociales, y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos: del principio que establecía que los derechos humanos valían en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que ahora cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos. De ese modo, se establece y difunde una cultura jurídica inspirada en derechos antes que en normas o deberes jurídicos. Esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol y de la importancia de la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en los sistemas jurídicos de base continental.

Estas notas producen un cambio notable y progresivo en algunos elementos estructurales del sistema jurídico y también del político. Del constitucionalismo inicial que surge en Europa con las grandes revoluciones modernas, se pasa, a partir de la segunda guerra, a una segunda fase que culmina en lo que ahora se denomina neoconstitucionalismo. De la Constitución considerada fundamentalmente como carta política dirigida al Parlamento, se pasa a su consideración como norma jurídica suprema y de aplicación directa, dirigida en esencia a los tribunales, en especial al tribunal constitucional. Del Estado legal de Derecho se pasa al Estado constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y de sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los tribunales constitucionales.[51] La centralidad del sistema político-institucional se traslada a la del

[51] Para la descripción detallada de estos cambios véase Zagrebelsky, *El derecho dúctil, op. cit.*

sistema normativo, ya que la Constitución no sólo organiza los poderes de gobierno, sino, fundamentalmente, el ordenamiento jurídico.[52]

Junto a este proceso de transformación del derecho interno se verifica el surgimiento y la expansión del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), tanto a nivel regional como universal. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, y los posteriores tratados internacionales sobre derechos humanos que la continuaron, contienen el nuevo paradigma de la convivencia jurídica nacional e internacional, que de modo creciente y progresivo modificará también la fisonomía de los sistemas normativos internos. Aparece la persona humana reconocida como sujeto del derecho internacional, y se produce una profunda reformulación del concepto de la soberanía estatal. La armonización de las legislaciones y jurisdicciones nacionales, supranacionales e internacionales en materia de derechos humanos constituye, tal vez, uno de los mayores desafíos que enfrentan actualmente los sistemas jurídicos de los distintos países.

El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial en relación al constitucionalismo considerado como totalidad: le interesa principalmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección de los derechos humanos. En cambio, no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada "parte orgánica". Su meta primordial no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo clásico), como afianzar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos

[52] Según Ferrajoli el paradigma constitucional viene a caracterizarse por "la sujeción a la ley de la propia ley, no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos por ellos. Esta sujeción ha tenido lugar a través de la incorporación, en constituciones rígidas, de principios ético-políticos… transformados, de fuentes de legitimación *política* o *externa* en fuentes de legitimación (y si son violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*" Así, "el derecho ya no regula sólo su 'ser' sino también su 'deber ser'; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales; ya no se funda sólo sobre el principo *autoritas, non veritas facit legem,* sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la *veritas* que lógicamente debe caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior con las de grado superior. Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y de contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y 'racionalidad formal'/'racionalidad sustancial' con la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista" Ferrajoli, *Principia Iuris, op. cit.*, vol. 1, p. 463.

humanos.[53] El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende tanto a la consideración de la Constitución como norma que organiza las instituciones de un Estado, su sistema político, sino que, fundamentalmente, configura su sistema normativo-jurídico.

Siguiendo a Villey, podemos afirmar que el derecho es una obra colectiva que inicia el constituyente, desarrolla el legislador y culmina el juez. El neoconstitucionalismo supone una modificación importante de este esquema básico del sistema de fuentes del derecho, ya que, por un lado, se incorporan los tratados internacionales con numerosas disposiciones llamadas a regir en las relaciones intersubjetivas internas, y, por el otro, el juez puede aplicar directamente la Constitución sin que sea indispensable la mediación legislativa. Al decir de Zagrebelsky, el derecho se transforma en una realidad "dúctil" en manos de los jueces, abandonando así las rigideces legalistas. Se adopta por parte de los jueces una actitud antiformalista, que orientan su actuación de acuerdo con los nuevos principios jurídicos *pro homine* y *favor libertatis*.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico, como núcleo del neoconstitucionalismo, es una realidad compleja que tiene aspectos diferenciales en cada uno de los países, de acuerdo con su tradición jurídica y constitucional previa, su sistema jurídico y la naturaleza y función institucional que se asignan a sus respectivos poderes judiciales y tribunales constitucionales. Sin embargo, en todos ellos implica una profunda transformación en el sistema de fuentes del derecho y, desde él, de todo el sistema normativo y jurídico.

En el paradigma neoconstitucionalista, especialmente a partir de las elaboraciones del tribunal constitucional alemán, la Constitución pasa a ser considerada como un orden o sistema objetivo de valores llamado a informar todo el sistema jurídico y político del Estado. Los derechos constitucionales no sólo se conciben como garantías frente al poder público, sino como principios o mandatos de optimización que irradian su contenido a

[53] Señala Comanducci: "el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales". (Comanducci, Paolo, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico", *Isonomía,* vol. 16, 2002, pp. 99 y 100)

toda la actuación pública y privada.[54] Algunos autores, en particular Böckenförde, ha cuestionado esta transformación de la noción de derechos constitucionales, ya que, según su parecer, debilita fuertemente el carácter de garantía o límite propia de los derechos constitucionales, promueve indebidamente el paso de un Estado parlamentario legislativo en un Estado judicial de Derecho constitucional y abre las puertas a un posible totalitarismo estatal ejercido en nombre de los imprecisos valores constitucionales. Sus críticas fueron respondidas en parte por Robert Alexy con la propuesta de un modelo constitucional moderado.[55] Este autor sostiene que los derechos constitucionales son, antes que nada garantías subjetivas, que deben ser resguardados por los poderes públicos y que su reconocimiento como valores o principios objetivos no afecta esa primera dimensión subjetiva. Por otra parte, si bien las constituciones contienen prohibiciones, órdenes y principios, que son mandatos de optimización destinados al legislador y a los jueces, ella reconoce márgenes de discrecionalidad legislativa que deben ser respetados por los tribunales constitucionales.[56]

2. *El neoconstitucionalismo como teoría jurídica*

El neoconstitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, justifica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico antes descrito. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones que se advierten en la realidad jurídica. Con el neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Pareciera que, desde esta perspectiva, el estudio del neoconstitucionalismo interesa aún más a los filósofos del derecho y a quienes se ocupan de la teoría del derecho, que a los propios constitucionalistas.

[54] Como ha señalado Böckenförde, "el Tribunal Constitucional Federal ha aceptado desde entonces expresamente el carácter de norma objetiva de principios/decisión axiológica para la mayor parte de los derechos fundamentales y no lo ha excluido hasta ahora para ningún derecho fundamental", Böckenförde, E.W., "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", en Böckenförde, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 109

[55] Acerca de este debate entre Böckenförde y Alexy puede verse con provecho el trabajo de Luis Cruz "El alcance de la Constitución", en Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, *op. cit.*, capítulo III.

[56] *Cfr.* Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático" en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 31 y 32.

El paradigma jurídico predominante en Europa al momento de surgir el neoconstitucionalismo era el POSITIVISMO JURÍDICO.[57] De las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica –VALIDEZ, eficacia y justicia de la norma jurídica–, el positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes en manos de la sociología jurídica y de la filosofía o la ética, respectivamente. Ahora la teoría jurídica pretende ocuparse de las tres cuestiones antes mencionadas. Hay un abandono del legalismo, del juridicismo extremo, del legicentrismo, del formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa porque respete y desarrolle los derechos humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos estén garantizados en la práctica. Hay una redefinición de los conceptos de validez y vigencia normativa. Ahora, la vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que la validez jurídica pasa a significar conformidad con los derechos humanos de los ciudadanos.

De iusfilósofos como Kelsen, Hart, Ross y Bobbio, cuyas doctrinas predominaron en la primera parte de la segunda mitad del siglo pasado, se pasa a otros como Alexy, Dworkin, Aarnio y Zagrebelsky, que son algunos de los iusfilósofos que comienzan a destacarse en el pensamiento jurídico en los ambientes académicos germano, anglosajón, escandinavo e italiano, respectivamente.[58]

[57] Luigi Ferrajoli afirma que la teoría positivista fue funcional al Estado Legal de Derecho, dominante en los países europeos antes de la segunda guerra mundial.

[58] Comentando ese proceso señala Rodolfo Vigo: "aquel escenario jurídico e institucional europeo en las décadas siguientes a Nuremberg termina transformado, por lo que aquella exitosa teoría iuspositivista normativista que se había forjado al hilo de la escuela exegética, la escuela histórica, el primer Ihering y culminado con Kelsen y que había logrado controlar la formación de los juristas y la cultura jurídica, entra en desorientación y comienza a padecer crecientes conversiones y críticas desde las más prestigiosas cátedras europeas. En ese proceso de cambio de la teoría jurídica los iuspositivistas comienzan a calificar sus miradas con adjetivos o prefijos que suavicen sus convicciones, se habla de iuspositivismos críticos, soft, inclusivos, post o neo, y algunos testimonios resultan de gran impacto para el mundo académico general, así el de Radbruch en Alemania denunciando la complicidad teórica del iuspositivismo frente al nazismo; el de Bobbio con su teoría funcional en la década del 70 dejando atrás las visiones estructurales del derecho que simbolizaba Kelsen; el de Dworkin cuando sucede a Hart en Oxford y declara su combate al normativismo en nombre del principialismo; el de Perelman atreviéndose a incorporar la razón en los problemas valorativos y decisionales; el de Nino criticando los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron en tanto silencian la dimensión valorativa del derecho; el de Atienza afirmando su confianza en un cierto objetivismo y cognitivismo ético; y el de mu-

Tal vez sea la evolución experimentada en el pensamiento del filósofo del derecho italiano Norberto Bobbio desde el iuspositivismo original a su teoría funcional del derecho, una de las mejores muestras de las transformaciones que experimenta la Filosofía del Derecho continental desde 1950. Bobbio adhiere inicialmente a un positivismo que se enfrenta tanto al iusnaturalismo como la sociologismo:

> La polémica contra el derecho natural ha sido llevada a cabo en nombre de la objetividad de la ciencia, la cual tiene la tarea de conocer la realidad y valorarla (…) La polémica contra la sociología, en cambio, se lleva a cabo en nombre de la distinción entre la esfera del ser a las que pertenecen los fenómenos sociales, y la esfera del deber ser, a la que pertenece el derecho.[59]

Sin embargo, en 1966 en una mesa redonda acerca del positivismo jurídico señala que:

> El positivismo jurídico está en crisis, no solo como ideología y como teoría, como por lo demás yo mismo había ya admitido, sino también como modo de aproximación al estudio del derecho. He comenzado diciendo que el positivismo jurídico nació como elección científica, pero me permitido reconocer ahora que detrás de la elección científica había una exigencia política. Políticamente, el positivismo es la aceptación del *status quo*. En cuanto tal, está sujeto, como todas las elecciones, a sufrir los altos y bajos de la historia… Puesto que la concepción positivista del derecho implica la aceptación del *status quo*, es buena o mala, según se considere buena o mala situación a conservar. ¿Queréis una conclusión? Habíamos venido con la idea de concluir: el positivismo ha muerto, viva el positivismo. Me pacer en cambio, que nos iremos exclamando: el positivismo ha muerto, viva el iusnaturalismo.[60]

A partir de ese momento, el profesor de Turín desarrollará lo que él ha denominado la teoría funcional del derecho. Señala que de acuerdo al paradigma iuspositivista, la ciencia del derecho ha estado centrada en el análisis de la estructura del derecho, de los componentes del sistema normativo, pero no se ha interrogado acerca de para qué sirve el derecho, cuáles son las funciones que cumple.[61] Bobbio descubre que el derecho no sólo

---

chos otros", Vigo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", *op. cit.*

[59] Bobbio, Norberto, "La teoría pura del derecho y sus críticas", en *Contribución a la teoría del derecho de Norberto Bobbio*, Fernández Torres Editor, Valencia, 1980, p.120.

[60] *Cfr.* Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 214.

[61] También otros autores europeos se han interrogado acerca del sentido y finalidad del derecho. Entre otros podemos mencionar: Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984; Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Ed. Barcelona, Ariel, 2001;

sirve para desalentar o castigar determinadas conductas personales o comportamientos sociales, sino que puede ser un poderoso instrumento que se utilice para la transformación social. Por eso propone el paso del análisis de la estructura estática del derecho a la reflexión acerca de las funciones que el cumple en el marco de los sistemas sociales y políticos. "Dalla estructura a la funzione" es la síntesis del cambio de paradigma que sugiere.[62] De la consideración exclusivamente normativa-formal del fenómeno jurídico, y por ende de la Constitución, se pasa a tener en cuenta sus funciones y, por tanto, su contenido y su capacidad de transformación social.

La Constitución, su contenido, sus principios y valores, y su función jurídica y política, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica de la teoría general del derecho del neoconstitucionalismo. Hay una profunda "rematerialización" del derecho. Adquieren importancia el contenido y la valoración moral del derecho y no tan sólo su perfección formal. Hay un intento de "remoralizar" el derecho, si bien realizado desde variadas perspectivas axiológicas.[63] Así, el constitucionalista italiano Mauro Capeletti señala que el constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del derecho natural, movilizando el derecho, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los derechos humanos.[64] En sentido análogo, Alexy afirma que "la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto Derecho positivo, incluya una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del Derecho, exigida por el propio Derecho positivo".[65] Por su parte, desde una perspectiva diferente, Dworkin escribe sobre la necesidad de hacer una lectura moral

[62] *Cfr.* Bobbio, Norberto, "Hacia una teoría funcional del derecho", en *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Astrea, Bs. As., 1976, p. 9. Para profundizar en el pensamiento de este autor remitimos a Vigo, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis*), Abeledo Perrot, Bs. As., 2006, a quien seguimos en este punto.

[63] "Las Constituciones contemporáneas se cargan de principios y valores, y cuando ellos se jurídizan una avalancha de moral se introduce al derecho" (Vigo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", *op. cit.*).

[64] *Cfr.* Capelletti, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *op. cit.*, p. 45 y ss.

[65] Alexy, Robert, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, 2002, p. 526.

de la Constitución,[66] lo que hubiera sido un contrasentido desde la perspectiva iuspositivista clásica.

Varios de los autores neoconstitucionalistas, como Alexy y Zagrebelsky, adhieren y desarrollan la distinción entre reglas y principios, entendidos estos últimos como mandatos de optimización. Las normas constitucionales referidas a los derechos humanos y las que contienen directrices programáticas son consideradas principios y de ese modo deben ser tratados por los operadores jurídicos.

Autores como Ferrajoli reconocen el carácter normativo y no sólo descriptivo de la ciencia jurídica y de la interpretación constitucional. El fundador del garantismo postula una ciencia jurídica orientada al logro de los objetivos propios del constitucionalismo, con un "papel crítico y constructivo", "descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico".[67] El derecho que se descubre debe ser realizado y garantizado en la práctica de modo efectivo.[68] La ciencia del derecho se transforma en normativa, crítica, valorativa, prospectiva, atenta tanto a la vigencia sociológica como a la validez moral de los contenidos normativos. Estos nuevos enfoques y afirmaciones motivaron la acusación de cierto iusnaturalismo a las nuevas doctrinas neoconstitucionalistas por parte de algunos autores positivistas más tradicionales.[69]

La nueva teoría del neoconstitucionalismo se ocupa atentamente de la metodología y el RAZONAMIENTO JURÍDICO, en especial del judicial, acercando la reflexión filosófica a la práctica jurídica. Así, Zagrebelsky llega a decir que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada derecho, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores. Afirma que, antes que una *scientia iuris*, el

[66] Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

[67] *Cfr.* Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, *op. cit.*, 2000, p.60.

[68] *Cfr.*, entre otros, Ferrajoli, Luigi, "Garantías", en *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, 2000, pp. 39 y ss.

[69] Sobre la discusión entre iuspositivistas y neoconstitucionalistas remitimos a la bibliografía señalada en el trabajo de Comanducci, "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *op. cit.*, p. 96, n. 7. También, Pozzolo, Susana, *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giapichelli, 2001; y Atria, Fernando, "La ironía del positivismo jurídico", *Doxa*, núm. 27, 2004. Sobre las aproximaciones entre las tesis neoconstitucionalistas e iusnaturalistas se puede consultar del trabajo de Rodolfo Vigo, "Lectura no-positivista (neoconstitucionalista) e iusnaturalista del derecho actual", en su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, *op. cit.*, p. 59.

derecho es básicamente una *iuris prudentia*.[70] Hay una clara recuperación de la razón práctica y de la importancia de la prudencia en el ámbito jurídico.

La INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL –que pasa a ser la decisiva en el quehacer jurisdiccional– tiene principios y reglas propias que la distinguen en parte de la interpretación legal. Fundamentalmente la incorporación del criterio de la ponderación, que completa y a veces reemplaza al paradigma de la subsunción y el silogismo judicial, propio de la anterior etapa iuspositivista. La interpretación se transforma gradualmente en argumentación basada no sólo en normas, sino también en principios.

El neoconstitucionalismo es, en esta segunda dimensión, un nuevo paradigma de la ciencia y la filosofía del derecho que responde, de modo diverso al positivismo, las tres cuestiones básicas de toda teoría iusfilosófica: ¿Qué es el derecho? ¿Cuál es su fundamento? ¿Cómo se lo conoce?. Sintetizando algunos de los principales aportes de los autores neoconstitucionalistas a la Filosofía del Derecho actual, señala Rodolfo Vigo:

> a) el derecho deja de ser un problema sistemático de normas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores; b) en la epistemología jurídica, en tanto ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador, sin que se reclama prescripción y valoración; c) la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva como en Kelsen, o de fácil y silogístico desentrañamiento de la solución contenido en la norma, para requerir de la razón práctico ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen; d) el derecho en mayor o en menor medida se judicializa, superando la distinción entre creación y aplicación; e) la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos especialmente constitucionales, que potencian el papel del Poder Judicial; f) se reconoce una juridicidad indisponible o limitadora del derecho que ponen las autoridades; y g) la distinción tajante entre derecho y moral se fractura y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica y racional.[71]

[70] Zagrebelsky, Gustavo, "Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia", en *Derechos y Libertades*, num. 2, año 1, 1993-1994, p. 371. Más recientemente este autor contrapone "scientia juris" y "juris prudentia" en los siguiente términos: "la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio práctica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es un progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno , desde lo menos a lo más adecuado y productivo" (*El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 123).

[71] Vigo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones", *op. cit.*, p. 269.

3. *El neoconstitucionalismo y la misión de los jueces en una democracia constitucional*

En tercer término, el neoconstitucionalismo puede ser también visto como la doctrina o ideología institucional que considera muy positivo el fenómeno que hemos descrito y lo promueve activamente,[72] especialmente alentando un modelo de poder judicial activista que tutele los derechos humanos para lograr su plena vigencia práctica. [73] La nueva visión del ordenamiento jurídico reclama una nueva postura institucional por parte de los integrantes de las magistraturas judiciales. Se postula una nueva actitud institucional de los jueces, en particular de los tribunales constitucionales, que podríamos definir como activismo judicial, con fundamento normativo en los derechos humanos constitucionalizados o reconocidos en los documentos internacionales.[74] El neoconstitucionalismo vuelve a plantear el complejo y difícil tema de la misión que los jueces, especialmente quienes tienen a su cargo el control de constitucionalidad, están llamados a cumplir en una democracia constitucional.

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del poder judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales.[75] Así como el siglo XIX fue el siglo del poder legislativo y el siglo XX el del poder ejecutivo, el

[72] Afirma Comanducci: "el neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos en este sentido hablar de 'neoconstitucionalismo de los contrapoderes'– pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previsto en la Constitución". "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *op. cit.*, p. 100.

[73] Ferrajoli no duda en concluir que el "constitucionalismo es un programa para el futuro" que debe avanzar en el sentido de abarcar todos los derechos y no sólo los derechos de libertad sino también los derechos sociales, controlar tanto a los poderes públicos como a los poderes privados, y traspasar el ámbito del derecho estatal al derecho internacional.

[74] Véase, por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky, "Jueces Constitucionales", discurso pronunciado el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50ª aniversario de la Corte Constitucional italiana.

[75] "La democracia de la ley estaría templada (corregida) por la aristocracia de los jueces …nueva *noblesse de robe*", Aragón Reyes, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo, *Jueces y Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 158.

siglo XXI será, de acuerdo con una profecía neoconstitucionalista, el del poder judicial.

Hay una consideración muy elevada de la misión que los jueces están llamados a realizar en los sistemas democráticos.

Se propone una interpretación creativa y dinámica de la Constitución y los tratados de derechos humanos. En el fondo, esta discusión no es tanto estrictamente jurídica, simplemente sobre los modelos de interpretación constitucional, sino sobre:

(i) el rol político que los jueces están llamados a cumplir y su relación con la legislatura; y

(ii) acerca de los valores de fondo que han de regir la sociedad.

En parte, es también una discusión sobre quién ha de actualizar y dinamizar, principalmente, el derecho y el sistema jurídico para adecuarlo a las nuevas realidades y exigencias: los poderes políticos a través de los procedimientos constituyentes y legislativos, o los jueces cuando resuelven dinámicamente los denominados "casos difíciles".

Podemos concluir este apartado y la segunda parte de este trabajo afirmando que el neoconstitucionalismo, constitucionalismo de posguerra o constitucionalismo contemporáneo, como realidad jurídica vigente en nuestros días, enmarca a la Filosofía del Derecho Constitucional actual, de modo especial si se la considera desde una perspectiva continental.

IV. Algunos temas propios de la Filosofía del Derecho Constitucional

Los temas propios de la Filosofía del Derecho en general enmarcan, en buena medida, las cuestiones que de modo específico desarrollará la Filosofía del Derecho Constitucional.

Sobre los primeros, señala Rodolfo Vigo:

> Los cuatro principales problemas iusfilosóficos están siempre explícitos o implícitos en cualquier jurista que pretenda en cuanto tal, un mínimo de coherencia, solidez, integralidad y sentido; en nuestra opinión ellos son:
> 1) problema ontológico: un jurista pleno inexorablemente necesita de un cierto concepto o definición del derecho;

> 2) problema gnoseológico: requerirá tener claro qué características asume el saber jurídico –p. ej. teórico o práctico– y su eventual clasificación o tipos –filosofía, ciencia, prudencia, etcétera–;
> 3) problema axiológico: también exigirá contar con respuestas acerca de los eventuales criterios que permitan distinguir entre el derecho bueno, correcto, justo, válido, el derecho más o menos bueno o justo y aquel abortado antes de nacer como derecho por su evidente y grave deficiencia axiológica; y
> 4) problema lógico: le resultará indispensable identificar las estructuras lógicas en el derecho, o sea si él constituye un sistema fuerte, débil o inexistente; si la estructura en la que encuentra o formula el derecho los juristas es de juicios o conceptos, y si los juristas razonan o no cuando lo operan y lo aplican en los casos.[76]

Desde una perspectiva más influida por la filosofía kantiana, Robert Alexy señala que la Filosofía es una reflexión general y sistemática sobre lo que existe (ontología), sobre lo que debe hacerse (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de lo anterior (epistemología). Por su parte, la Filosofía del Derecho se centra en el conocimiento de lo que es el derecho (sistema normativo) y de su validez tanto fáctica (eficacia social) como ideal (corrección, moralidad o legitimidad).[77]

Cabe señalar también que el debate central de la Filosofía del Derecho entre teorías iusnaturalistas y iuspositivistas tiene claras proyecciones en lo relativo a temas centrales del derecho constitucional: fundamento de los derechos humanos, límites del poder constituyente, juridicidad propia de ciertos principios jurídicos, sistemas de fuentes, decisión judicial, etc.

De un modo amplio, consideramos que constituye cuestiones de interés para la Filosofía del Derecho Constitucional los siguientes temas:

- concepto, significados y funciones de una Constitución;
- legitimidad, validez, vigencia y eficacia de las normas constitucionales;
- límites sustantivos del poder constituyente;
- concepto, criterios y límites de la interpretación constitucional;
- relaciones entre normas, reglas y principios jurídicos;
- argumentación jurídica y racionalidad pública;
- axiología jurídica y teoría de la justicia;
- injusticia extrema y derecho;

[76] Vigo, Rodolfo, en el prólogo a nuestro libro *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Bs. As., 2010, p. 10.

[77] Alexy, Robert, "La naturaleza de la filosofía del derecho", *Doxa*, núm. 26, 2003, p. 145 y ss.

- conformación del sistema de fuentes jurídicas;
- metodología constitucional;
- características y problemas del lenguaje jurídico;
- teoría y crisis actual de la ley;
- validez y límites del procedimiento democrático de creación normativa;
- relaciones entre derecho natural y derecho positivo, entre ética y derecho;
- fundamentos del sistema y de las instituciones democráticas;
- relaciones entre Derecho y Democracia, en el marco del modelo de la democracia deliberativa;
  - fundamentos de la obligatoriedad del derecho;
  - discrecionalidad y arbitrariedad judicial;
  - concepto, fundamento y determinación del contenido esencial de los distintos derechos humanos fundamentales;
  - existencia y contenido de los absolutos éticos y jurídicos;[78]
  - reglamentación razonable y armonización de los derechos constitucionales;
  - principios que han de inspirar y guiar la función jurisdiccional de los jueces;
  - fundamentos, legitimidad y límites del control judicial de constitucionalidad;
  - temas bioéticos y medioambientales.

Vigo señala que, dada la creciente importancia que ha adquirido el derecho constitucional, la nueva cultura jurídica

> … debe hacerse cargo de problemas inéditos o escasamente estudiados tales como:
> a) el referente a determinar el contenido de valores, principios o derechos humanos;
> b) el reconocer los distintos tipos de reglas o normas contenidas en la Constitución y cómo se opera cada una de ellas;
> c) el identificar los distintos tipos de sentencias constitucionales y la estructura de las mismas;
> d) establecer con alguna claridad la zona de reserva de los diferentes poderes del Estado;
> e) reconocer la finalidad y límites del control constitucional.[79]

[78] Finnis, John, *Absolutos morales*, Eiunsa, Barcelona, 1993.

De todos estos temas que hemos enunciado, tal vez sean el de los Derechos Humanos y el de la interpretación, argumentación y metodología jurídicas los que más desarrollos y puntos de contacto han originado entre constitucionalistas y filósofos del derecho en las últimas seis décadas.

Por razones de la extensión prevista para este trabajo, hemos elegido sólo algunos de estos puntos para desarrollarlos brevemente en este tercer apartado de nuestro trabajo. En concreto, hemos seleccionado los siguientes:

1. Ontología de la Constitución: qué es la Constitución
2. Ética Constitucional: la igual e inviolable dignidad de la persona humana y la legitimidad del procedimiento democrático
3. Cratología constitucional: la visión constitucional del poder
4. Lógica Constitucional: normas, reglas y principios
5. La praxis constitucional: la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad

1. *Ontología de la Constitución: qué es la Constitución*

Hemos ya señalado que la aparición de las constituciones modernas constituyó una gran novedad que transformó progresiva e fuertemente los sistemas políticos y jurídicos de los países occidentales. Por ello, la reflexión sobre lo qué es una Constitución se convirtió en un tema permanente de la ciencia constitucional y de la filosofía del Derecho. Desde la célebre conferencia de Ferdinand Lasalle acerca de "¿Qué es una Constitución?",[80] pasando por las distintas teorías elaboradas por los autores del Derecho Público alemán a comienzos del siglo XX, el concepto formalista de "constitución" propio de la Teoría Pura del Derecho, el funcionalismo de Bobbio y la remateralización de su contenido presente en las teorías neoconstitucionalistas, es mucho lo que se ha reflexionado y escrito sobre el ser o la esencia de una Constitución.[81]

La Constitución es un objeto cultural y, como tal, su sentido configura significativamente su propio ser.[82] Los objetos culturales más que ser expli-

---

[79] Vigo, Rodolfo L., *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones,* cap. XIII de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, *op. cit.*

[80] *Cfr.* Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Barcelona, Ariel,1994.

[81] Puede consultarse al respecto el trabajo de Fioravanti, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, donde remitimos. Además, la entrada CONSTITUCIÓN.

[82] Seguimos en esto las ontologías regionales propuestas por Husserl.

cados, deben ser comprendidos mediante la captación de su sentido. Los distintos significados constitucionales apuntan, precisamente, a exponer los diversos aspectos de su sentido existencial para facilitar su adecuada comprensión.

Desde diversos ángulos y perspectivas, los significados constitucionales expresan distintos aspectos de una Constitución. Cada uno de ellos da a conocer parcialmente la riqueza de su compleja realidad, sus diversas dimensiones y funciones, tal como son percibidas por la comunidad política, los operadores constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina jurídica. Manifiestan lo que la Constitución representa, lo que la Constitución significa, lo que la Constitución es, en el marco de un sistema político de las democracias constitucionales, cómo ella es visualizada y vivenciada por la comunidad política a la que contribuye a vertebrar, ordenar y configurar.

Adentrándonos en el tema, podemos preguntarnos acerca de cuáles son esos significados que tiene una Constitución en un sistema político. Pienso que podríamos destacar los siguientes:

a) La Constitución como organización político-jurídica fundamental.
b) La Constitución como acuerdo de las fuerzas políticas y sociales.
c) La Constitución como norma jurídica.
d) La Constitución como instrumento de gobierno.
e) La Constitución como carta de derechos fundamentales.
f) La Constitución como instrumento de control del poder.
g) La Constitución como cauce del proceso político.

Desarrollaremos a continuación cada una de estos significados constitucionales.

A. *La Constitución como organización político-jurídica fundamental*

La Constitución es la organización político-jurídica fundamental de un Estado. A través de ella, la convivencia de una sociedad adquiere unidad y es capaz de integrar los elementos que constituyen el sistema político, habida cuenta que la Constitución recoge y expresa los puntos básicos de la organización política, jurídica, económica, cultural, etc. del Estado.

Desde una perspectiva filosófica, podemos decir que la Constitución es, en términos aristotélicos, la causa formal del Estado.

La complejidad de la vida social debe adquirir, para el logro de sus fines y su permanencia en el tiempo, unidad, organicidad y racionalidad. Esto lo

consigue mediante el establecimiento de una Constitución que ordena el sistema de gobierno y formula las pautas de la convivencia social.[83]

La Constitución recoge, utilizando la terminología de Schmidt, "las decisiones políticas fundamentales" sobre el modo de ser de la unidad política, en las que están involucradas numerosos aspectos trascendentales para la vida política: forma de Estado y forma de gobierno, relaciones Iglesia-Estado, bases del sistema económico y financiero, modo de organizar las relaciones internacionales, derechos reconocidos a las personas y grupos sociales, organización y atribuciones de los diversos órganos de gobierno, etc. Todas estas definiciones incidirán fuertemente en la actuación de los distintos operadores constitucionales.

En el mismo sentido, señala Quiroga Lavié:

> …la Constitución hace las veces de "programa" del sistema político, a efectos de prever: quiénes están habilitados para adoptar decisiones de gobierno, cuáles son los mecanismos para controlar y evitar los desvíos o desajustes que se produzcan en el sistema, y cómo se puede renovar o modificar el referido "programa", a efectos de evitar su desajuste con la realidad histórica.[84]

B. *La Constitución como acuerdo de las fuerzas políticas y sociales*

La Constitución es el acuerdo fundamental de las fuerzas políticas y sociales, acerca de sus cometidos históricos, los valores de su convivencia y un programa de gobierno común, de contenido necesariamente amplio.[85] Expresa en este sentido el "agreements on fundamentals", o sea la base común, sobre la que se dará un amplio pluralismo de valores e intereses, propio de todo Estado democrático. Ferrajoli afirma que las constituciones son pactos de convivencia política instrumentados jurídicamente. Por su

[83] "Llamamos a nuestro documento una constitución porque le adjudicamos el poder de constituir o construir la sociedad en que vivimos" (Carter, Lief, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, 1992, p. 227)

[84] Quiroga Lavié, Humberto, *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1987, p. 2.

[85] "La Constitución está llamada a contemporizar, a complacer hasta cierto grado de exigencias contradictorias, que no se deben mirar por el lado de su justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia, para combinarlas con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país" (Alberdi, Juan Bautista, *Bases*, Editorial Plus Ultra, 1994, p. 118).

parte, Carlos Nino recuerda, acudiendo a Alberdi, que la Constitución es como una carta de navegación para guiar los destinos de un Estado.[86]

Por su propia función la Constitución ha de ser vista como bandera y prenda común por casi la totalidad de quienes integran una comunidad política. Es por ello que se justifica plenamente las mayorías más amplias que se requieren para su sanción y reforma.

Señala García de Enterría:

> La Constitución es capaz de convertirse, bajo un Tribunal Constitucional que acierte en su función, en el campo común de juego de las diferentes fuerzas políticas, en la regla de juego básica sobre la cual la competitividad política concreta sus opciones y despliega su legítima lucha, en la regla de fondo que define el consenso fundamental de una sociedad sobre la cual ésta mantiene su vitalidad y desarrolla sus virtualidades y sus cambios y transformaciones creadoras.[87]

Para adquirir este sentido la Constitución necesita de una cierta estabilidad y continuidad en el tiempo que preserve y consolide su prestigio social. Dado este carácter de acuerdo fundamental, sería también erróneo aprovechar una mayoría numérica circunstancial para que un partido o sector pretenda sancionar o reformar la Constitución según su exclusivo punto de vista partidario. La Constitución dejaría de ser prenda común y pasaría a ser considerada como la imposición de un sector a otro, desnaturalizando su propia función integradora.

El significado de la Constitución como acuerdo fundamental guarda relación con lo que Lucas Verdú[88] denomina "techo ideológico" de la Constitución, es decir, la concepción axiológica fundamental a la que cada carta magna adhiere o postula.[89] Cada Constitución lleva implícita una cosmovisión: una determinada concepción del mundo, del hombre, de la sociedad y, en cierta medida, también late en ella una postura ante lo Absoluto. Ese techo ideológico común suele ser tributario de distintas corrientes políticas y culturales que, conservando sus diferencias, descubren o construyen un denominador común, muchas veces mediante el procedimiento del "*over-*

[86] Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, op. cit.,* p. 1.

[87] García de Enterría, *op. cit.*, p. 188

[88] Lucas Verdù, Pablo, *Principio de ciencia política*, T. II, p. 63 y ss.

[89] "La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento", Tribunal Constitucional Español, sentencia del 31-III-81.

lapping consensus" del que habla Rawls. El concepto de techo ideológico tiene significativas consecuencias para la teoría e interpretación constitucional.

C. *La Constitución como norma jurídica suprema*

La Constitución es la *norma suprema* del Estado, cúspide de todo el ordenamiento jurídico que ha de ser congruente con ella, tanto en los procedimientos que le dan origen, como en su contenido. La decisión política adoptada de modo soberano por el Poder Constituyente, se expresa mediante técnicas jurídicas que asignan funciones, confieren atribuciones, reconocen derechos, prescriben conductas, establecen derechos y obligaciones concretas, fijan competencias y procedimientos, etc.[90] Estos elementos conforman la dimensión estrictamente jurídica de la Constitución, sobre la que se funda la supremacía y el control constitucional:

> La Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entera, la norma fundamental, lex superior. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las 'normas de producción', la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una ley perpetua en la aspiración de los comuneros) o duración.[91]

En cuanto texto legal, la Constitución tiene algunas características propias que la distinguen de las demás leyes, entre las que sobresalen su supremacía y la amplitud y apertura del texto de sus prescripciones.

Toda norma o acto contrario a sus disposiciones, por un principio implícito de lógica constitucional, que puede tener o no expreso reconoci-

[90] "La Constitución no es sólo una carta política, o una solemne declaración de principios e ideales, o un magistral reglamento de organización estatal. El secreto fue y es, concebir a la Constitución como norma jurídica, la principal de todas las que ella misma -y en un determinado orden jerárquico- autoriza y origina. Sin conformidad con la Constitución, no hay norma válida. Los jueces deben juzgar aplicando el ordenamiento jurídico, pero siempre bajo la primacía de la Constitución: las leyes y otras previsiones normativas, deben ser interpretadas en el sentido que no contradiga a la Constitución", Barra, Rodolfo, "La Corte Suprema de Justicia y la Separación de poderes", Encuentro de Cortes argentina y americana, agosto de 1993.

[91] García de Enterría, *op. cit.*, p. 50

miento en el texto de la Constitución, deberá ser dejado de lado: "*an act against constitución is void*".

El carácter normativo del texto constitucional exige que ella tenga una depurada técnica jurídica, que permita su correcta utilización por los agentes constitucionales. Crece cada vez más la tendencia a dar carácter operativo a sus disposiciones, aceptándose su aplicación directa por los jueces, más allá de los desarrollos legislativos de sus previsiones. Todo ello, además de ampliar las facultades de los magistrados, ha acrecentado la importancia de esta dimensión jurídica de la Constitución.

A pesar de los avances de la técnica jurídica y debido a la propia naturaleza de la materia que regula, el texto de la Constitución tendrá una amplitud y generalidad mayores que las leyes ordinarias, lo que demandara el empleo de unos criterios interpretativos propios.[92] Sin embargo, la amplitud del texto constitucional no otorga validez a cualquier interpretación. Como ya lo hemos señalado, "la Constitución es una ley. No un poema. La Constitución no significa cualquier cosa que a alguien le plazca. Así la Constitución no puede tener cualquier significado. No es absolutamente indeterminada. Aunque no siempre provee una solución inequívoca".[93]

La fidelidad al contenido de la norma constitucional, la elección de los métodos y las alternativas interpretativas posibles y su adecuada utilización en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, son desafíos que se presentan al juez constitucional al resolver los casos sometidos a su jurisdicción.

D. *La Constitución como instrumento eficaz de gobierno*

Los poderes constituidos, mediante el empleo de la Constitución, han de poder resolver adecuadamente los conflictos y desafíos de la vida social y

[92] "Una constitución, al establecer una estructura de gobierno, al declarar principios fundamentales y al crear una soberanía nacional, en cuanto intenta perdurar a través de las épocas y ha de ser adaptada a las diferentes crisis humanas, no puede ser interpretada con el carácter estricto de un contrato privado. La Constitución de los Estados Unidos, con su propensión a palabras indicativas o de descripción general, marca los perfiles de los poderes otorgados al legislativo nacional; pero no intenta enumerar, con la precisión y el detalle de un código de leyes, las subdivisiones de tales poderes, ni especificar todos los medios por los cuales los mismos han de ser ejecutados" (Legal Tender Case, 1884, según cita de García de Enterría, *op. cit.*, p. 226).

[93] Boggiano, Antonio, *Por qué una teoría del derecho. Introducción a un derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

encaminarla hacia el logro del bien común.[94] Bajo esta perspectiva, se privilegia en la interpretación y la práctica constitucional, aunque no de modo absoluto, el valor de la eficacia en el logro de los objetivos políticos y el adecuado funcionamiento del sistema de gobierno.

Esta dimensión de la Constitución abarca, entre muchos otros aspectos, la definición acerca de las formas de gobierno, la mejor manera de organizar los poderes públicos, las prerrogativas que se han de reconocer a los órganos de gobierno para el cumplimiento de sus fines y el modo de regular sus relaciones entre sí y con los ciudadanos.

E. *La Constitución es una carta de derechos fundamentales*

Bajo esta perspectiva, la Constitución es vista como medio de protección de la libertad individual y de los derechos de los ciudadanos tanto frente al poder público, como frente a los grupos sociales y los particulares. Según este significado, el fin último de toda Constitución es el de asegurar la libertad y dignidad humana, frente a los abusos, por demás frecuentes, del poder público.

Los antiguos pactos y cartas que otorgaban prerrogativas a los súbditos y ciudadanos, han sido vistas como antecedentes de las modernas constituciones, que también propenden a garantizar las libertades públicas.

La Constitución "no es un orden formal por el simple orden, sino un orden en servicio de la justicia y de la dignidad de los hombres y sólo partiendo de este supuesto puede llegar a ser rectamente comprendida y aplicada... el Tribunal constitucional comprende y aplica nuestra Constitución... como un orden de vida bueno y justo para el pueblo".[95]

La defensa y promoción de los derechos humanos, tanto en el orden nacional como internacional, expresa uno de los puntos centrales de la conciencia ético-jurídica contemporánea. La dignidad de la persona humana y las exigencias de justicia que de ella se derivan constituyen una fuente principal de inspiración de los ideales jurídicos y políticos hoy vigentes.

[94] Inicialmente la Constitución norteamericana de 1787, la más antigua entre las hasta hoy vigentes, respondía fundamentalmente a este significado. La prueba más clara de ello es que carecía en un principio de la declaración de derechos, luego incorporada a modo de enmienda, y sólo contenía lo referente a la organización del gobierno federal.

[95] Smend, R., "Festvortrag zur Feier des Zehnjähyrigen", Bestehesns des Bundesverfassungsgerichts am 26 Januar 1962, 342.

F. *La Constitución es instrumento de control del poder*

Como ya hemos dicho, las constituciones modernas pretenden encauzar el proceso político a través de un régimen jurídico que permita limitar el poder estatal y evitar la arbitrariedad.

Esta dimensión de la Constitución es la que destaca de modo particular Karl Loewenstein,[96] quien clasifica a las mismas en normativas, nominales o semánticas en la medida en que hayan alcanzado ese fin primario de toda Constitución.[97]

La Constitución organiza un sistema de controles, tanto horizontales como verticales, para hacer efectiva la limitación del poder, ya que sólo "el poder es capaz de limitar al poder".

G. *La Constitución como cauce del proceso político*

Desde esta perspectiva, la Constitución es vista como el medio, dotado de cierta elasticidad, que pretende encauzar el proceso político, haciendo que el mismo transite a través de sus prescripciones normativas.[98].Es el cauce a través del cual transita la vida social y política de un país. El dinamismo del proceso político hace que el texto constitucional sea, en cierto modo, recreado por sus operadores e intérpretes, para adecuarlo a las actuales exigencias prácticas y axiológicas de la vida social y política. Ello se traduce en el concepto de *living constitution*, formulado por algunos autores americanos.[99]

Esta dimensión de la Constitución se relaciona con los conceptos de interpretación dinámica y mutación constitucional, en la medida en que es

[96] "El Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político, tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios del poder, sea restringido y limitado. Siendo la naturaleza humana como es, no es de esperar que dichas limitaciones actúen automáticamente, sino que deberán ser introducidas en el proceso del poder desde fuera. Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo" (Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983., p. 29).

[97] Loewenstein, , *op. cit.*, p. 216

[98] "La Constitución es una estructura que permite e invita a la evolución de las ideas políticas y de las prácticas gubernamentales" (Carter, *op. cit.*, p. 40)

[99] "En el sistema americano, la jurisprudencia constitucional ha alcanzado a hacer de la Constitución una *living constitution*, un documento vivo y vigente, que cada generación reinterpreta en función de sus necesidades y de sus valores" (García de Enterría, *op. cit.* p. 202).

posible obtener a lo largo de la historia distintas lecturas e interpretaciones de un mismo texto constitucional, a la luz de las nuevas y distintas circunstancias y momentos por los que atraviesa el proceso político.

Este significado constitucional hace también referencia a las condiciones de legitimidad y amplitud de participación, que deben estar presentes en el proceso político en una democracia y que la Constitución está llamada a asegurar. "Una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías frente a cualquier intento de cierre o congelación de la dominación existente por parte de las mayoría más o menos ocasionales".[100]

Todo este conjunto complejo de significaciones y funciones antes esbozado, están presentes en cada Constitución. Quien quiera estudiarla, interpretarla o utilizarla, deberá tenerlo en cuenta. Si intentásemos comprender a la Constitución, sólo desde algunas de sus dimensiones, olvidándonos del resto o prescindiendo de alguna de ellas, caeríamos en un reduccionismo, que desconocería su naturaleza compleja y desvirtuaría, por tanto, la realidad constitucional. Además, en la práctica nos sería difícil poder comprender en profundidad la actuación de la Corte Suprema en muchos de los fallos de nuestra historia constitucional.

2. *La igual e inviolable dignidad de la persona humana y la legitimidad y alcances del procedimiento democrático*

En una época histórica caracterizada por el multiculturalismo, el pluralismo político, los consensos superpuestos (*overlapping consensus*), el *pensiero débole* y la crisis de verdad propia de la posmodernidad, se torna imperioso analizar si los sistemas políticos y jurídicos de las modernas democracias constitucionales pueden descansar sobre algunas verdades sólidas que le sirvan de fundamento último y cuáles podrían ser ellas. La ciencia constitucional y la filosofía del derecho constitucional no pueden rehuir la acuciante y vital cuestión de hallar esas verdades, que han de tener un fundamento real y no ser expresión de meras conjeturas, ni de precarias reglas de juego artificiales, ni de consensos débiles y provisionales. Como alguien sostenía con gran lucidez, tenemos necesidad de raíces para poder sobrevivir y crecer. No nos alcanzan las meras opiniones, hemos de ir en búsqueda de las verdades reales.

[100] García de Enterría, *op. cit.*, p. 188.

Sostiene Karl Loewenstein que un sistema político está conformado por un conjunto de instituciones de gobierno que responden a una determinada ideología, a la que define como "un sistema cerrado de pensamientos y creencias que explican la actitud del hombre frente a la vida y su existencia en la sociedad y que propugnan una determinada forma de conducta y acción que corresponde a dichos pensamientos y creencias y que contribuye a realizarlos".[101]

Aún sin compartir esa noción de ideología como base de un sistema político, es innegable que todo sistema político es tributario de una determinada cosmovisión, de una concepción del hombre y de la sociedad que subyace en las bases mismas de su diseño, organización y funcionamiento.

Analizaremos la interesante relación existente entre el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y el procedimiento democrático. Derechos humanos y democracia parecen ser dos realidades propias del Estado de Derecho Constitucional de nuestros días. Afirma Robert Alexy que "la teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia".[102]

En las modernas constituciones suelen distinguirse tradicionalmente dos partes: la denominada *dogmática* está destinada a establecer cuáles son las decisiones fundamentales que en cuanto a su organización política adopta un Estado y a explicitar los derechos fundamentales que se reconocen a sus habitantes y ciudadanos; y la llamada *orgánica*, cuya finalidad es diseñar los órganos de gobierno y fijar los procedimientos mediante los cuales ellos se constituirán y adoptarán sus decisiones.

La parte dogmática se relaciona más específicamente con el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y la segunda con la regulación del procedimiento democrático como principal fuente de legitimación para la conformación y actuación de los poderes públicos. Estos dos grandes principios están llamados a vertebrar las instituciones de las democracias constitucionales.

Cabría, entonces, preguntarse cuál es la relación que existe entre estos dos principios medulares de las actuales democracias constitucionales: la igual dignidad de la persona humana y la regla democrática mayoritaria

[101] Loewenstein, *op. cit.*, p. 30.

[102] Alexy, Robert, "La institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000, p. 238.

para la adopción de las decisiones públicas. ¿Cuál de ellos tiene mayor jerarquía y capacidad de fundar al otro? ¿la igual dignidad fundamenta la regla de la mayoría o es ésta última la que define y establece a la primera?

La pregunta es crucial y definitiva. Estamos analizando el fundamento y punto de partida desde los cuales se edificará todo el sistema de las democracias constitucionales contemporáneas.

Hay autores, como Kelsen, que señalan que sólo el relativismo, la no afirmación de ninguna verdad como algo absoluto, definitivo y supremo, puede ser la base de las democracias constitucionales.[103] Otros autores como Habermas postulan que un fundamento exclusivamente procedimental a la democracia. Es a través de la discusión racional libre de dominio que se lleva a cabo en los espacios públicos como puede arribarse a establecer las reglas de funcionamiento válidas para la sociedad.

Por nuestra parte, sostenemos claramente que el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana es el que fundamenta, orienta y limita todo el proceso democrático.[104] La persona humana con su igual y eminente dignidad se sienta en la mesa de deliberación y negociaciones que caracteriza al sistema democrático no desde una posición débil y sumisa, sino desde una postura firme y exigente.[105]

[103] "La concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo", Kelsen, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Biblioteca de iniciación cultural, Barcelona, 1934, p. 56.

[104] "Uno de los principios que han recibido una consagración más unánime en las constituciones promulgadas a lo largo del siglo XX es, sin duda, el principio de dignidad de la persona. En efecto, puede afirmarse sin ningún género de dudas que las constituciones occidentales contemporáneas son personalistas, si bien es cierto que el principio personalista no adopta en todas ellas idéntica vía de expresión. La práctica totalidad recurre al reconocimiento de derechos constitucionalmente tutelados, pero sólo algunas de ellas introducen cláusulas generales dirigidas al reconocimiento general del valor de la persona. Entre estas, una buena parte hace referencia explícita a la dignidad del ser humano. El preámbulo de la Constitución de Irlanda (1937) alude a la garantía de la dignidad como fin de la Constitución, y el art. 41 de la Constitución de Italia (1947) menciona la dignidad humana como límite de la libertad económica. Pero indudablemente fue la Ley Fundamental de Bonn (1949) el primer texto constitucional que consagró el principio de dignidad de la persona como principio general, en el frontispicio mismo de la norma constitucional: "La dignidad humana es intangible" (art. 1.1). A partir de ahí, la referencia a la dignidad como base del sistema axiológico constitucional figura en un buen número de textos constitucionales europeos" (Serna, Pedro, "La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos", en *Interpretación constitucional*, t. 2, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 1081-1119.)

[105] El art. 1 de la Constitución de la República Federal de Alemania establece lo siguiente: "1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo

La dignidad de la persona humana y el reconocimiento de los derechos humanos que de ella se derivan son un presupuesto, un fundamento, una orientación y un claro límite a las decisiones que se adopten a través del consenso mayoritario en un sistema democrático. Es la dignidad humana la que fundamenta el necesario respeto que merece el consenso obtenido mediante los mecanismos de participación propios de una democracia y no el consenso democrático el que funda la dignidad de la persona humana y las exigencias de justicia que de ella se derivan. La democracia requiere de un patrimonio estable de verdades aceptadas que no se fundan únicamente sobre el consenso,[106] sino que lo preceden y lo hacen posible.[107] Si se niegan estas verdades fundamentales o la posibilidad de su conocimiento y determinación concreta, ello puede derivar, con frecuencia, en el intento de legitimación de alguna forma de violencia que se ejerce contra el hombre,[108] en la convalidación de alguna decisión arbitraria que una mayoría

---

poder público. 2. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable." Según afirma Benda, esta norma representa la proclamación de un valor absoluto, suprapositivo y preexistente a la propia Constitución, *Cfr.* E. Benda, "Dignidad humana y derechos fundamentales", en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 118. A su vez, el artículo 79.3 de la Constitución alemana establece que el art. 1 es una cláusula pétrea, no susceptible de ser modificada por el poder constituyente de reforma. Afirma su texto: "Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Estados o al principio de la cooperación de los Estados en la legislación o a *los principios consignados en los artículos 1o. y 20*". La consagración de este principio de la dignidad de la persona humana como base y garantía pre-positiva de todo el sistema constitucional alemán ha sido reconocida expresamente por autores como Theodor Maunz y Günter Dürig, poco tiempo después de la sanción de la Constitución alemana, *Cfr.* Maunz, Theodor y Dürig, Günter, *Grundgesetz Loseblatt-Kommentar*, C.H: Beck, München, 1958.

[106] Esas verdades no sólo tienen un contenido procedimental (p. ej, exclusión de la violencia, no exclusión del debate, igualdad del voto y de las oportunidades de participación, etc.), sino también sustantivo: dignidad de la persona humana, respeto de sus derechos fundamentales, etcétera.

[107] El constitucionalista alemán Ernst-Wolfgang Böckenförde sostiene que el Estado Constitucional de Derecho vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. Véase, en el mismo sentido, Ratzinger, J., *Una mirada a Europa*, Madrid, 1993, p. 30.

[108] "Si no existe una verdad última, la cual guía y orienta la acción política, entonces la ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores (o, lo que es igual, neutral respecto a cualquier valor) se

más fuerte logra imponer en un determinado momento a una minoría más débil. Pocas cosas existen más democráticas que el reconocimiento de un orden natural que impera y protege a todos por igual.[109] No todo es disponible política y jurídicamente: esto constituye un punto esencial de la doctrina de los derechos humanos, que se fundamenta en la igual e inviolable dignidad de cada ser humano. Ninguna mayoría podría someter a esclavitud a un grupo minoritario, ni ordenar su exterminio o desaparición, ni desconocer sus derechos esenciales.

La primacía de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y las consecuencias jurídicas fundamentales que de ella derivan, no pueden ser dejada de lado invocando el parecer mayoritario, el multiculturalismo, el derecho a la diferencia, el pluralismo político, el relativismo ético, etc., sin rebajar al hombre, hacer violencia sobre él, debilitar la convivencia social y fomentar el dominio del más poderoso, en sus muy diversos modos.[110] Este principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana actúa como criterio para valorar y medir ética y jurídicamente las conductas y decisiones que adopte una autoridad.

---

convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como demuestra la historia", Juan Pablo II, *Centesimus Annus,* núm. 46.

[109] "Todos los hombres, desde el más fuerte hasta el más débil, son iguales ante la fuerza irresistible de la ley moral. Más allá de las intenciones, a veces buenas y de las circunstancias, a veces difíciles, las autoridades civiles y los individuos particulares jamás están autorizados a violar los derechos fundamentales e inalienables de la persona humana. Por lo cual, sólo una moral que reconoce normas válidas siempre y para todos, sin ninguna excepción, puede garantizar el fundamento ético de la convivencia social, tanto nacional como internacional. Ninguna alianza entre democracia y relativismo ético o teorético puede justificar excepciones, privilegios o la negación implícita de la ley natural. Ni puede admitirse una separación radical entre verdad y política, ni afirmarse que la democracia sólo es compatible con el relativismo ni, menos aún, pretenderse la supremacía de la democracia sobre la verdad y la justicia, que podría reconocer tan sólo derechos *prima facie* graduales o progresivos. Los derechos y los valores no valen en virtud del consenso social, que, según la experiencia, puede cambiar en poco tiempo", voto del Dr. Boggiano en el caso Videla, resuelto por la Corte Suprema argentina el día 21-VIII-03, *Fallos*, 326:2805 (2003).

[110] Afirma en su Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: "*Considerando* que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,
Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,…"

Esta primacía de los derechos humanos respecto del procedimiento democrático es sostenida por el garantismo propuesto por Luigi Ferrajoli. Los derechos humanos son, para este autor, universales,[111] inviolables e indisponibles tanto para las autoridades como para los particulares e incluso para sus propios titulares. Su reconocimiento positivo es fruto de las luchas por lograr el respeto efectivo de la igual e inviolable dignidad de la persona humana ante las amenazas de los poderosos que han pretendido o pretenden desconocer sus exigencias.[112] Gracias a la rigidez de las normas constitucionales, ellos actúan como límite jurídico de lo que puede decidir la mayoría, incluso la totalidad de los ciudadanos.[113] Los derechos constitu-

[111] Sin embargo, cabe señalar que para Ferrajoli esta "universalidad" de los derechos fundamentales no es axiológica, en el sentido de constituir valores objetivos, racionales y autoevidentes; ni tampoco sociológica, es decir, como verdades universalmente compartidas: *Cfr. Principia Iuris*, *op. cit.,* vol. 2, p. 57 y ss. Se advierte claramente una diferencia entre la universalidad de los derechos humanos propuestas desde el iusnaturalismo y la sostenida por Ferrajoli quien se define a si mismo como no cognoscitivista y relativista racionalista.

[112] "Siempre, en la historia, cada conquista de derechos, cada progreso en la igualdad y en las garantías de la persona, han estado determinados por la revelación de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o distintos que se tornan, en cierto momento, intolerables. La persecución de los heréticos y la lucha por la libertad de conciencia al inicio de la edad moderna; luego, la de los disidentes políticos y la batalla por la libertad de imprenta y de opinión; más tarde, la explotación del trabajo obrero y las luchas sociales por los derechos de los trabajadores; después –todavía– la opresión y las discriminaciones de la mujer y las batallas por su emancipación y liberación. Siempre, en cierto momento, el velo de 'normalidad' que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desgarrado por sus luchas y reivindicaciones" (Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, *op. cit.,* p. 179. En el mismo sentido, Ferrajoli, Luigi, "Jueces y política", en *Derechos y Libertades,* núm. 7, 1999, p. 64.

[113] Señala Ferrajoli que la Constitución es el derecho sobre el derecho, "la convención democrática en torno a lo que es indecidible por cualquier mayoría, sea porque no puede ser decidido, sea porque no puede dejar de ser decidido", Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 167. En el mismo sentido: "La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se deba decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el Estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contrapone al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no

cionales de estar suficientemente protegidos por las garantías jurídicas adecuadas, que son las técnicas normativas de tutela de los derechos subjetivos, tanto los negativos de no lesión) como los positivos de prestación). Las garantías se clasifican en primarias o sustanciales y secundarias o jurisdiccionales. Las primarias son las obligaciones de hacer o no hacer establecidas jurídicamente para hacer efectivos los derechos, mientras que las secundarias son las obligaciones que tienen los órganos jurisdiccionales para declarar la ilicitud o invalidez de los actos lesivos de los derechos y garantías constitucionales. Es el respeto y vigencia afectiva de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidas lo que transforma la democracia procedimental en democracia sustantiva. La democracia constitucional, como nuevo paradigma del derecho constitucional europeo de posguerra, es la democracia sustantiva que tutela y promueve la vigencia efectiva de los derechos humanos universales, inviolables e indisponibles. A la hora de la fundamentación de los derechos humanos, Ferrajoli señala "cuatro criterios axiológicos, todo ellos referidos al valor de la persona humana entendida como fin y nunca como medio…: igualdad, democracia, paz y ley del más débil".[114] Algo más profunda y consistente es la tesis de Robert Alexy que sostiene la necesidad de que los derechos humanos estén fundados en una "metafísica constructiva, racional y universal".[115] Para el profesor de Kiel, los derechos humanos son "derechos suprapositivos o morales. Una Constitución sólo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales".[116]

Establecida la primacía ética y jurídica del principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana como base de los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales,[117] se plantea el complejo y arduo problema de establecer en general y en particular cuáles son las exigencias que de él se derivan. Constituyentes, legisladores, jueces, funcionarios, doctrinarios

---

piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de esos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica", Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 859.

[114] Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 15.

[115] Alexy, Robert, "¿Derechos Humanos sin metafísica?", en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Bs. As., 2008.

[116] Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 65.

[117] En el mismo sentido, puede verse: Fernández Segado, Francisco, "La dignidad de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico", *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*, pp. 37-68.

y ciudadanos participarán en esa tarea guiados por esa luz poderosa aunque, por supuesto, no pueda asegurar la infalibilidad de las soluciones que se adopten.[118] Serán los jueces quienes tendrán la palabra final en muchas de esas cuestiones al resolver los casos que se sometan a su jurisdicción. Cargarán, por tanto, con la trascendente responsabilidad de garantizar y hacer efectiva en última instancia esas exigencias, más allá del parecer mayoritario de los gobernantes y de la opinión pública. Actuando de esa manera, no violarán las reglas de la democracia, sino que asegurarán legítimamente sus principios y presupuestos.

El sostener este principio axial de todo el sistema político y jurídico, si bien no puede evitar en la práctica todos los abusos que se cometen contra la dignidad de la persona humana, actúa como ancla, como un faro, como fuente de inspiración y también como vía de retorno ante las decisiones erradas que se pueden cometer.

A la hora de diferenciar las teorías IUSPOSITIVISTAS de las IUSNATURALISTAS sostiene Rodolfo Vigo que para "las orientaciones iuspositivistas 'todo' lo jurídico es puesto por los hombres o una autoridad política o social; mientras que para el iusnaturalismo hay 'algo' jurídico que no es puesto sino reconocido por los hombres".[119] La postura que aquí venimos desarrollando adhiere claramente a la tesis central del iusnaturalismo. Una parte del derecho, el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, tiene juridicidad propia, *per se vigore*, aún más allá de su efectivo reconocimiento jurídico. No es puesto por el hombre sino que le viene dado. Su fundamento no es la voluntad estatal ni el consenso social, sino la intrínseca, igual e inviolable dignidad de la persona humana. Ni el iuspositivismo[120] ni el consensualismo,[121] son capaces de dar un fundamento sólido a los derechos humanos que las Constituciones y Tratados Internacionales

[118] Dworkin califica a la dignidad humana como "una vaga pero poderosa idea", *Los derechos en serio*, *op. cit.*

[119] Vigo, Rodolfo, "Teoría distintiva 'fuerte' entre normas y principios", cap. VI de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, *op. cit.*, p. 118.

[120] Afirma Robert Spaemann que "los derechos humanos entendidos de modo positivista no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables" (Spaemann, Robert, *Lo natural y lo racional*, Rialp, 1989, p. 90).

[121] Por eso, no compartimos la afirmación de Norberto Bobbio quien ha señalado que la discusión sobre el fundamento de los derechos humanos se ha vuelto irrelevante una vez que dichos derechos han sido reconocidos por los Estados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

reconocen, positivizan y formalizan. Sólo el iusnaturalismo es capaz de hacerlo, como bien lo reconoce Eugenio Bulygin.[122]

El proceso democrático es un procedimiento para adoptar decisiones políticas, facilitando la participación y el aporte de quienes son los destinatarios de ellas y que ordinariamente tienen distintas visiones e intereses que deben ser armonizados. No es un procedimiento para crear verdades o normas morales. Es un método de diálogo social que puede facilitar el hallazgo de las mejores soluciones prácticas, integrando las dimensiones morales y técnicas a la hora de resolver los complejos problemas que enfrenta en cada momento la comunidad política. Sin embargo, el proceso democrático no puede ser considerado como un mecanismo procedimental para construir artificial o convencionalmente las verdades morales que, precisamente, son anteriores, fundamentan, orientan y sirven de medida a las decisiones que se adopten.[123] La verdad moral es la que precede y ayuda a configurar la verdad política y no al revés. El consenso puede ser constituir una señal de la verdad de una afirmación moral pero no su fundamento.[124]

El proceso deliberativo democrático, concebido como un procedimiento en el que ciudadanos de igual dignidad, con visiones e intereses contrapuestos y en condiciones equitativas debaten y adoptan decisiones racionales y razonables sobre las cuestiones comunes, es expresión de un altísimo grado de civilización política y jurídica. Encuadrado en sus justos términos, puede ser considerado como el mejor modo, como el ideal, para decidir y gestionar las cuestiones comunes, ya que refleja y acoge principio y valores tan importantes como la igual dignidad de la persona humana, su racionalidad, la capacidad de diálogo, el respeto al pluralismo y a la diferencia, etc. Podría afirmarse que este procedimiento participativo democrático en la adopción de las decisiones sobre los problemas comunes es el que mejor responde al principio de la igual dignidad de la persona humana.

Por otra parte, las exigencias de imparcialidad propias del procedimiento democrático no pueden ser invocadas para anular el debate sobre los

[122] Este iusfilosofo argentino que adhiere claramente al positivismo jurídico, afirma que "si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles" ("Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa*, vol. 4, 1987, p. 84).

[123] Sostiene Arthur Kaufmann que el consenso puede llegar a ser "fuente de derecho justo" siempre que el derecho justo funcione "como límite del consenso", (*La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, *op. cit.*, p. 59).

[124] Señala Andrés Ollero que "el consenso es un mero síntoma racional de la verdad", Ollero, Andrés, "Consenso ¿racionalidad o legitimación?", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 23, Granada, 1983-84, p. 181.

fundamentos y contenidos de las normas públicas morales, alegando la necesidad de una pretendida neutralidad ética en el ámbito político: siempre hay una concepción de la persona y de la comunidad política que subyace y predomina en la esfera de lo público. No se puede, por tanto, invocar una pretendida NEUTRALIDAD o pluralismo de lo público para intentar silenciar o privar de legitimidad a las verdades éticas naturales accesibles a la razón.[125]

En su aspecto sustantivo y no sólo formal, la democracia es una forma de Estado en el que éste reconoce a sus habitantes y ciudadanos derechos civiles y políticos previos que no pueden ser desconocidos ni alterados en su contenido esencial, sino, por el contrario, garantizados y promovidos. Es esta finalidad la que hace especialmente valiosa y atractiva a la democracia, concebida como forma de Estado y no tan sólo como un sistema de gobierno. Curiosamente el derecho constitucional, la filosofía del derecho y la práctica del control de constitucionalidad han privilegiado en las últimas décadas la tutela y garantía de los derechos humanos por sobre el control de los procedimientos gubernamentales que había sido una de las finalidades iniciales del constitucionalismo. Es la defensa y promoción de los derechos humanos fundamentales el ideal que ha dado más vida y entusiasmo a la teoría y práctica de las democracias constitucionales, atraídas por el fascinante ideal de la dignidad de cada persona humana.

Ello ha sido posible gracias a la existencia de las constituciones y del desarrollo de los principios constitucionales. Podemos afirmar que la Constitu-

[125] "En la actualidad, el respeto de la libertad del individuo parece consistir esencialmente en que el Estado no decida sobre el contenido de la verdad. La verdad –también la verdad sobre el bien- no parece algo que no se pueda conocer comunitariamente. Es dudosa. El intento de imponer a todos lo que parece verdad a una parte de los ciudadanos se considera avasallar la conciencia… La magnitud imprescindible de conocimiento y verdad sobre el bien deberá tomarlo el Estado de fuera. Este 'fuera' podría ser –en el mejor de los casos– la pura evidencia de la razón, que sería cultivada y custodiada por una filosofía independiente. Sin embargo, en la práctica, no hay ninguna evidencia racional pura e independiente de la historia. La razón moral y metafísica sólo es eficaz en un contexto histórico, del que depende y al que simultáneamente excede. Todos los estados han reconocido y aplicado fácticamente la razón moral de las tradiciones religiosas anteriores a ellos, las cuales servían también a la educación moral. La apertura a la razón y el nivel de conocimiento del bien es muy diferente en las distintas religiones históricas, como también lo son las formas de coexistencia entre el estado y la religión. La fe cristiana sigue ofreciendo hoy día a la razón el sistema fundamental para conocer la moral, que desemboca en una cierta evidencia o constituye el fundamento de una moral razonable, y sin el que ninguna sociedad puede subsistir", Ratzinger, Joseph, *Verdad, valores y poder*, *op. cit.*, p. 84 y 104

ción tiene un cierto carácter contramayoritario en cuanto ella positiviza y reconoce los contenidos esenciales de los derechos de las personas que no podrán ser dejados sin efecto por las mayorías circunstanciales y fija también los procedimientos de creación normativa que deben ser necesariamente respetados por los poderes constituidos que representan esas mayorías.[126] Podríamos llegar a sostener que en la Constitución el componente "republicano" predomina sobre el "democrático", ya que su finalidad principal es el control del ejercicio del poder político, su subordinación al derecho y la defensa de los derechos de las personas y de las minorías. Las normas constitucionales expresan las reglas comunes y permanentes de la convivencia política más que las decisiones mayoritarias circunstanciales. Establece aquellos puntos y aspectos no disponibles por la simple decisión mayoritaria. Como reconoce Alexy, la Constitución no determina todo el contenido del Derecho ordinario, pero excluye algunos contenidos y exige otros.

Una de las más importantes funciones que está llamada a cumplir una Constitución en un sistema político y una de las fuentes de su AUTORIDAD y legitimidad, es intentar asegurar, en la medida que ello sea posible, la creación de un derecho justo y razonable por parte de los poderes constituidos, incluidos los jueces. Para ello, positiviza y formaliza las principales exigencias de justicia que derivan de la particular e igual dignidad de la persona humana (reconocimiento de los derechos humanos), convirtiéndolas en la base material de la creación jurídica, y establece los procedimientos conforme a los cuales se elaborará todo el derecho infraconstitucional. La creación de esta instancia constitucional, diferente de la legislativa ordinaria a cargo de los poderes constituidos, ha modificado intensamente el proceso de creación normativa estatal y ha sido tal vez la mayor novedad que han conocido los ordenamientos jurídicos occidentales desde el Derecho Romano hasta nuestros días.

Por su parte, el procedimiento legislativo busca establecer el modo de llegar a los acuerdos mayoritarios de los representantes de los ciudadanos sobre cómo reglar, de modo más específico, la convivencia social, en un proceso caracterizado por el debate racional y la transparencia pública. La ley expresa las decisiones mayoritarias que se adoptan dentro del marco establecido por las normas y principios constitucionales.[127] El ámbito cons-

[126] John Locke afirma en su *Tratado del Gobierno Civil* que la primera y fundamental ley positiva de un Estado es el establecimiento de la potestad legislativa.

[127] El Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado desde 1972 una interesante doctrina denominada *parlamentsvorbehalt* o reserva del Parlamento, aún más amplia que la simple reserva de ley. Ella establece que los principios democráticos y del Estado de Derecho obli-

titucional es el propio de los principios y derechos no disponibles mientras que el ámbito legislativo es el de lo que Dworkin a denominado *policies* o políticas, En sentido análogo, Ferrajoli distingue entre una legitimidad política representativa propia de las instituciones de gobierno que están circunscripta al ámbito de lo democrática decidible, de la legitimidad constitucional propia de las instituciones de garantías cuyo cometido es la protección de aquellos no decidibles por la mayoría, ni siquiera por la unanimidad.[128]

La armonización entre los contenidos definidos constitucionalmente, los ámbito de la discrecionalidad legislativa y los alcances del control de constitucionalidad es uno de los más importantes desafíos que hoy tiene planteada la Filosofía del Derecho Constitucional. Tal vez la doctrina sobre el constitucionalismo moderado expuesta por Robert Alexy sea la propuesta más desarrollada y sistemática, aunque con algunas e importantes limitaciones, sobre el particular en el ámbito europeo continental y puede constituir un punto de partida para próximas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. Según Alexy:

> Una buena Constitución tiene que combinar dos aspectos, debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderos públicos, o sea deja abiertos márgenes de acción; y en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y ser decididas por una Constitución.[129]

A la hora de establecer en el ejercicio de la función de control de constitucionalidad cuáles son las cuestiones definidas constitucionalmente a través del reconocimiento de los derechos fundamentales entendidos como mandatos de optimización y cuáles son los ámbitos dejados a la discrecionalidad legislativa, Alexy formula tres reglas: la ley material de la ponderación, la ley epistémica de la ponderación y la ley de conexión.

---

gan a que sea el Parlamento quien, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto se refiere a las derechos constitucionales, como a la organización estatal o las prestaciones administrativas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad.

[128] Ferrajoli, *Principia Iuris, op. cit.*, vol. 1, p. 532 y ss.

[129] Alexy, *Epílogo de la teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 23.

La ley material de la ponderación regula los posibles conflictos que pueden darse entre los principios constitucionales y señala que "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".[130] De acuerdo con esta ley, se pone de manifiesto cómo el peso de los principios no es determinable de ante mano o de modo absoluto, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos que deben ser medidos en las situaciones concretas.

Por su parte, la ley epistémica de la ponderación establece que "cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención".[131]

Por último, la ley de conexión establece que el principio formal de la competencia del legislador con legitimidad democrática no puede prevalecer sobre un principio iusfundamental material. Es decir, la simple invocación de la legitimidad democrática del poder legislativo no puede llevar a desplazar los contenidos de los derechos establecidos como principios en la Constitución.

Según Alexy, la articulación de estos principios equilibra adecuadamente en la práctica las competencias legislativas y la jurisdicción propia de los tribunales constitucionales y permiten "una incorporación exitosa de la jurisdicción constitucional en el proceso democrático".[132]

Describiendo esta propuesta de Alexy y en diálogo con este autor, sostiene Luis Cruz:[133]

> Los principios iusfundamentales, según la concepción de Alexy, ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*, es decir, presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Tanto la ley material de ponderación como la ley epistémica ponen de manifiesto cómo el orden constitucional de los valores no es un orden duro, completo y cerrado, que establece para cada caso concluyentemente un único resultado, sino más bien un orden blando, con prioridades *prima facie* que conducen a una estructuración de la argumentación apoyada en los principios (…) Si se constata que una intervención muy intensa en los derechos fundamentales no puede justificarse por ninguna razón sustancial, dicha intervención vulnera claramente el derecho fundamental.

[130] *Ibidem*, p. 31

[131] *Ibidem*, p. 55.

[132] *Cfr.* Alexy, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y libertades*, vol. 8, 2000, p. 41.

[133] Cruz, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?, op. cit.*, p. 60.

Los principios iusfundamentales materiales y el principio de competencia del legislador, por tanto, no pueden contraponerse directamente en la balanza.[134] Gracias a la ley epistémica de ponderación y a la ley de conexión, los márgenes de acción cognitivos aparecen limitados y controlables, lo cual justifica la institucionalización de una jurisdicción constitucional. Sin embargo, con dicha institucionalización no se termina de solucionar el problema del control. Todavía se corre el peligro real de que el Tribunal Constitucional se deslice hacia un paternalismo judicial que podría dar como resultado la transición del Estado legislativo parlamentario a un Estado de potestad jurisdiccional del Tribunal Constitucional.[135] Para evitar este riesgo es necesario, a juicio de Alexy, "una incorporación exitosa de la jurisdicción constitucional en el proceso democrático".[136] Esto supone que el Tribunal Constitucional se conciba como una instancia de reflexión del proceso político y que sea aceptada como tal. Para ello, no sólo debe exigir *negativamente* que el resultado del proceso político no contradiga los parámetros de los derechos fundamentales, sino que además debe fundamentar *positivamente* su exigencia de tal manera que los ciudadanos puedan aprobar racionalmente los argumentos del Tribunal.[137] Ahora bien, lo anterior no significa que los derechos fundamentales deban interpretarse de modo que protejan lo que *todos los ciudadanos* consideran tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria. Lo que los ciudadanos consideran importante depende en última instancia de su "concepción moral", es decir, de sus ideales, de sus representaciones del bien, de sus convicciones religiosas y de su concepción del mundo. Más bien, los derechos fundamentales deberán interpretarse de acuerdo con una "concepción moral pública", que pone de manifiesto una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo.[138] Por tanto, lo que el Tribunal debe plantearse es "qué es aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de

[134] *Cfr. Ibidem*, p. 61-62.

[135] *Cfr.* Alexy, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *op. cit.* p. 40.

[136] *Ibidem*, p. 41.

[137] *Idem*.

[138] *Cfr.* Alexy, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *cit.*, p. 39. Alexy toma la expresión de Rawls, *El liberalismo político*, Doménech, A. (trad.), Crítica, Barcelona, 1996, p. 67 (Rawls, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993).

cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello".[139] De esta forma, un Tribunal Constitucional que intente responder seriamente no pretenderá situar su concepción en contra de la del legislador, sino que aspirará más bien a configurarla como una *representación argumentativa* de los ciudadanos. Así, concluye Alexy, "[c]uando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación".[140] El constitucionalismo moderado propuesto por Alexy pretende situarse, de este modo, como una vía entre el Estado jurisdiccional y el Estado legislativo que se sitúa claramente del lado del primero, aunque intentando preservar los principios de la democracia formal. La Constitución ordena y prohíbe ciertas acciones mediante las normas iusfundamentales y los principios formales estableciendo así tanto un orden marco como un orden fundamental. A su vez, deja abiertos márgenes de acción, estructurales y epistémicos, confiando una cierta discrecionalidad al legislador para la concretización de los derechos fundamentales. Del mismo modo, la intervención de un Tribunal Constitucional, cuando constata una violación de los deberes y de la competencia por parte del legislador, no supone un desplazamiento inconstitucional de la competencia del Tribunal hacia el ámbito de la legislación. Esta intervención no sólo está permitida, sino también ordenada por la Constitución, en la medida en que ésta determina el marco de su acción. Por tanto, lo que está en discusión, a juicio de Alexy, no es si el Tribunal Constitucional tiene competencias en el ámbito de la legislación, sino su alcance: la defensa de un orden marco que establece simultáneamente un orden fundamental.[141] De este modo, el modelo teórico-constitucional propuesto por Alexy logra una articulación, siempre en tensión, entre la legislación, la Constitución y el Tribunal Constitucional. A su juicio, la versión más ambiciosa de una teoría material de los derechos humanos o fundamentales sería una teoría que contuviera para cada caso una única solución correcta. Sin embargo, en un mundo marcado por el hecho del pluralismo, este intento está condenado al fracaso. Queda, por tanto, la sola posibilidad de un orden a través de relaciones concretas de prioridad, que expresen el peso relativo de los principios en determinados casos o grupos de casos. Por ello, no cabe esperar demasiado de una teoría material de los derechos fundamentales. Lo único que puede exigirse de

[139] Alexy, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *op. cit.*, p. 40.

[140] *Ibidem*, p. 40.

[141] *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 526-529.

ella es que estructure la argumentación iusfundamental de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible.

Esta postura de Alexy contiene elementos valiosos a la hora de iluminar la posición institucional y la labor jurisdiccional de los tribunales constitucionales en las democracias constitucionales, pero conlleva una limitación importante: debilita, en última instancia, la concepción fuerte de los derechos humanos, o al menos de parte de sus contenidos esenciales, como "vallas infranqueables" en la satisfacción de intereses colectivos. Si bien establece algunas protecciones a los derechos constitucionales entendidos como principios que contienen mandatos de optimización y prohibiciones e intenta armonizar esa protección con el reconocimiento de los ámbitos de discrecionalidad legislativa, ningún contenido de los derechos humanos tiene en su concepción un carácter absoluto, indisponible e inviolable, sino que todos ellos están sujeto a los criterios de la ponderación.

3. *La Cratología constitucional: la visión del poder*

Toda organización política requiere de un gobierno, de alguien que coordine y dirija las acciones comunitarias, fije el rumbo a seguir, solucione los inevitables problemas y conflictos de la vida social, hable y decida en nombre del grupo y recree permanentemente su unidad.

Todo gobierno requiere del poder, de esa energía espiritual que gracias a su superioridad asume el gobierno de la sociedad, mediante la continua creación del orden y del derecho, al decir de Maurice Hauriou.

La existencia de poder origina necesariamente la relación mando-obediencia que suele ser problemática para el principio de la igual dignidad de la persona humana. Por su parte, la experiencia histórica muestra con claridad y abundantes ejemplos los peligros y las consecuencias del abuso del poder. Esta actitud de prevención y desconfianza hacia el poder político es la que está en la base de todas las instituciones constitucionales. La cratología o reflexión acerca del poder político ha estado presente de modo expreso o implícito en las elaboraciones constitucionales y es uno de los temas de la agenda de la Filosofía del Derecho Constitucional. La postura que se tenga ante el poder político será semejante a la concepción favorable o desfavorable que se sostenga acerca del Estado y de la autoridad estatal.

La realidad del poder aparece a veces como algo temible y peligroso, capaz de amenazar esa igual e inviolable dignidad de la persona humana,

pilar de todo el orden político y jurídico. Como afirmara en su momento Montesquieu, 'todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites'. En el mismo sentido, nos recuerda Lord Acton que "el poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromper absolutamente". Incluso hay autores, como Loewenstein, que ponen de manifiesto un cierto componente "demoníaco" del poder.[142] Ferrajoli pareciera suscribir todas estas legítimas prevenciones hacia el poder al desarrollar, como hemos visto, su doctrinas garantistas.[143]

Otras escuelas filosóficas tienden a considerar fundamentalmente el poder como un instrumento de dominación y de alienación que es necesario desenmascarar, denunciar, desconstruir y, en algunos casos, hasta eliminar. Las teorías críticas, marxistas, feministas y desconstructivistas comparten en buena medida esta última visión. También expresan una postura de desconfianza hacia el poder, incluso hacia el poder constitucionalizado, las posturas, como la de Böckenforde, que señalan que la concepción de los derechos entendidos no tan sólo como garantías (dimensión subjetiva), sino como valores o mandatos de optimización (dimensión objetiva) pueden llevar a que los mismos sean invocados para ampliar el radio de acción de la autoridad estatal y no más bien para limitarlo, como fue la intención inicial del constitucionalismo liberal.

En base a todo lo anterior, podemos sostener que el poder político puede ser visto como un mal absoluto, como un mal necesario o como un bien necesario pero temible, por el peligro de su descontrol. Nos inclinamos por esta última postura. En ese sentido, el poder político sería en parte parecido a la energía atómica, una realidad positiva pero que requiere de necesarios y eficaces controles y previsiones para su uso adecuado,[144] de modo tal que ella no se descontrole ni se la utilice para fines no benéficos para la humanidad. Con esta finalidad ha surgido el derecho constitucional, que se propone juridizar, racionalizar, civilizar, controlar el proceso político, es decir, la lucha por la obtención del poder público y su ejercicio desde el gobierno.

[142] Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, 28.

[143] "El poder –todos los poderes, sean públicos o privados- tienden en efecto, ineludiblemente a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho" Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho, op. cit.*, p. 121.

[144] Afirma Alexander Hamilton en *El Federalista*: "Si los hombre fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, no serían necesarios controles al gobierno, ni externos ni internos. Al organizar un gobierno que será administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad radica en que primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados, y en segundo lugar, obligará a controlarse a sí mismo" (*El Federalista,* México, Fondo de la Cultura Económica, 1974, p. 220.)

En este sentido el constitucionalismo, con su propuesta de un poder efectivo pero limitado, temporario, distribuido, controlado, equilibrado por contrapoderes institucionales y sociales y sujeto al derecho, representa, como hemos ya señalado, una de las mejores tradiciones que han surgido en Occidente a lo largo de toda su historia.

Este ejercicio del poder político limitado, sujeto al derecho y en el que está previsto la participación ciudadana es el más acorde con el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, el único que se puede considerar hoy ética y jurídicamente legítimo.[145]

4. *La distinción entre reglas y principios*

Desde el punto de vista de la lógica jurídica, uno de los desarrollos más significativos de la Filosofía del Derecho Constitucional de la segunda parte del siglo XX ha sido la distinción entre reglas y principios.[146] El sistema normativo dejó de ser un tejido integrado por elementos homogéneos, sino que comienza a distinguirse entre reglas y principios.[147]Esa distinción, ya señalada en los años posteriores a la segunda guerra mundial por

[145] Ha afirmado el Tribunal Constitucional alemán: "La dignidad de la persona exige que no se pueda disponer súbitamente de sus derechos por motivos de poder; el individuo no debe ser sólo objeto de la decisión jurisdiccional, sino que debe tener voz en una decisión que afecta a sus derechos, para poder influir en el procedimiento y en su resultado", BVerfGE 9, 89 (95). Y también al ser humano le corresponde en la comunidad un derecho a ser considerado y respetado; por ello lesiona la dignidad humana reducirlo a mero objeto del Estado", BVerfGE 50, 166 (175). Agradezco al Dr. Pedro Serna estas dos citas.

[146] En el mundo anglosajón tiene lugar a partir de 1965 la polémica entre Hart y Dworkin acerca de la relación entre Moral y Derecho en la determinación de la validez del Derecho y en su interpretación. Dworkin expone sus tesis en los seis primeros capítulos de su obra *Los derechos en serio, op. cit.*, que fueron contestadas por Hart en el *Poscriptum* de Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-276. Dworkin afirma que la intención de su obra es someter a severa crítica dos tesis de lo que él considera que es la teoría jurídica predominante en el mundo anglosajón. Según la primera de ellas "la verdad de las proposiciones legales consistes en hechos que hacen referencia a la reglas que has sido adoptadas por instituciones sociales específicas y en nada más". De acuerdo a la segunda "el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y a nada más". Frente a esas dos tesis del positivismo, Dworkin va afirmar que el universo jurídico no sólo se compone de normas sino también de principios y que la obtención del bienestar general tiene como valla infranqueable el reconocimiento de los derechos personales que son previos a la creación por la legislación positiva. (véase, NORMA JURÍDICA)

[147] *Cfr.* Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 86 y 87.

Perelman[148] y Esser,[149] fue desarrollándose progresivamente y creciendo en importancia y ha adquirido una particular relevancia en el ámbito del derecho constitucional debido, especialmente, a que los derechos constitucionales pasaron a ser considerados como principios que contienen un mandato de optimización del constituyente hacia el legislador y a la juez.

Tal vez sea Robert Alexy uno de los autores que más contribuciones haya realizado en esta materia dentro del ámbito del derecho continental.[150] Para el profesor de Kiel "principios y valores son, por tanto, lo mismo contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso, bajo un aspecto axiológico".[151] Los principios, a diferencias de las reglas, pueden ser cumplidos en distintos grados de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del contexto en el que son aplicados. El operador jurídico ha de procurar darle el máximo grado de cumplimiento posible, ya que los principios de mandatos de optimización que ordenan llegar al máximo posible. Por su parte, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o incumplidas. El operador jurídico está obligado a hacer lo que en ella se indica, ni más ni menos. Señala Zagrebelsky que la distinción entre principio y regla en análoga a la que existe entre Constitución y ley ordinaria. La norma Constitución tiende a actuar más como principio y la ley ordinaria como regla.

Podemos señalar las siguientes características de los principios con una particular relevancia para el derecho constitucional:

— los principios expresan exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad;[152]
— tiene *per se vigore*, juridicidad propia, intrínseca, radical y obligatoria derivadas de su contenido moral; están llamados a ser reconocidos pero no establecidos por las autoridades estatales;[153]

[148] *Cfr.* Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *op. cit.*.

[149] *Cfr.* Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 31

[150] *Cfr.* Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, y "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, núm. 5, p. 139 y ss. Este autor ha postulado la existencia de teorías distintivas fuertes y débiles entre normas y principios. Desarrollando esta postura Rodolfo Vigo señala veintitrés diferencias que pueden establecerse entre las normas y principios *Cfr.* Vigo, "Teoría distintiva 'fuerte' entre normas y principios", cap. VI de su obra *Constitucionalización y judicialización del estado*, *op. cit.*

[151] Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *op. cit.*

[152] Dice Ronald Dworkin que los principios son "estándares que no son normas, y que han se ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad", *Los derechos en serio, op. cit.*, p. 72.

— tienen, al decir de Alexy, "forma jurídica pero contenido moral";[154]
— tienen fuerza normativa e integran junto con las reglas el orden jurídico. Por ello, pueden ser utilizados por los operadores jurídicos para decidir y justificar qué conducta concrete debe ser mandada, prohibida o permitida. Integran, por tanto, el sistema de fuentes del derecho, cuya formación ha dejado de estar en exclusivo en manos de las autoridades estatales como proponía el legalismo decimonónico;
— sus contenidos tienden a identificarse y expresarse a través de los derechos humanos reconocidos por las normas constitucionales e internacionales. Su ubicación normativa más común suele ser el texto constitucional;
— no tienen la estructura hipotética propia de las reglas (si se dan tales hechos concretos se deben verificar de modo perentorio y definitivo ciertas consecuencias excluyendo cualquier otra mejor solución), sino que son mandatos de optimización que están llamados a ser satisfechos del mejor modo, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y normativas disponibles;[155]
— su utilización no se rige por la rígida subsunción de los hechos del caso en la regla general, sino en la ponderación, en el balance y armonización de los distintos principios que pueden resultar aplicables al caso, de acuerdo con su peso o importancia relativa;
— tienen una función explicatoria y justificatoria de las reglas, por lo que estas últimas les suelen estar subordinadas. La validez de las reglas se basa en los principios o en otras reglas.

---

[153] Señala Nino que "los principios a los que Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales y es precisamente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados pro el hecho de derivar se una fuente fáctica social… Cuando un estándar es reconocido como un principio moral, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez", *La validez del derecho*, Astrea, Bs.As, 1985, p. 153.

[154] *Cfr.* Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *op. cit.*, p. 16.

[155] Señala Peczenik que "si alguien está en una situación regulada por una regla, sólo tiene dos posibilidades, obedecer la regla en cuestión o desobedecerla… Un principio valorativo por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor", Peczenik, A., "Dimensiones morales del derecho, *Doxa*, núm. 8, 1990, p. 92.

El "redescubrimiento" de los principios como parte integrante del ordenamiento jurídico ha transformado fuertemente su definición, su textura y el modo en que él puede ser operado por los distintos agentes jurídicos, especialmente por el juez constitucional. Ha sido de una especial importancia para el cambio de paradigma iuspositivista al neconstitucionalista o metapositivismo.

5. *De la interpretación a la argumentación jurídica*

El concepto y el término *interpretar* originariamente hacen referencia al sentido de una realidad y más específicamente a un texto o documento (religioso, literario, legal, etcétera) cuyo contenido tiene que ser comprendido, aclarado o precisado (véase, INTERPRETACIÓN DEL DERECHO, INTERPRETACION CONSTITUCIONAL). Si bien ese concepto estaba ya presente en el Derecho Romano, el desarrollo de la teoría y práctica de la exégesis se desarrolló fundamentalmente en Occidente en función de la interpretación de los textos bíblicos, portadores de la revelación divina y, por tanto, de unas verdades definitivas y completas cuyo sentido más profundo tenía que ser develado por la razón humana.[156]

El legalismo europeo moderno intentó de algún modo "sacralizar" la ley, como expresión de la razón y de la voluntad general. Por eso, introdujo en el mundo jurídico conceptos y términos propios inicialmente de la Teología. Los términos *exégesis*, la *hermenéutica* y la *dogmática jurídica* son, en parte, tributarias de este intento.

La concepción legalista que pretendía reducir a los jueces a meros reproductores de la ley predomina en Europa a lo largo de las ocho primeras décadas de siglo XIX, alcanzado su cenit con la escuela de exégesis francesa y la *jurisprudencia de conceptos* alemana receptora de las elaboraciones exegéticas de Savigny. El derecho es un sistema cerrado de normas que tiene que ser analizado y operado racional y lógicamente. La interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática de los textos jurídicos, son los

[156] En este punto vale la pena traer a colación las distintas posturas de la Iglesia Católica y del protestantismo acerca de la Revelación y la exégesis. Las confesiones protestantes se inician bajo el principio de "sola Scriptura", el texto bíblico es la única fuente de la Revelación divina: los libros canónicos de la Biblia como "la única regla y norma según la cual todas las doctrinas y maestros deben ser juzgados". La enseñanza católica reconoce que tanto la Sagrada Escritura como la tradición vida de la Iglesia son fuentes de la Revelación y ellas son interpretadas auténticamente por el Magisterio eclesiástico.

principales criterios hermenéuticos que deben utilizar quienes operan con ellos.

Rudolf von Ihering, con su obra *El fin del derecho* publicada en 1883, realizará un significativo aporte para superar el "paradigma legalista" a ultranza. El derecho ya no es sólo visto como un sistema cerrado de normas, sino como un instrumento que el legislador utiliza para alcanzar determinados fines y valores. Surge, por tanto, el criterio teleológico como principal método de interpretación y el juez pasa a ser un realizador más activo de las finalidades definidas por el legislador. La jurisprudencia de concepto se transforma en *jurisprudencia de intereses*.

En las primeras décadas del siglo XX surge y predomina el modelo del positivismo kelseniano que con su "intento purificador" del derecho, lo reduce a una estructura lógico formal normativa y se desentiende de los procesos interpretativos. Como hemos visto, la interpretación es, según esta concepción, un mero acto de voluntad sólo condicionado por el previo designio del Constituyente y del legislador. Al no admitirse la racionalidad práctica, la sentencia se convierte en un acto de mero arbitrio judicial.

Tras la segunda guerra mundial el modelo legalista se derrumba en Europa. Hay notables modificaciones en el ordenamiento jurídico, en la ciencia del derecho y, gradualmente, en la práctica judicial, particularmente de los tribunales constitucionales. El derecho no se reduce ya más a la ley, se reconoce el carácter normativo de la Constitución como norma supralegal portadora de una estructura de valores, surgen y se desarrollan los principios jurídicos, los jueces asumen un rol mucho más activo en la interpretación y aplicación del derecho. En materia de interpretación jurídica, entre las muchas novedades, cabe mencionar el surgimiento de la concepción problemática y tópica del derecho, cuyo exponente inicial en Alemania es Theodor Viehweg.[157] La finalidad de la actividad judicial no es el mero apego a la ley ni a los fines del legislador, sino la obtención de soluciones razonables y fundadas a los problemas que se le plantean al juez. El proceso se convierte en un discurso o debate argumentativo[158] donde se exponen razones de muy variado tipo.[159] La tarea argumentativa predomina sobre

[157] *Cfr.* Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, *op. cit.*

[158] Así fue reconocido expresamente por el tribunal constitucional alemán en 1990: *Cfr.* B VerfGE 82, 30. Agradecemos esta referencia a José David Botteri.

[159] Como dice el Tribunal Constitucional Federal alemán, "la decisión del juez debe basarse en argumentos racionales", libre de toda arbitrariedad ("Der Richter muß sich dabei

la exégesis, por lo que al decir de Alexy "interpretar" pasa a ser sinónimo de "argumentar".[160] Se pasa así a una *jurisprudencia de principios y de argumentos*, que por último desemboca en *hermenéutica jurídica*.[161] El sistema jurídico, cada vez más complejo y variado, ofrece a través de la diversidad de sus elementos componentes, una multitud de posibles lecturas, una amplia posibilidad de conexiones significativas entre ellos, lo que unido a las diversas precomprensiones de los operadores jurídicos multiplica casi al infinito las posibles interpretaciones que son posibles realizar en el universo jurídico.[162] Todo esto provoca una disminución notable de la vinculación y obligatoriedad de los textos legales por parte del intérprete jurídico, premisa de la que había partido el legalismo a comienzos del siglo XIX. El derecho, en particular los principios y valores constitucionales, en las manos se los jueces y demás operadores jurídicos se vuelve mucho más dúctil, al decir de Zagrebelsky,[163] no sólo se trata de justificar la decisión en el derecho, sino de justificar el propio derecho, su contenido y obligatoriedad. Esto pasa a ser el nuevo paradigma hermenéutico, el nuevo contenido de la tarea del intérprete. La ponderación judicial es el modo de resolver los aparentes conflictos de derechos, entre legítimos intereses públicos y privados, entre normas y exigencias prácticas. Vemos, por tanto, el notable cambio que ha experimentado el contenido del término interpretación jurídica en el contexto europeo y, en particular, en Alemania.

Uno de los autores que más ha desarrollado y sistematizado este nuevo paradigma de la interpretación jurídica, es, sin lugar a dudas, Robert Alexy con su teoría discursiva dialógica racional.[164] Según ella, el discurso jurídico es un supuesto especial del discurso ético-practico general, que tiene como pretensión alcanzar la corrección jurídica, es decir, el dar respuesta racio-

---

von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen" -BVerfGE, 34, 269 (287), "Soraya-Entscheidung", del 14 de febrero de 1973-).

[160] *Cfr.* Alexy, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, *op. cit*.

[161] *Cfr.* Serna, Pedro (ed.), *De la argumentación jurídica a la Hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Comares, Granada, 2003; Kaufmann, Arthur, "Concepción hermenéutica del método jurídico", *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, p. 12.

[162] Aarnio se anima a redefinir el concepto de fuentes del derecho como "toda razón que puede ser usada como base justificatoria de la interpretación" (Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,1991, p.123).

[163] *Cfr.* Zagrebelsky, *El derecho dúctil, op. cit*.

[164] *Cfr.*, entre otras, las siguientes obras: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*; "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *op. cit.* Para profundizar en el pensamiento de este autor remitimos a Vigo, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, op. cit.,* a quien seguimos en este punto.

nal y fundada a los problemas sobre lo correcto y lo incorrecto, sobre lo justo y lo injusto, para luego imponer la decisión adoptada de modo coactivo e institucional. Para el profesor de Kiel, es posible establecer criterios procedimentales racionales que rijan esa práctica discursiva jurídica, que están propuestas en lo que él denomina "código de la razón práctica" que regula lo que debería ser una discusión argumentativa racional ideal con pretensión de alcanzar la corrección jurídica.[165] Estas reglas del discurso ideal hay que confrontarlo con la práctica real de los operadores jurídicos. El discurso jurídico tiene exigencias propias, como lo son la sujeción a la ley, el tener en cuenta los precedentes, las contribuciones de la ciencia jurídica y las reglas procesales. La actuación del operador jurídico está sometida a las reglas y principios, con las distinciones que entre ellos hemos establecido en el tercer apartado, en base al cual se formulan los distintos argumentos que fundan sus pretensiones y/o decisiones.

En lo que se refiere a la delimitación de los derechos fundamentales en un caso concreto, para Alexy, esta cuestión está regida por la pauta de su optimización. Los derechos tienen que realizarse en la mayor medida posible, teniendo en cuenta tanto las posibilidades fácticas como jurídicas. Para el examen de las posibilidades fácticas hay que tener en cuenta la existencia de otros cursos de acción alternativos al establecido por el legislador. Si la limitación de un derecho fundamental establecida por la ley no es necesaria o imprescindible para alcanzar los objetivos perseguidos por el legislador o si hay otros medios alternativos aptos para alcanzarlos que limitan en menor medida ese derecho, la regulación legislativa debe ser desplazada a favor de la protección del derecho fundamental. Por su parte, en la determinación de las posibilidades jurídicas hay que tener en cuenta la existen-

[165] Sostiene Rodolfo Vigo que si bien la teoría del discurso de Robert Alexy contenía elementos estrictamente procedimentales, posteriormente su autor fue incorporando contenidos sustanciales. Así Alexy sostiene que "los seres humanos, tal y como existen realmente están en principio, en disposición de distinguir las buenas de las malas razones a favor de los enunciados sustantivos. La teoría del discurso asume, pues que los participantes posen en principio una capacidad suficiente de juicio" (Alexy, Robert, "Ley fundamental y teoría del discurso", en Cardinaux, Clericó y D'auria, *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho, UBA, Bs. As., 2006, p. 22). También sostiene este autor que "libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos son los elementos fundamentales de la teoría discursiva de la justicia" (Alexy, Robert, "Justicia como corrección", *Doxa*, vol. 26, 2003, p. 161). Su visión sobre el carácter moral de los derechos humanos y la necesidad de su fundamentación metafísica que hemos expuesto en el apartado segundo de esta sección, van en la misma dirección.

cia de otras reglas y principios que también están vinculadas con el caso a resolver. Todo ello hace que la delimitación de un derecho constitucional, entendido como un mandato de optimización, sea algo mucho más complejo que la mera subsunción de un caso en una regla. Se requiere acudir a un proceso de ponderación racional. El juez, como decisor final, tendrá que ponderar el peso de cada principio en la resolución del caso concreto sometido a su jurisdicción, guiados por las pautas racionales que le proporciona el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad *strictu sensu*, y las pautas de la ponderación material y epistémica que hemos expuesto en el apartado segundo de esta tercera sección de nuestro trabajo donde remitimos.

Todas estas elaboraciones alexyanas constituyen un intento para regular y encuadrar la actividad del juez constitucional en el modelo institucional de las democracias constitucionales de nuestros días.

V. Conclusiones

En base a lo que hemos desarrollado en los tres primeros apartados de este trabajo, podemos extraer las tres siguientes conclusiones finales:

Desde la segunda guerra mundial hasta nuestros días se ha dado una profunda transformación en los ordenamientos jurídicos europeos y se ido desarrollando una nueva etapa del constitucionalismo continental caracterizada por el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

Esta nueva etapa, que muchos han dado en llamar neoconstitucionalismo, está caracterizada por el importante desarrollo de la dimensión jurídica del fenómeno constitucional, lo que ha ocasionado la creciente juridización, constitucionalización y judicialización de la vida social y política de los estados europeos.

Desde el punto de vista teórico, el surgimiento del neoconstitucionalismo ha provocado el debilitamiento, el desplazamiento y la superación del positivismo jurídico normativista como teoría dominante en el escenario europeo y su reemplazo por las doctrinas afines al neoconstitucionalista, con un rematerialización del fenómeno constitucional y nuevos modelos conceptuales para describir y operar el derecho. Ello no implica necesariamente la adopción plena de las tesis iusnaturalistas pero sí el abandono de las posturas positivas más extremas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid,1991.

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, Editorial Plus Ultra, 1994.

ALEXY, Robert, "¿Derechos Humanos sin metafísica?", en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Bs. As., 2008.

_____, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, 2002.

_____, "Justicia como corrección", *Doxa*, vol. 26, 2003.

_____, "La institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000.

_____, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y libertades*, vol. 8, 2000

_____, "La naturaleza de la filosofía del derecho", *Doxa*, núm. 26, 2003.

_____, "Ley fundamental y teoría del discurso", en Cardinaux, Clericó y D'auria, *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho, UBA, Bs. As., 2006

_____, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático" en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

_____, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALTERIO, Ana Micaela, "El ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli desde una mirada política", ponencia presentada al Ier Encuentro de Jóvenes investigadores de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: neoconstitucionalismos en tiempos de postdemocracia, Universitat de València 25-IV-12.

ARAGÓN REYES, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo, *Jueces y Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2004.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ed. Barcelona, Ariel, 2001.

ATRIA, Fernando, "La ironía del positivismo jurídico", *Doxa*, núm. 27, 2004.

BACHOFF, Otto, *Jueces y constitución*, Taurus, Madrid.

BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

BOBBIO, Norberto, "Hacia una teoría funcional del derecho", en *Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Astrea, Bs. As., 1976.

_____, "La teoría pura del derecho y sus críticas", traducción publicada en Ruiz Miguel, Alfonso, *Contribución a la teoría del derecho de Norberto Bobbio*, Fernández Torres Editor, Valencia, 1980.

BÖCKENFÖRDE, E.W., "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", en Böckenförde, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

BONGGIOVANNI, Giorgio, *Costituzionalismo e teoría del Diritto*, Bari-Roma,Editori Laterza, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, Mayo-Agosto 1986

CARTER, Lief, *Derecho Constitucional Contemporáneo*, Abeledo Perrot, 1992.

COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico", *Isonomía,* vol. 16, 2002.

COUTURE, Eduardo, J., en el prefacio a la obra de Goldschmidt, James, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950.

CRUZ, Luis, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, Comares, Granada, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

_____, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La dignidad de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico", *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*.

FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012.

FERRAJOLI, Luigi, "El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y sus divergencia de la realidad, en Ibáñez, Andrés, *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta.

_____, "Garantías", en *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, 2000.

_____, "Jueces y política", en *Derechos y Libertades,* núm. 7, 1999.

_____, "Principia Iuris. Una discusión teórica", *Doxa,* núm. 31, 2008.

_____, *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

_____, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, vols. 1 y 2.

FINNIS, John, *Absolutos morales*, Eiunsa, Barcelona, 1993.

_____, *Aquinas*: *Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998

_____, *Ley Natural y derechos naturales*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, donde remitimos. Además, la entrada CONSTI-TUCIÓN.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Ed. Civitas, 1985.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, "Recepción de postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional," en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 10, 2008.

GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", en *Estudios de teoría constitucional*, México, IIJ-UNAM, Fontamara, 2001.

HART, H.L.A., *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1994.

HASSEMER, Winfried, "Derecho natural en el derecho constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003

HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, p. 27.

KAUFMANN, Arthur, "Concepción hermenéutica del método jurídico", *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

_____, *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992

KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, Biblioteca de iniciación cultural, Barcelona, 1934.

_____, *Teoría Pura del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 1981.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 2001.

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel,1994.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983.

_____, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1970.

NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Bs. As., Astrea, 1992.

OLLERO, Andrés, "Consenso ¿racionalidad o legitimación?", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 23, Granada, 1983-1984.

_____, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.

PÉREZ LUÑO, Alfonso, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991.

PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011.

PORTINARO, Pier Paolo, "Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Liugi Ferrajoli", *Doxa*, núm. 31, 2008.

POZZOLO, Suzana, *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giapichelli, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.

_____, voz "Neoconstitucionalismo" en Miguel Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa y UNAM, 2005.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1987.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

SANTIAGO, Alfonso, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Bs. As., 2010.

SERNA, Pedro (ed.), *De la argumentación jurídica a la Hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Comares, Granada, 2003

SERNA, Pedro, "La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos", en *Interpretación constitucional*, t. 2, México, Porrúa-UNAM, 2005.

SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, Rialp, 1989.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.

VIGO, Rodolfo L., *Constitucionalización y judicialización del estado. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

_____, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis)*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia", en *Derechos y Libertades*, núm. 2, año 1, 1993-1994.

_____, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 2009.

CAPÍTULO 52

FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: VERSIÓN ANGLOSAJONA

Wilfrid J. WALUCHOW*

SUMARIO: I. *Constitucionalismo: un sentido mínimo y un sentido rico.* II. *Soberanía versus Gobierno.* III. *Atrincheramiento.* IV. *Escrituralidad.* V. *Montesquieu y la separación de poderes.* VI. *Derecho constitucional versus convención constitucional.* VII. *Interpretación constitucional.* VIII. *Originalismo.* IX. *Constitucionalismo vivo.* X. *Teorías críticas.* XI. *Bibliografía.*

El constitucionalismo es la idea, frecuentemente asociada con las teorías políticas de John Locke y de los fundadores de la república de los Estados Unidos, de que el Estado puede y debe ser jurídicamente limitado en sus poderes, y que su AUTORIDAD depende de su observancia de estos límites. Esta idea genera un conjunto de preguntas desconcertantes de interés no solo para juristas, sino para cualquiera que esté dispuesto a explorar los fundamentos jurídicos y filosóficos del Estado. ¿Cómo puede limitarse al Estado si él encabeza la producción normativa? ¿Significa esto que el Estado se puede "limitar a sí mismo"? ¿Es esto posible? Si no lo es, ¿hay alguna forma de evitar esta implicación? ¿Si una limitación significativa es en realidad posible, debe estar de alguna forma atrincherada como una restricción constitucional, es decir, resistente al cambio o a la derogación por aquellos cuyos poderes están limitados? Quizá ellas no sólo deban estar atrincheradas, sino también consagradas como reglas escritas. Si es así, ¿cómo deben ser interpretadas esas reglas? ¿Deben ser interpretadas en el significado público y original o la intenciones de sus autores, o en los términos de los valores y principios posiblemente cambiantes que las consti-

* Profesor de Filosofía, McMaster University, Canadá. Agradezco especialmente a Scott Shapiro por su comentarios a una versión anterior de este documento (Publicado originalmente en Stanford Encyclopedia of Philosophy, traducción de Jorge Fabra y Leider Gómez).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1890-1929.

tuciones expresan? La forma de responder estas preguntas depende fundamentalmente de cómo conciba uno la naturaleza, identidad y autoridad de las constituciones. ¿Establece la Constitución una estructura estable para el ejercicio del poder público que de alguna manera es *fijada* por factores como el significado o la intención originales? ¿O es un "árbol *vivo*" que crece y se desarrolla a la par de los cambios de los valores y principios políticos? Estas y otras preguntas serán exploradas en este trabajo.

I. CONSTITUCIONALISMO: UN SENTIDO MÍNIMO Y UN SENTIDO RICO

En algún sentido mínimo del término, una "CONSTITUCIÓN" consiste en un conjunto de normas (reglas, principios o valores), que crean, estructuran y definen los límites del poder o autoridad estatal. Entendido de esta forma, todos los Estados tienen constituciones y todos los Estados son Estados constitucionales. Cualquier cosa que se reconozca como Estado debe tener algunos medios reconocidos para constituir y especificar los límites (o la falta de ellos) impuestos sobre las tres formas básicas del poder estatal: el legislativo (la creación normativa), el ejecutivo (la implementación normativa) y judicial (la resolución de casos bajo la aplicación de las normas).[1] Tomemos el caso extremo de un monarca absoluto, *Rex*, que reúne el poder ilimitado estas tres dimensiones. Supóngase que es ampliamente reconocido que *Rex* tiene estos poderes, al igual que la autoridad para ejercerlos a su placer. Se podría decir que la Constitución de este Estado contiene sólo una regla, la cual le confiere poder ilimitado a *Rex*. Él no es *jurídicamente* responsable por la sabiduría o moralidad de sus decretos, ni está atado a procedimientos o cualquier otro tipo de limitaciones o formalidades en el ejercicio de su poder. Cualquier cosa que *Rex* decrete es constitucionalmente válida.

Sin embargo, cuando los académicos hablan de constitucionalismo, normalmente se refieren a algo que diferente caso de *Rex*. Ellos no sólo

[1] A menos que se indique otra cosa, la palabra "poder" debe ser tomada como el poder normativo del tipo asociado con la teoría desarrollada por el teórico jurídico Wesley Hohfeld. Un poder normativo, en este entendimiento, es la capacidad o habilidad para efectuar un cambio en el paisaje normativo relevante de derechos, deberes, privilegios y otros. Cuando una legislatura promulga una nueva ley ejerce de su poder normativo de alterar derechos jurídicos, deberes, etcétera, o crear nuevos que no existían antes de que ese poder jurídico fuera ejercido.

quieren decir que existen normas que crean los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, sino que estas normas imponen límites relevantes sobre esos poderes.[2] A menudo estas limitaciones ocurren en forma de derechos civiles contra el gobierno, derechos a cosas como la libre expresión, la asociación, la igualdad y el debido proceso. Pero los límites constitucionales vienen en varias formas. Ellos pueden relacionarse con cosas como el *alcance* de la autoridad (por ejemplo, en un sistema federal, los gobiernos provinciales o estatales pueden tener autoridad sobre el sistema de salud y la educación mientras que la jurisdicción del gobierno federal se extiende a la defensa nacional y el transporte), los *mecanismos* utilizados para ejercer el poder relevante (por ejemplo, los requisitos procedimentales que gobiernan la forma y trámites de la legislación), y por supuesto, los *derechos civiles* (por ejemplo, en una Carta o Declaración de derechos). El Constitucionalismo en este sentido más rico del término es la idea de que el gobierno puede y debe ser limitado en sus poderes y que su autoridad depende de observar esas limitaciones. En este sentido más rico del término, la sociedad de *Rex* no ha acogido el constitucionalismo porque las reglas que definen su autoridad no imponen ningunos límites constitucionales. Compárese con un segundo Estado en el cual *Regina* tiene todos los poderes que *Rex* posee, excepto el poder a legislar en asuntos relacionados con la religión. Supóngase, además, que *Regina* también carece de autoridad para implementar, o decidir con base en, cualquier ley que exceda el límite de su competencia legislativa. Aquí tenemos la semilla del constitucionalismo como la noción ha venido a ser entendida en el pensamiento jurídico occidental.

Al discutir la historia y naturaleza del constitucionalismo, a menudo se hace una comparación entre Thomas Hobbes y John Locke, de quienes se piensa defendieron, respectivamente, la noción de soberanía constitucional ilimitada (es decir, *Rex*) contra la concepción de soberanía limitada por los términos de un contrato social que contiene limitaciones substantivas (es decir, *Regina*).[3] Pero un punto de enfoque igualmente bueno es el teórico

[2] A menos que se indique lo contrario, el término "constitucional" (y los términos relacionados "constitucionalismo", "Constitución" y otros) deberán ser entendidos en este sentido más rico.

[3] El que Locke y Hobbes puedan ser invocados adecuadamente de esta forma es quizá una pregunta abierta. Existe razón para creer que el argumento de Locke defiende unas limitaciones políticas sobre el soberano, que son diferentes de las limitaciones jurídicas. Se puede argüir que la limitación política efectiva requiere también limitación jurídica, pero esto no parece ser estrictamente necesario.

jurídico inglés John Austin quién, como Hobbes, pensaba que la misma noción de soberanía limitada es incoherente. Para Austin, toda norma jurídica es un mandato de una persona o cuerpo de personas soberanas, así que la noción de que el soberano pudiera ser limitado por el Derecho requiere que el soberano se auto-obligue o se mande a sí mismo. Pero nadie puede mandarse a sí mismo, excepto en algún sentido figurativo, por lo que la noción de soberanía limitada es para Austin (y Hobbes) tan incoherente como la idea de un círculo cuadrado.[4] Aunque esta característica de la teoría de Austin tiene alguna plausibilidad cuando se aplica al sistema británico de gobierno, donde se dice algunas veces que el Parlamento es supremo y constitucionalmente ilimitado,[5] enfrenta obvias dificultades cuando se aplica a la mayoría de otras democracias constitucionales tales como las que se encuentran en Estados Unidos y Alemania, donde es abundantemente claro que los poderes del gobierno están jurídicamente limitados por una Constitución. La respuesta de Austin a esta debilidad aparente en su teoría fue apelar a la *soberanía popular,* la idea que la Soberanía reside en "el pueblo", es decir, la población en general. Los *cuerpos gubernamentales,* por ejemplo, el Parlamento o el poder judicial, pueden ser limitados por el Derecho constitucional, pero el pueblo soberano sigue

[4] Dice Hobbes: "el soberano no está sujeto a leyes formuladas por él mismo, es decir, por el Estado, porque estar sujeto a las leyes es estar sujeto al Estado, es decir, al representante soberano, que es él mismo; lo cual no es sujeción, sino libertad de las leyes". Thomas Hobbes, *Leviathan,* 1651, cap. XXIX (cuarta "causa que debilita o tiende hacia la desintegración de un Estado").

[5] Dijo Sir William Blackstone que lo que el Parlamento hace "ninguna autoridad en la tierra puede deshacerlo". Vale la pena enfatizar tres puntos aquí. Primero, no es claro en absoluto que el Parlamento Británico alguna vez haya tenido la soberanía ilimitada que le fue adscrita por Blackstone. Aunque el Reino Unido no tiene una Constitución escrita como la se encuentra en Estados Unidos, los académicos jurídicos generalmente aceptan que la Gran Bretaña ha tenido, por siglos, una Constitución no escrita que surge de una variedad de fuentes, incluyendo principios de larga data del *common law* y decisiones judiciales que conciernen a los límites apropiados del poder legislativo del Parlamento (véase al respecto la sección IV). Segundo, la Constitución Británica también incluye una variedad de documentos escritos adoptados en varios momentos de su historia política, de los cuales el ejemplo primario es la *Magna Carta* (1215, d.C). Tercero, se puede decir que la nación del Reino Unido, en virtud de su vinculación a la Comunidad Europa y debido a que los tribunales británicos hoy aplican, como normas vinculantes, el Derecho comunitario, han renunciado a su soberanía limitada. Si el Derecho de los Estados miembros (por ejemplo, Francia, Dinamarca y el Reino Unido) ahora debe ser consistente con el Derecho comunitario, y el segundo es inmune del cambio o derogación a través de actos legislativos de parte de los gobiernos miembros, entonces se puede decir que la soberanía de los Estados miembros de la Comunidad Europea ha sido reemplazada por la soberanía del "pueblo de Europa".

siendo ilimitado en sus poderes para mandar. El que esta apelación a la soberanía popular proporcione a Austin un medio adecuado para tratar con las democracias constitucionales es bastante cuestionable. La soberanía de Austin supone a un individuo o grupo de individuos determinados que mandan *sobre la mayoría de la población* para que exista Derecho. Pero si identificamos a los mandantes con el pueblo mismo, entonces parece que estamos siendo conducidos al resultado paradójico identificado por H.L.A. Hart –quienes mandan y quienes obedecen– son las mismas personas. En resumen, resulta una incoherencia.[6]

II. SOBERANÍA *VERSUS* GOBIERNO

Aunque existen varias dificultades graves inherentes al intento de Austin de dar sentido a la soberanía del pueblo, su explicación revela que necesitamos distinguir entre dos conceptos diferentes: soberanía y gobierno. En términos generales, podemos definir *soberanía* como la posesión de un poder normativo supremo (y posiblemente ilimitado) y autoridad sobre un dominio, y *gobierno* como aquellas personas o instituciones a través de las cuales la soberanía es ejercida. Una vez se entienda esta distinción, vemos inmediatamente que la soberanía puede recaer en alguien diferente del gobierno. Y una vez esta implicación sea aceptada, vemos como podemos hablar coherentemente de un gobierno *limitado* al mismo tiempo que de una soberanía *ilimitada.* Se puede pensar que esto es lo que se quiere decir acerca de las democracias constitucionales, donde la autoridad soberana del pueblo se considera última e ilimitada pero los cuerpos gubernamentales –por ejemplo, las legislaturas y las cortes– a través de los cuales se ejerce la soberanía en nombre del pueblo están limitados y subordinados constitucionalmente. Como lo hubiera dicho Locke, la soberanía ilimitada sigue estando en el pueblo, quien tiene el poder normativo para anular la autoridad de su gobierno (o alguna parte del mismo) si excede sus limitaciones constitucionales.

Aunque la soberanía y el gobierno son nociones diferentes, y normalmente aplican a entidades diferentes, es conceptualmente posible que se

[6] Hart, H.L.A. *The Concept of Law,* 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 73-8; Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined,* Cambridge, Cambridge University Press, Lecture VI, 1995 [1832].

conviertan en un solo individuo o institución. Se puede decir que Hobbes insistió en la igualación de soberano y gobierno, en la medida en que parecía requerir una transferencia (virtualmente) completa de todos los derechos y los poderes de los individuos soberanos a un soberano político cuya autoridad debía ser absoluta, pues sólo así era posible que emergiera del precario estado de naturaleza en el cual la vida es "solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve".[7] En la teoría de Hobbes, el soberanía última e ilimitada debe residir en la persona o cuerpo gubernamental supremo quién goza de poder ilimitado y la autoridad para regir la comunidad. Debido a la naturaleza humana y el mundo en el que habitamos, cualquier cosa diferente de ese soberano último e ilimitado destruiría la misma posibilidad de un gobierno estable. Incluso si la soberanía y el gobierno expresan nociones diferentes, eso no significa ni implica que las dos no puedan pertenecer a la misma persona única.

III. Atrincheramiento

De acuerdo con la mayoría de los teóricos, otra característica importante del constitucionalismo es que las normas que imponen límites al gobierno deben estar *atrincheradas* [*entrenched*] de alguna forma, ya sea a través de normas escritas o por alguna forma de convención constitucional.[8] En otras palabras, aquellos cuyos poderes están constitucionalmente limitados –es decir, las instituciones del gobierno– no pueden estar legalmente legitimados a cambiar o derogar esos límites a su placer. La mayor parte de las constituciones contienen fórmulas de enmienda las cuales pueden ser activadas por los cuerpos gubernamentales cuyos poderes ellas limitan y requieren su par-

[7] *Leviatán*, Parte 1, cap. 13. Aunque el soberano de Hobbes es constitucionalmente ilimitado, Hobbes insistió que los individuos retenían el derecho a su auto-preservación. Sería incoherente, pensaba Hobbes, que los individuos renunciaran al derecho protección el cual era la razón misma por la cual habían creado un poder soberano en primer lugar. Aunque los individuos retenían el derecho de auto-preservación, también es cierto que el soberano ilimitado Hobbes tiene el derecho a tomar la vida de cualquiera si, en juicio del soberano, es necesario para preservar el bienestar de la comunidad.

[8] Las convenciones constitucionales son exploradas en la sección VI. Aunque el atrincheramiento es una característica casi universal de las constitucionales modernas, y aunque se podría argüir que es deseable en la práctica, puede que no sea absolutamente necesaria. Algunas normas constitucionales son estatutos ordinarios susceptibles de ser introducidas y modificadas por el legislativo ordinario. De hecho, algunas constituciones son completamente iguales a la legislación, *e. g.*, la Constitución de Nueva Zelanda.

ticipación. Pero estas formulas invariablemente requieren algo más que una decisión simple de parte del gobierno actual para invocar un cambio. Algunas veces se requieren asambleas constitucionales, o votos súpermayoritarios, referendos, o acuerdos no sólo en el gobierno central del sistema federal, sino también un número determinado o un porcentaje de los gobiernos de las regiones dentro del sistema federal.[9] El atrincheramiento no sólo facilita un grado de estabilidad en el tiempo (una aspiración característica de los regímenes constitucionales), sino que también se pueda pensar como un requisito para la *posibilidad misma* del gobierno constitucionalmente limitado. Si una institución del gobierno estuviera legitimada a modificar los términos de sus límites a su discreción, nos volveríamos a preguntar si, en realidad, existen tales limitaciones. Consideremos a *Regina* de nuevo. Si ella estuviera legitimada, a su discreción, a remover (y quizá, restablecer más tarde) la limitación constitucional que le impide legislar sobre asuntos religiosos, entonces quizá es cuestionable decir que *Regina* está obligada por aquella norma.[10] Por otro lado, si una regla o convención constitucional especificando que *Regina* está legitimada a remover esta restricción sólo si puede convencer a dos tercios de sus súbditos para votar por un cam-

[9] Dos procedimientos diferentes para enmendar la Constitución de los Estados Unidos están especificados en el artículo V. Primero, la enmienda puede tomar lugar por el voto de dos tercios de ambas Cámaras (Cámara de Representantes y Senado) seguido por una ratificación de tres cuartos de los diferentes legislativos provinciales. Este método de enmienda es el único que ha sido utilizado. Segundo, la Constitución puede ser enmendada por una Convención llamada para este propósito por dos tercios de los legislativos estatales. Las propuestas de enmienda de la Convención deben ser después revisadas por tres cuartos de las legislaturas estatales.

En Canadá, el proceso de enmienda está establecido en la Parte V (secciones 38 a 49) del *Constitution Act*, 1982. El procedimiento general se le conoce comúnmente como la *fórmula 7/50* (sección 38(1)). Este requiere resoluciones del Senado, la Cámara de los Comunes y las asambleas legislativas de al menos dos tercios de las provincias (7) que tengan al menos el 50% de la población total de Canadá. Esto cubre, por ejemplo, enmiendas en relación a los poderes del Senado y los métodos para elegir senadores. Otras enmiendas relacionadas, por ejemplo, con el Cargo del Gobernador General o la composición de la Suprema Corte, requieren acuerdo unánime del Senado, la Cámara de los Comunes y las asambleas legislativas de todas las provincias.

[10] La cuestión dista de ser clara. Existe una tradición bien establecida dentro del sistema parlamentario británico según la cual únicamente el Parlamento posee la autoridad para crear, interpretar e implementar sus propios límites constitucionales. Y, a pesar de cualquiera sean sus defectos, parece haber poca duda de que los Parlamentos modelados en el sistema británico típicamente actúan responsablemente en observancia de sus propios límites constitucionales.

bio, entonces nos podríamos sentir más cómodos al hablar de una limitación constitucional. Por supuesto, el que esta meta-regla o convención constitucional esté en sí misma sujeta a cambio o eliminación, es un hecho que general desafíos adicionales. Por ejemplo, ¿tal acto requiere la aplicación de la misma regla en cuestión? (es decir, dos tercios del voto mayoritario) ¿o, por otro lado, es el pueblo soberano de la sociedad de *Regina* en libertad de cambiarla o derogarla a *su* discreción? Si aceptamos la distinción entre gobierno y soberanía señalada anteriormente, al igual que la proposición de que la soberanía no puede auto-limitarse (*X* no puede limitar *X*) entonces estamos obligados a concluir que la meta-regla constitucional, y por tanto el régimen constitucional del cual hace parte, existen a discreción de la población general. El atrincheramiento puede ser un elemento esencial de los regímenes constitucionales, pero dista de ser claro que las constituciones pueda estar atrincheradas contra las elecciones del pueblo soberano.

IV. Escrituralidad

Algunos académicos creen que las normas constitucionales no existen a menos de que ellas estén de alguna forma consagradas en un documento escrito.[11] Pero la mayor parte acepta que las constituciones (o elementos de ellas) puedan ser no escritas, y citan, como ejemplo obvio de esta posibilidad, a la Constitución del Reino Unido. Sin embargo, se debe ser muy cuidadoso aquí. Aunque el Reino Unido no tiene nada que se parezca a la Constitución de los Estados Unidos y su Carta de Derechos, sin embargo sí tiene un número de instrumentos escritos los cuales, por muchos siglos, han formado elementos centrales de su Constitución. La *Carta Magna* (1215 d.C.) es quizá el más antiguo de estos documentos de la Constitución Británica, aunque esta también incluye a *The Petition of Right* (1628) y el *Bill of Rights* (1689). Además, también se dice que los límites constitucionales se encuentran en ciertos principios del *common law*, explícitamente desarrollados en casos centrales relacionados con los límites del poder gubernamental. No obstante, sigue siendo un hecho claro que históricamente la Constitución del Reino Unido en gran parte ha tomado una forma no escrita, sugiriendo de forma fuerte que la escrituralidad no es una característica distintiva del constitucionalismo.

[11] Jed Rubenfeld, "Legitimacy and Interpretation," en L. Alexander (ed.) *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

¿Por qué, a pesar de la existencia de algunos contra-ejemplos aparentemente obvios, algunos sostienen que las normas constitucionales deben ser reglas escritas, y no convenciones informales o reglas sociales? Una razón posible[12] es que las reglas no escritas y convenciones son algunas veces menos precisas y por tanto más abiertas a interpretación, cambio gradual y, en últimas, más fáciles de desconocer que las reglas escritas. Si esto fuera cierto, entonces, se podría cuestionar la capacidad de una regla no escrita, al menos como una cuestión práctica, de servir adecuadamente para limitar el poder gubernamental. Pero no existe ninguna razón para aceptar la validez de esta línea de argumento. Reglas sociales y convenciones de larga data son a menudo claras y precisas, al igual que más rígidas y atrincheradas que las escritas, debido a que su eliminación, modificación o reinterpretación comúnmente requiere cambios extendidos en las actitudes, creencias y conductas tradicionales. Y estos cambios pueden ser muy difíciles de generar.

V. MONTESQUIEU Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

¿Requiere la idea del constitucionalismo, como una cuestión conceptual o de necesidad práctica, la división de poder urgida por Montesquieu y celebrada por los estadounidenses como una salvaguarda contra el abuso del poder estatal? En el caso de *Regina*, no existe tal separación. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial residen en la misma persona. Pero, podría preguntarse, ¿cómo puede ser ella la única (en calidad de juez) que determine si la legislación satisface la restricción constitucional prescrita? Incluso si, *en teoría*, la Constitución de *Regina* le prohíbe eliminar la restricción constitucional a su discreción (porque ella debe observar la meta-regla de los dos tercios), ¿no puede ella elegir ignorar sus restricciones o interpretarlas de forma tal que escape de su poder vinculante? Quizá Bishop Hoadly estaba en lo cierto cuando dijo en un sermón ante el Rey de Inglaterra en 1717: "Quienquiera que tenga la autoridad última para interpretar cualquiera leyes escritas u orales, es aquel quien es el verdadero Legislador para todas las intenciones y propósitos, y no la persona quien primero las escri-

[12] Esto, debe decirse, no es la razón de Rubenfeld.

bió o dijo".[13] Aunque algunos términos utilizados en la Constitución muy pocas veces generan preguntas de INTERPRETACIÓN (*e. g.*, aquel que restringe al presidente de México a un solo período presidencial), muchos otros (particularmente aquellos que se relacionan con derechos civiles) son objetos de tales preguntas. *Regina* puede argumentar que un decreto que obliga a todas las tiendas a cerrar los domingos (el Sabbat cristiano) no se relaciona con una cuestión religiosa porque es un día común de descanso, no de observancia religiosa. Otros podría señalar, con igual plausibilidad aparente, que concierne a una cuestión religiosa y que por tanto está por fuera de la competencia legislativa de *Regina*.

El que las constituciones a menudo generen tales preguntas interpretativas genera una pregunta importante. ¿La posibilidad de una limitación constitucional sobre el poder legislativos y ejecutivos requiere, como una cuestión de práctica política, que el poder judicial a través del cual tales limitaciones son interpretadas y aplicadas resida en un individuo o grupo de individuos diferentes de aquellos en los cuales esos poderes legislativos y ejecutivos están investidos? En términos modernos, ¿deben las limitaciones constitucionales sobre un cuerpo legislativo, como un Parlamento, la Duma o el Congreso, o un cuerpo ejecutivo, como un Presidente o su Gabinete, estar sujetos a interpretación y aplicación por una judicatura independiente? *Marbury* vs *Madison* respondió esta pregunta de forma afirmativa para el Derecho de los Estados Unidos, y muchas naciones siguen a *Marbury* (y a Montesquieu) en la aceptación de la necesidad práctica del tal arreglo. Pero no es claro que el arreglo sea en realidad necesario en términos prácticos, y mucho menos conceptuales. A pesar Bishop Hoadly, no existe nada irracional en la sugerencia de que *X* puede estar obligado por una regla atrincherada *R*, cuya interpretación y aplicación es dejada a *X*. Esta es, puede decirse, que la situación en Nueva Zelanda donde se le prohíbe a las cortes de derogar la legislación bajo el fundamento de que excede límites constitucionales. La observancia y el cumplimiento de estos límites son dejados a los órganos legislativos cuyos poderes son no obstante reconocidos como constitucionalmente limitados (y sujetos a cualesquiera sean las presiones políticas que se puedan imponer políticamente cuando las acciones estatales sean generalmente consideradas como violatorias de la Constitución). Es importante notar que lo que la regla *R* en realidad requiere no es necesariamente idéntico a lo que *X* cree o dice que requiere. Tampoco es idéntico

[13] Citado en John Gray, *The Nature and Sources of Law*, New York, Columbia University Press, 1921, p. 125.

con cualquiera sean las restricciones que *X* observe en la práctica real. Ello ocurre así incluso cuando no existe ninguna institución superior con el poder y autoridad para forzar cumplimiento o corregir el juicio de *X* cuando es, o parece ser, equivocado.

Aunque estos límites constitucionales pueden algunas veces ser desconocidos o interpretados de forma tal que se eviten sus efectos, y puede no haber ningún recurso disponible para corregir interpretaciones erróneas y abusos de poder, ello no implica la ausencia de limitación constitucional. Pero, ¿implica la ausencia de limitación *efectiva*? Quizá sea así, pero incluso aquí hay razones para tener cuidado al momento de deducir conclusiones generales. Una vez más, debemos recordar que las tradiciones de larga data dentro de los sistemas parlamentarios británicos (incluyendo Nueva Zelanda) de acuerdo con las cuales solamente el Parlamento posee la autoridad definitiva para crear, interpretar e implementar sus propios límites constitucionales. Y cualquiera sean sus defectos, hay poca duda de que los Parlamentos modelados en el sistema británico típicamente actúan de forma responsable en observancia de sus propios límites constitucionales.

VI. Derecho Constitucional *versus* Convención Constitucional

La idea de constitucionalismo requiere limitación en el poder y autoridad del gobierno establecida por el Derecho Constitucional. Pero de acuerdo con la mayoría de académicos constitucionalistas, la Constitución es mucho más que el "Derecho Constitucional". Muchas personas encuentran esta sugerencia sorprendente, pues creen que su Constitución no es nada más (ni nada menos) que el documento formal, escrito y posiblemente adoptado por una asamblea constitucional, el cual continente el Derecho supremo y fundamental de la nación. Pero existe una tradición de larga data que concibe a las constituciones como compuestas por mucho más que el Derecho Constitucional. Dicey es famoso por proponer que, además del Derecho Constitucional, el sistema constitucional británico contiene una variedad de convenciones constitucionales que limitan al gobierno de forma efectiva en ausencia de limitación jurídica. Estas convenciones son, en efecto, reglas sociales que surgen de las prácticas de la comunidad *política* y las cuales imponen límites importantes *no jurídicos* sobre los poderes del gobierno. Un ejemplo de una convención constitucional británica es la regla que la Reina no puede negar el Asentimiento Real a una propuesta de ley aprobada por

las dos Cámaras del Parlamento Británico. Quizá otro ejemplo se encuentra en una convención de que los individuos elegidos para representar al Estado de Florida en el Colegio Electoral de los Estados Unidos (el Cuerpo que en realidad elige al Presidente por voto mayoritario) debe votar por el candidato presidencial por el cual una pluralidad de habitantes floridenses votó en la noche de la elección. Debido al hecho de que son convenciones políticas, no aplicables coercitivamente en las Cortes de Derecho, se dice que las convenciones constitucionales son distinguibles del Derecho Constitucional, el cual sí puede ser aplicado por medios coercitivos. Si aceptamos la distinción de Dicey, no debemos identificar a la Constitución con el Derecho Constitucional. El Derecho Constitucional también incluye a las convenciones constitucionales. Se debe reconocer la posibilidad de que un gobierno, aunque tenga el poder *jurídico* de embarcarse en determinado curso de acción, puede sin embargo *tener una prohibición constitucional* de hacer eso.[14] Es posible que, como cuestión de Derecho, *Regina* pueda gozar de poderes legislativos, ejecutivos y judiciales ilimitados, los cuales, no obstante, están limitados por convenciones constitucionales que especifican la forma como esos poderes deben ser ejercitados. En caso de que ella viole alguna de esas convenciones, ella estaría actuando legalmente, pero inconstitucionalmente, y sus súbditos pueden tener justificación para condenar sus acciones y quizá para removerla del cargo –un resultado desconcertante si uno piensa que sólo la Constitución es parte del Derecho constitucional.

VII. Interpretación Constitucional

Como hemos visto, existe algo más en la Constitución que el Derecho Constitucional. También hemos visto que las normas constitucionales no requieren ser reglas escritas. A pesar de estas observaciones importantes, deben reconocerse dos hechos: (1) la gran mayoría de los casos constitucionales tratan de preguntas de Derecho Constitucional, y (2) las constitucio-

[14] Por un ejemplo donde la distinción entre Derecho constitucional y convención sirvió como base para una decisión judicial, véase el caso canadiense del *Patriation Reference*, [1981] 1. S.C.R, 870. Para una discusión de este caso, y elaboración adicional entre la diferencia entre Derecho Constitucional y Convención Constitucional, véase Wil Waluchow, "Democracia y Constitucionalismo del Árbol Vivo", en Jorge Fabra y Leonardo García Jaramillo (eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional*, 2014.

nes modernas consisten primariamente de documentos escritos.[15] En consecuencia, los casos constitucionales a menudo generan disputas teóricas relacionadas con el enfoque adecuado a la interpretación de documentos escritos, enfatizando, por supuesto, el papel especial que las constituciones juegan en la definición y la limitación de la autoridad y los poderes del gobierno. Las diferencias en estas materias salen a resurgir de forma más clara cuando un caso trata de la interpretación de una disposición constitucional que trata con derechos civiles abstractos (e.g., el derecho al debido proceso o a la igualdad)[16]. La forma como tales disposiciones deben ser interpretadas ha estado sujeta a intensa controversia entre practicantes y teóricos jurídicos. Como veremos, las marcadas diferencias de opinión en este asunto usualmente tienen sus raíces en diferentes visiones sobre las aspiraciones de las constituciones o en el papel adecuado de los jueces dentro de las democracias constitucionales.

Las teorías de la interpretación constitucional del mundo anglosajón vienen en una variedad de formas, pero todas ellas parecen, en una forma u otra, adscribir importancia a un número de factores clave: el significado textual o semántico; la historia política, social y jurídica; la intención; el entendimiento original; y la teoría moral y política. Los papeles que cada uno de estos factores juega en una teoría de la interpretación constitucional dependen crucialmente de la forma cómo los teóricos conciban la Constitución y su papel en limitar el poder del gobierno. Para simplificar en algo la situación, existen dos principales teorías rivales en este asunto. Por un lado, encontramos teóricos que ven a la Constitución como un Derecho

[15] Por lo tanto, y a menos que se indique lo contrario, todos los usos de la palabra "Constitución" y sus términos relacionados deben ser entendidos como refiriéndose al Derecho constitucional.

[16] Esto no equivale a negar que controversias profundas también pueden surgir sobre el significado e implicaciones de disposiciones constitucionales menos abstractas. En los Estados Unidos, por ejemplo, a menudo sobre el significado de la denominada "Cláusula del Comercio" (Artículo 1, Sección 8, Cláusula 3 de la Constitución de Estados Unidos). Esta cláusula establece que el Congreso tiene el poder de regular "el comercio con naciones extranjeras, entre los diversos estados y con las tribus indígenas". El Congreso de Estados Unidos a menudo ha utilizado la cláusula para justificar ejercicios de poder legislativo con respecto a las autoridades de los estados y sus ciudadanos. Esto ha conducido, a su vez, a disputas importantes a cerca del balance adecuado de poder entre el gobierno federal y los estados. A pesar de la importancia de esos debates, y a menos de que el contexto indique otra cosa, nuestro enfoque en la discusión de la interpretación constitucional será exclusivamente en las disposiciones abstractas de derechos civiles. Es en estos términos que las diferencias de opinión más fuertemente sentidas en su forma más fuerte.

fundacional cuyo objetivo principal es *establecer* un marco a largo plazo dentro del cual los poderes ejecutivo, legislativo y judicial sean ejercidos por las diferentes ramas del gobierno. Tales teóricos tienden hacia las teorías interpretativas que privilegian factores como las *intenciones* de aquellos que crearon la Constitución, o el *entendimiento público original* de las palabras elegidas para ser incluidas en la Constitución. En tal *visión fija* de las constituciones, es natural pensar que los factores anteriores deben gobernar todos los casos donde sean claros y consistentes. Y la razón es bastante directa. Desde esta perspectiva, una Constitución no sólo aspira a escribir un marco dentro del cual los poderes del gobierno sean ejercidos; sino que aspira a establecer un marco que sea superior o externo a los desacuerdos políticos profundos y controversias partidistas que se encuentran en el Derecho y la política ordinarios del día a día. Aspira, en resumen, a ser *estable* y *neutral* moral y políticamente. Para aclarar, al decir que en una visión fija una Constitución aspira a ser moral y políticamente neutral, en ninguna forma afirmo que aquellos quieres defienden esta tesis niegan que la Constitución expresa una visión política particular o un conjunto de compromisos teóricos con ciertos valores y principios de moralidad política. Todo lo contrario. Todos los teóricos constitucionales están de acuerdo en que las constitucionales de forma típica consagran, y en realidad atrincheran, un rango de compromisos con valores morales y políticos tales como la democracia, la igualdad, la libertad de expresión, y el Estado de Derecho. Pero se deben enfatizar dos puntos. Primero, las visiones fijan intentan transformar preguntas acerca de la corrección moral y política de esos compromisos en cuestiones históricas relacionadas con la *creencia* acerca de su corrección. La tarea *no* es preguntarse "¿Qué pensamos *nosotros* ahora de valores como igualdad y la libertad de expresión?"; sino que, por el contrario, la tarea es preguntarse "¿Qué pensaban *ellos* –los autores de la Constitución o aquellos que dieron la autoridad a los redactores de la Constitución– en realidad sobre esos valores? ¿Cuáles eran *su* entendimiento original?" Así que, en las visiones fijas, la estabilidad y la neutralidad están servidas en la medida en que una Constitución sea capaz de transformar preguntas de moralidad política en preguntas históricas. Segundo, ningún proponente de la visión fija negaría que los compromisos morales abstractos expresados en las constituciones tienden a ser amplia o universalmente compartidos entre los miembros de la comunidad política relevante. En ese sentido, entonces, la Constitución, a pesar de su contenido moral, es neutral entre ciudadanos y sus múltiples diferentes partidistas. No todas las personas en una democracia constitucional moderna como Estados Unidos o Alemania están de acuerdo en los alcances del derecho a la libertad de expresión en relación al

derecho a subir y ver imágenes pornográficas en la internet. Pero virtualmente nadie negaría la importancia vital de la libertad de expresión en una sociedad realmente libre y democrática. En una visión fija, entonces, las constituciones pueden ser vistas como análogas a las reglas de una club de debate. Ambas establecen marcos estables acordados mutualmente dentro de las cuales ocurren debates (y acciones) controversiales. Pero al igual que un club de debate no podría funcionar si sus reglas estuvieran constantemente abiertas a debate y revisión en cada punto de aplicación, una Constitución no podría cumplir su rol si sus términos estuvieran constantemente abiertos a debate y revisión por los participantes dentro de los procesos políticos y jurídicos que aspira a gobernar. Se puede evitar este resultado, de acuerdo con aquellos que acogen la visión fija, en la medida en que seamos capaces de reemplazar preguntas morales y políticas controversiales por preguntas históricas acerca de las intenciones de los autores constitucionales al crear lo que hicieron, o acerca de cómo el lenguaje que ellos escogieron para expresar un requisito constitucional era públicamente entendido en el momento que fue escogido.

Para resumir: el deseo por estabilidad y NEUTRALIDAD conduce a los proponentes modernos de la visión fija a ver a la interpretación constitucional como un ejercicio el cual, cuando se hace adecuadamente, se enfoca en las intenciones de los autores o en los entendimientos originales del significado e implicaciones de las palabras escogidas para expresar los limitantes acordadas sobre el poder y autoridad del gobierno. Sólo puede asegurarse el papel de una Constitución si los intérpretes se restringen a tales factores, y no intentan insertar sus propias visiones polémicas bajo la apariencia de "interpretación". Sólo entonces las constituciones pueden servir como el marco políticamente neutral y estable que su naturaleza demanda. Los teóricos que defienden esta particular visión de la interpretación constitucional son generalmente llamados "originalistas". No todos los teóricos constitucionales creen que el papel único o determinante de la interpretación constitucional consiste en el intento de averiguar entendimientos originales o intenciones de los autores. Por el contrario, muchos teóricos constitucionales abrazan el "constitucionalismo vivo," una aproximación que ve a la Constitución como un ente vivo y en constante evolución que, por su propia naturaleza, es capaz de responder a circunstancias sociales cambiantes y nuevas creencias morales y políticas (y, se espera, mejores). De acuerdo con esta diferente visión de las constituciones se generan diferentes teorías sobre la naturaleza y límites de la interpretación constitucional legítima. Una rama dentro del constitucionalismo vivo, en la cual nos enfocaremos

más adelante, enfatiza la medida en la cual la interpretación constitucional es similar a la clase de razonamiento que ocurre en otras áreas del derecho en los sistemas del *common law*, tales como el derecho los contratos y la responsabilidad civil. De la misma forma en que la doctrina de la *contributory negligence*[*] surgió y evolucionó en los países del *common law* en una forma casuística e incremental durante muchos décadas, como el producto de muchas decisiones judiciales, la doctrinas de la protección igual ante la ley, la libertad de expresión, el debido proceso y otras similares han evolucionado en democracias occidentales modernas a través de los casos constitucionales que han sido decididos a lo largo de los años.

Las disputas entre originalistas y constitucionalistas vivos son de las más vivas y polémicas que han surgido en la academia constitucional en las últimas décadas. Los debates han estado enfocados en las disposiciones abstractas de derechos civiles de las constituciones, tales como la cláusula del debido proceso de la Constitución de los Estados Unidos o la Sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, la cual "garantiza el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y el derecho a no ser deprivado de ella a menos de que se haga de acuerdo con los principios de justicia fundamental".[17] Debido a la visión fija con la que están comprometidos, los originalistas contemporáneos afirman que todo lo que sea diferente de un intento por descubrir, preservar y aplicar los entendimientos originales de las disposiciones constitucionales es en realidad una construcción o revisión constitucional, a menudo presentada como si la interpretación fuera el original sin modificación.[18] Por el otro lado, encontramos

[*] *N. de. T.* La doctrina de la *contributory negligence* es una defensa para la determinación de la responsabilidad en las demandas de negligencia. Este principio se aplica cuando los demandantes-víctimas han contribuido en parte al daño que han sufrido. La doctrina equivalente en la tradición del derecho civil es la "concurrencia de culpas", pero no esta expresión no es una traducción exacta.

[17] De nuevo, esto no es negar que las disputas también surgen sobre disposiciones menos abstractas y moralmente cargadas, tales como la Cláusula del Comercio de Estados Unidos. Tampoco es negar que las mismas divisiones profundas se encuentran detrás de tales disputas.

[18] Para ser por igual claro y justo, virtualmente todos los originalistas creen que en algunos casos los entendimientos originales están sub-determinados. Ellos no determinan resultados concretos y decisiones sobre casos y asuntos particulares. Cuando esta dificultad surge en un caso constitucional, muchos originalistas arguyen que el juez debe en algunos casos recurrir a un tipo de razonamiento que es diferente de la interpretación constitucional. Keith Whittington sostiene que la Constitución de los Estados Unidos tiene una naturaleza dual. El primer aspecto es el grado en el cual la Constitución actúa como un conjunto vinculante de reglas que pueden ser interpretadas y aplicadas neutralmente por las cortes frente

al constitucionalista vivo quien ve al originalismo como una teoría reaccionaria que sólo sirve para atar a comunidad política a la "mano muerta del pasado". Los originalistas, afirman sus oponentes, nos vuelven incapaces de responder racional y responsablemente a las circunstancias sociales cambiantes y visiones morales mejoradas relacionadas con los valores y principios abstractos formulados en las constituciones modernas. Los constitucionalistas vivos, responde el originalista, recomiendan prácticas constitucionales que amenazan a varios valores fundamentales, entre los que se encuentran el Estado de Derecho y la separación de poderes. En efecto, ellos están felices de ubicar a la Constitución en manos de jueces contemporáneos quienes tienen la licencia, bajo la ilusión de estar interpretando la Constitución, de *cambiarla* para que se parezca más a sus propias inclinaciones políticas y morales. Y esto, afirman los originalistas, solo sirve para amenazar los valores asegurados a través de una Constitución estable, políticamente neutral, y puede hacer que todo el discurso de la restricción constitucional pierda su significado.

VIII. Originalismo

El originalismo[19] viene en una variedad de formas.[20] Un originalista puede afirmar que su teoría se deriva necesariamente de una teoría más general

---

a los actores del gobierno. Este es el proceso de la interpretación constitucional y la neutralidad deseada es alcanzada haciendo que los jueces se enfoquen en los entendimientos originales y públicos de los términos de la Constitución. Pero, de acuerdo con Whittington, la Constitución de los Estados Unidos también sirve para guiar y restringir a los actores políticos en el proceso de formulación de políticas públicas. Al hacer eso, la Constitución depende de actores políticos, tanto para formular las reglas y requerimientos constitucionales autoritativos concretos y para hacerlos cumplir en casos futuros. Whittington describe este proceso como la *construcción constitucional*, que es diferente a la interpretación constitucional. Véase, Keith Whittington, *Constitutional Construction*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

[19] Las secciones VIII y IX se basan en gran parte en Wil Waluchow, "Constitutional Interpretation", Andrei Marmor (ed.) *Routledge Companion of Philosophy of Law*, Routledge, 2011.

[20] Robert Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," *Indiana Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1971; Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997; Keith Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, Kansas University Press, 1999; Randy Barnett, *Restoring the lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Lawrence Solum, "Semantic Originalism". *Illinois Public Research*

de la interpretación: interpretar algo es necesariamente *recuperar* algo que existió en el momento de la autoría –un objeto original–. Otros pueden reconocen que la interpretación podría, teóricamente, tomar la forma de una interpretación *innovativa* o *creativa* que evalúe o que de alguna forma cambie el original, como puede ocurrir con una interpretación revolucionaria de una obra de teatro o arte. Pero tales teóricos añadirían que, por razones de moralidad política que tienen que ver, por ejemplo, con los principios de la democracia, el Estado de Derecho y los valores relacionados con la separación de poderes, tales interpretaciones innovativas nunca deben ser realizadas por los intérpretes constitucionales. El objeto de la interpretación constitucional debería, en la mayor medida posible, ser fijado a través de factores como los entendimientos públicos originales o las intenciones del autor. Otros originalistas podrían estar satisfechos con dejar un poco de libertad aquí, sugiriendo algo como lo siguiente: aunque existe una presunción, quizá una muy fuerte, a favor de la interpretación entendida como la recuperación de un original, esta es una presunción que puede superar, en muy raras ocasiones. Por ejemplo, este originalista podría decir que la presunción a favor de la recuperación podría ser derrotada cuando existe un cambio discernible y profundo en las visiones populares sobre algún asunto importante de moralidad política implicado en la disposición constitucional. Este fue quizá el caso en los Estados Unidos con respecto a la esclavitud y la igual protección. Presumiblemente "la igual protección" fue originalmente entendida, por igual por los autores de la 14a Enmienda y por las personas cuyo nombre actuaron, eran totalmente consistentes con la segregación. Por supuesto, este entendimiento concreto de la igual protección es ampliamente condenado hoy. Este rechazo completo sirvió como la principal inspiración detrás de *Brown* vs. *Board of Education*, cuya interpretación innovativa de la cláusula de protección igual en efecto cambió o reemplazó el entendimiento original de la noción.[21] Muchos originalistas afirman que *Roe* vs. *Wade*[22] se basa en una interpretación errónea de la Constitución de los Estados Unidos, una que claramente abandona

Paper No. 07-24, 2008. [disponible online en: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244*].

[21] *Brown v. Board of Education* ((1954) 347 U.S. 483). De acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, la doctrina de "separados pero iguales" adoptada en *Plessy* vs. *Ferguson* (1896) 163 U.S. 537), "no tienen ningún lugar en el ámbito de la educación pública". *Plessy,* decidida en 1896, esencialmente afirmó el entendimiento original de la "protección igual" como completamente consistente con aquella doctrina.

[22] *Roe v. Wade* ((1973) 410 U.S. 113).

los entendimientos e intenciones originales; pero virtualmente ningún originalista va tan lejos como negar que cualquier interpretación contemporánea de las Enmiendas 1a., 2a., 5a., 9a. y 14a. es justificada sólo si puede ser reconciliada con esta decisión. En otras palabras, virtualmente todos los originalistas están de acuerdo que un precedente establecido puede en algunas veces derrotar el entendimiento original. El que esta aparente concesión sea en últimas consistente con el espíritu del originalismo es quizá cuestionable. Tal originalismo "pusilánime" se puede reducir, en últimas, a una forma de constitucionalismo vivo.[23] En realidad, como veremos en la siguiente sección, el papel de las interpretaciones judiciales de disposiciones constitucionales abstractas es central a aquella forma prominente de constitucionalismo vivo que ve la interpretación constitucional como una forma de razonamiento del *common-law*.

Otra forma en la cual los originalistas se dividen es sobre la identidad del objeto original de interpretación. Un originalista se podría enfocar en la recuperación de los entendimientos originales, mientras que otro podría desear que los intérpretes se enfoquen en las intenciones originales de los autores constitucionales relevantes. Pero se debe tener cuidado aquí. Los entendimientos públicos originales probablemente sean importantes para este segundo originalista porque, en el contexto de las promulgación de las normas, las palabras elegidas son el medio primario para expresar la intención de los autores. Y esas palabras no pueden expresar las intenciones a menos que algún significado estándar o entendimiento común sea asumido por todos, un estándar publico al cual tanto por autores y los lectores tienen acceso y en términos en los cuales los segundos puedan comprendan las intenciones del primero. Pero este significado o entendimiento no puede ser nada diferente del original porque los autores no tienen bolas de cristal y por tanto no tienen acceso a entendimientos futuros. Así que los teóricos de la intención original harán que los intérpretes presten considerable atención al entendimiento público original. Consideraciones simila-

[23] Véase, Antonin Scalia, "Originalism: The Lesser Evil" *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989. Este es un punto que el mismo Scalia parece reconocer. "Debo confesar que a la hora de la verdad puedo terminar siendo un originalista pusilánime. No me puedo imaginar a mí ni a ningún otro juez federal validando una pieza de legislación que imponga el castigo de azotes". (*Ibidem*, p. 864). El supuesto detrás del comentario de Scalia es el entendimiento original de la 8a. Enmienda de la Constitución aceptaba a los azotes como una forma permisible de castigo. La 8a. Enmienda establece "No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán *penas crueles y desusadas*."

res serán ciertas de originalistas cuyo principal foco es el entendimiento original: él no necesita renunciar enteramente a la relevancia de las intenciones originales, o al menos, en algunos casos. Si ocurriera, por ejemplo, que el entendimiento público original conduce a aplicaciones no previstas o resultados de las cuales tenemos buena evidencia histórica para concluir que no fueron intentados por los autores, o que contradicen completamente lo que ellos sabían pero que nosotros sabemos hoy, un originalista podría permitir que tales intenciones actuales o hipotéticas reemplacen el significado original.

Una de las formas en las cuales se puede determinar si los autores no intentaron o no quisieron acoger una aplicación particular concreta o un resultado sugerido por el entendimiento original de una disposición constitucional es mediante la apelación a los *propósitos u objetivos generales* que tenemos razón para creer que se intentaron alcanzar al promulgar las disposiciones que efectivamente se promulgaron. Algunas veces estos objetivos o propósitos, a menudo llamados *intenciones generales,* son explícitamente expresadas en el preámbulo de la Constitución, como a menudo ocurre en la leyes ordinarias. Pero tales declaraciones de propósito en las constituciones tienden a ser bastante amplias y muy abstractas y, por lo tanto tienden a tener un uso limitado al tratar con las preguntas más específicas que surgen bajo una disposición constitucional particular.[24] Así que esta apelación algunas veces se hace a los debates oficiales (o no oficiales) y a las decisiones particulares relacionadas con la redacción, adopción o ratificación de la Constitución o de las disposiciones relevantes en cuestión. Algunas veces se apela a creencias ampliamente compartidas al momento del asunto relevante. Es bastante probable que, por ejemplo, el ahorcamiento fuera ampliamente considerado en los Estados Unidos del siglo XVIII como una forma rápida y relativamente humana de ejecución. Así se podría tener una buena razón histórica para creer que no podría haber estado entre las in-

[24] El Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos establece lo siguiente: "NOSOTROS EL PUEBLO de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y para nuestra posteridad los beneficios de la Libertad, establecemos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América".

El Preámbulo de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania es igualmente abstracto: "Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental".

tenciones de los redactores de la 8a. enmienda la prohibición de tal práctica. Una interpretación originalista de esta enmienda puede basarse en este hecho como un argumento para demostrar la validez constitucional del ahorcamiento.

Pero quizá las cosas no son tan simples. Supóngase que estamos de acuerdo que el objetivo de los autores de la 8a. Enmienda era prohibir castigos crueles y desusados, y que ellos, al igual que cualquier otro estadounidense del día, creía que el ahorcamiento no caía dentro de la extensión de la frase. En otras palabras, lo se podría llamar el *entendimiento concreto* de la noción abstracta "castigo cruel y desusado" era tal que permitía el uso del ahorcamiento. Si es así, si un intérprete contemporáneo que cree todas las formas de pena capital, incluyendo el ahorcamiento, son *en realidad* crueles y desusadas, puede generar un argumento en ese sentido, uno que tiene, al menos superficialmente, un sabor originalista. Respetar las intenciones generales de los autores –prohibir castigos crueles y desusados– en realidad *requiere* que el ahorcamiento sea considerado inconstitucional, incluso cuando los autores (y aquellos en cuya autoridad han actuado) hubieran rechazado esta afirmación. Las intenciones de los autores de la 8a. Enmienda pudo haber sido que los cuerpos del gobierno observen un estándar moral y parcialmente abstracto que prohíba a los gobiernos actuar según formas que puedan ser adecuadamente caracterizadas como crueles y desusadas. Era en realidad su propósito al redactar la 8a. Enmienda en la forma en que los hicieron, expresar este principio abstracto y no una disposición más detallada conteniendo una lista de clases de prácticas concretas que ellos deseaban prohibir, es decir, elaborando sus entendimientos concretos de "castigos crueles y desusados". Respetar sus intenciones, por lo tanto, requiere considerar como inconstitucionales cualquier cosa que *en realidad* entre dentro de la extensión de la disposición relevante, es decir, cualquier cosa que constituya una conducta penal que sea cruel y desusada. Imaginemos que podemos revivir a los autores de la 8a. Enmienda y que pudiéramos convencerlos, utilizando buenos argumentos morales y empíricos, de que la pena capital es en realidad cruel y desusada. ¿Cómo podría el responder a la afirmación de que la única forma de respetar sus intenciones es seguir aceptando como constitucionales la práctica de ahorcamiento? Su respuesta probable pudiera ser: "Nosotros intentamos prohibir castigos que eran crueles y desusados, aunque en ese momento entendimientos incorrectamente lo que la prohibición implicaba (como puedo verlo hoy). Si hubiéramos querido específicamente permitir el ahorcamiento, lo hubiéramos dicho explícitamente". El que la apelación a las intenciones de esta

forma sea suficiente para convertir a alguien al originalismo –incluso solo en uno "pusilánime" – es quizá cuestionable. Tal apelación puede transformar la teoría resultante de la interpretación constitucional en algo muy similar a una forma de constitucionalismo vivo.[25]

En cualquier caso, los originalistas pueden diferir en el papel que juegan en la interpretación constitucional de los objetivos y propósitos que algunas veces son llamados *intenciones adicionales.* Algunos originalistas pueden estar preparados para permitir que algunas intenciones adicionales reemplacen los entendimientos originales y concretos en algunos casos, mientras que otros pueden rechazar el uso de tales intenciones completamente. Una razón para la anterior reticencia –y para el enfoque de la mayor parte de los originalistas contemporáneos en el significado público ordinario, y no las intenciones originales– es probablemente que la evidencia histórica concerniente a la existencia y contenido de tales intenciones tiende a ser muy poco confiable o inaccesible para intérpretes posteriores. Una de las funciones esenciales del Derecho es la guía de la conducta. Y alguien no puede ser guiado por una norma a menos que la entienda, que sepa que significa. Y si su significado depende de factores acerca de los cuales hay una gran disputa, o son en gran medida inaccesibles, como ocurre comúnmente en las intenciones de autores muertos hace mucho tiempo, entonces no se puede estar guiado por el Derecho. Por lo tanto, argumentos basado en el Estado de Derecho pueden ser utilizado para justificar el rechazo para una apelación relevante a las intenciones de los autores (adicionales o de otra forma) en la mayor parte de los casos. Un segunda razón para rechazar la apelación a intenciones originales es que de hecho que existe una diferencia importante entre lo que una Constitución dice o quiere decir en realidad y lo que aquellos que la crearon pudieron haber querido decir o intentado alcanzar al crearla. La interpretación es un intento para recuperar, conservar y aplicar lo primero, no lo segundo.

El originalismo, como una familia general de teorías que atan a los intérpretes constitucionales a los entendimientos e intenciones originales, está sujeta a un número de objeciones. Por ejemplo, las intenciones y entendimiento originales son muy menudo poco claros y muy poco determinados, dejando al intérprete con la necesidad de apelar a otros factores.[26]

[25] Para una tesis que esencialmente hace colapsar la distinción entre el originalismo y el constitucionalismo vivo, véase, Jack Balkin, *Living Originalism,* Cambridge, Harvard University Press, 2011.

[26] Es en este punto que el originalista puede afirmar que los jueces deben recurrir al proceso de "construcción constitucional".

Cuando existen autores múltiples del documento constitucional, algunas veces las únicas cosas en las cuales los autores pueden estar de acuerdo son las palabras elegidas en realidad. Sin embargo, otra dificultad seria enfrentada por el originalista es la señalada anteriormente: la vida contemporánea a menudo es muy diferente de la vida contemplada por aquellos quienes vivieron en el momento de la adopción de la Constitución. Como resultado, muchas aplicaciones o resultados concretos sugeridos por las intenciones y entendimientos originales pueden parecer hoy absurdos o altamente indeseables a la luz de nuevos descubrimientos científicos, desarrollos sociales y comprensiones morales mejoradas. Además, la vida moderna incluyen innumerables situaciones que nuestros predecesores no pudieron haber contemplando, y muchos menos pidieras haber intentado abordar o solucionar de una forma particular. El derecho a la libertad de expresión que se consagró en muchas constituciones en la modernidad temprana no podría haber sido intentado por los autores de una Constitución antigua para regular, por ejemplo, la pornografía en internet. En respuesta a esta última dificultad, los originalistas pueden apelar a lo que se conoce como *intención o entendimiento hipotético*. La idea básica es que el intérprete siempre debe considerar, en casos que se relacionen con circunstancias nuevas e imprevistas, la pregunta hipotética de lo que sus predecesores *hubieran intentado o hubieran querido hacer* en el caso en cuestión si ellos supieran lo que nosotros sabemos hoy. En esta visión, nos debemos poner imaginariamente en los zapatos de aquellos que estuvieron antes que nosotros. Debemos determinar que hubieran querido hacer en las nuevas circunstancias que hoy enfrentamos utilizando, quizá, sus creencias generales, de los valores, propósitos y objetivos que intentaron, y quizá utilizando analogías con aplicaciones concretas de las cuales tenemos razón para creer que ellos aceptaron claramente en el momento. Pero este movimiento es problemático. Primero, presupone que podemos seleccionar un conjunto consistente de valores, propósitos y aplicaciones concretas atribuibles a nuestros predecesores. Sin embargo, las personas invariablemente tienen diferentes cosas en mente cuando ellos acuerdan un texto constitucional. Segundo, incluso si podemos señalar un conjunto aceptable de propósitos, valores y aplicaciones de las cuales nuestra investigación hipotética puede proceder, parece bastante improbable que siempre exista una única respuesta correcta a la pregunta contra-fáctica de lo que los actores hubieran querido o intentado hacer a la luz de estos factores. Si es así, entonces es probable que, en últimas, el intérprete moderno tendría que utilizar sus propias convenciones morales para seleccionar una respuesta a esta pre-

gunta contra-fáctica. Lo que el intérprete crea que los autores *pudieron* haber decidido bien puede ser nada diferente que lo que él cree que ellos *debieron* haber decidido si hubieran estado con nosotros hoy. Así que quedamos con la pregunta de si debemos especular acerca de lo que un grupo de personas que murieron hace tiempo *pudieron* haber intentado o querido si ellos tuvieran el conocimiento que tenemos hoy. El principal atractivo del originalismo es que parece atar la interpretación constitucional a hechos *históricos,* moramente neutrales acerca de las *creencias, intenciones y decisiones reales* de individuos con la autoridad legítima para solucionar preguntas fundamentales relacionadas con la forma adecuada de gobierno y el límite de sus poderes. Si ahora debemos considerar, no lo que ellos decidieron, entendieron o creyeron *en realidad,* sino lo que ellos *deberían* decidir si existieran hoy y supieran lo que nosotros sabemos, entonces el principal atractivo se desaparece. Y la pregunta que surge naturalmente es la siguiente: ¿Por qué no olvidarnos de este ejercicio contra-fáctico teóricamente sospechoso y no tomar la decisión nosotros mismos?

Pero, si no estamos atados en estas formas a la denominada "mano muerta del pasado" cuando nos embarcamos en la interpretación constitucional, ¿cómo debemos proceder entonces? La alternativamente dominante, el constitucionalismo vivo, toma su inspiración en las dificultades del originalismo esbozadas en los párrafos precedentes. Hace eso al entender la Constitución –o al menos aquellas partes que incorporan principios abstractos[27]– como una entidad viva cuyas limitaciones algunas veces están abiertas a reconsideración y revisión a la luz de los tiempo cambiantes y (posiblemente) mejores entendimientos morales y políticos que tienen a causarle problemas a los originalistas.

IX. CONSTITUCIONALISMO VIVO

[27] Una vez más, se debe tener en mente que el enfoque de estas secciones en interpretación es la interpretación de disposiciones abstractas de derechos civiles. Ningún teórico constitucional negaría que muchas disposiciones muy específicas o concretas son fijadas por el significado simple del texto, por un entendimiento del texto que permanece constante a lo largo de décadas y posiblemente de siglos. Considérese, por ejemplo, el artículo 54(2) de la Ley Fundamental Alemana el cual establece: "El cargo de Presidente Federal dura cinco años. Se permitirá la reelección inmediata una sola vez". "Cinco años" significaba cinco años en 1949 y sigue significando cinco años en 2014.

Cualquier otra cosa que pudiera decirse sobre el Derecho, lo siguiente es innegablemente cierto. Donde quiera que exista el Derecho, nuestra conducta está sujeta a varias formas de restricción. Pero en muchas instancias, las restricciones relevantes pueden ser removidas o cambiadas, como ocurre cuando un precedente del *common law* es cambiado, o una pieza de legislación es derogada o enmendada porque ya no cumple propósitos útiles. No es lo mismo con las constituciones. Como fue notado anteriormente, ellas tienen a estar fuertemente atrincheradas. También se intenta que ellas duren largo tiempo y que sirvan a los valores de asegurar continuidad y estabilidad en el marco básico dentro del cual los asuntos controversiales de Derecho y política se conducen. Y, finalmente, las constituciones modernas tienden a incluir disposiciones morales muy abstractas que limitan los poderes de los cuerpos de gobierno en muchas formas relevantes. Estas características especiales de las constituciones combinadas dan lugar a una pregunta fundamental, una que causa a los originalistas una gran dificultad y a la cual el constitucionalismo vivo pretende proporcionar una mejor respuesta: ¿Cómo puede justificadamente un grupo de personas establecer impedimentos constitucionales atrincherados de una naturaleza claramente moral que afecten a un segundo grupo de personas que pueden vivir en circunstancias radicalmente diferentes y quizá con visiones morales radicalmente diferentes? ¿Cómo, en resumen, una generación puede legítimamente vincular a la elecciones morales de otra? Una respuesta satisfactoria a este *problema intergeneracional,* sostienen los constitucionalistas vivos, requiere que se reconozcan que las constituciones pueden crecer y adaptarse a las circunstancias siempre cambiantes sin perder su identidad o su legitimidad.

De acuerdo con los constitucionalistas vivos, el significado o contenido de una disposición atrincherada como la sección 3(1) de la Ley Fundamental Alemana, la cual establece que "todas las personas deben ser iguales ante la ley", consiste en los derechos y principios de moralidad política que ellos expresan, no lo que se generalmente se entendía que esos derechos y principios requerían en el momento de su promulgación, o lo que era creído o fue intentado por aquellos quienes las incluyeron en la Constitución. La elección de utilizar términos abstractos (*e. g.* "penas crueles y desusadas") en vez de términos más concretos y no morales (*e. g.*, "ahorcamiento público", o "arrastramiento y evisceración" [*drawining and quartering*]) presumiblemente se hace en reconocimiento de cuatro factores cruciales: (1) Es importante que los gobiernos no violen ciertos derechos importantes de moralidad política; (2) los autores constitucionales no siempre están de acuerdo qué se requiere en concreto en los muchos escenarios y casos en

los cuales esos derecho son o serán relevantes; (3) los autores constitucionales no pueden anticipar el futuro ni los muchos escenarios en los cuales esas determinaciones importantes pueden ser en alguna forma relevantes; y, (4), incluso cuando ellos acuerden en lo que estos derechos requieren en concreto al momento de su adopción, y estén en una buena posición para vincularse a *sí mismos* a esos entendimientos contemporáneos, ellos no están particularmente cómodos en hacer eso respecto a generaciones futuras quienes vivirán en momentos muy diferentes y quienes pueden pensar de forma muy distinta. Debido a esto se toma la decisión de expresar compromisos constitucionales en términos muy abstractos –"castigos crueles e desusados" en vez de "arrastramiento y evisceración"– dejando espacio a las generaciones futuras para substituir su entendimientos concretos posiblemente diferentes de aquellos que los autores o de aquellos que vivieron al momento de la autoría. El resultado es que en la medida en que los entendimientos concretos de las disposiciones que contienen derechos atrincherados evolucionen, los resultados garantizados por estas disposiciones pueden legítimamente cambiar con ellos. Y, de forma importante para el constitucionalista vivo que desea aceptar el cargo de que él está aconsejando infidelidad a la Constitución, estos cambios pueden ocurrir sin que la Constitución cambie, como ocurriría cuando hay proceso formal de enmienda exitosamente invocado y una disposición abstracta de derechos es removida de la Constitución.

A pesar de su indudable atractivo (al menos para muchos), el Constitucionalismo vivo ha estado sujeto a varias de objeciones relevantes. Quizá las más prominentes son las siguientes: (a) la teoría deja sin sentido discurso de la interpretación constitucional, adecuadamente entendida como la recuperación de significado: la interpretación constitucional se transforma en algo que es diferente de la creación constitucional irrestricta o de la construcción presentada como interpretación; (b) los constitucionalistas vivos le quitan a la Constitución su capacidad de guiar la conducta, después de todo, ¿cómo pueden los individuos ser guiados por una Constitución cuya aplicación a sus conductas y elecciones será determinada por las visiones de los intérpretes posteriores?; y (c) el constitucionalismo vivo viola la doctrina de la separación de poderes, dado que si la Constitución y sus límites se vuelven cualquiera cosa que los intérpretes asuman que son, y si esos intérpretes tienen a encontrarse casi exclusivamente en las Cortes, entonces jueces que nos son responsables democráticamente terminarán decidiendo cuáles son los límites adecuados al poder del gobierno, una tarea para la cuales ellos están eminentemente poco calificados y la cual

debe ser reservada a otros individuos *(e.g.*, los autores de la Constitución) elegidos para servir tal función. Así, el originalismo resurge.

Los constitucionalistas vivos tienen varias respuestas a estas objeciones. Por ejemplo, se puede argüir que la teoría que no resulta en el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder judicial que sus oponentes manifiestan que es. Los constitucionalistas vivos como Strauss[28] y Waluchow[29] sugieren que la interpretación continua de las disposiciones que contienen derechos abstractos en una Constitución es similar a los procesos a través de los cuales desarrollan nociones igualmente abstractas del *common-law,* como "negligencia" y "el uso razonable de la fuerza". De acuerdo con Strauss, el sistema constitucional de los Estados Unidos "se ha vuelto un sistema de *common law,* uno en el cual el precedente y las prácticas judiciales pasadas son, en su propia forma, tan importantes como la Constitución misma… [n]o ocurre que los jueces (o nadie más) puedan simplemente manipularlo para hacer caber sus propias ideas".[30] Desde esa visión, la interpretación constitucional debe acomodarse a intentos previos de interpretar y aplicar las disposiciones de derechos abstractos expresadas en el texto de la Constitución. En la misma medida en que las reglas tradicionales del precedente combinan un respeto (limitado) por la sabiduría y autoridad de quienes tomaron decisiones en el pasado (en los poderes legislativo y judicial) con un atención a la necesidad de permitir adaptación de cara a visiones cambiantes, circunstancias nuevas o imprevistas, así también los intérpretes constitucionales deben respetar la sabiduría y autoridad de los intérpretes previos, al mismo tiempo que permiten que la Constitución se adapte para responder a visiones cambiantes y circunstancias nuevas o imprevistas. La interpretación constitucional viva, aunque flexible y adaptativa, no es menos restringida y disciplinada que el razonamiento bajo el *common law.*

Otra respuesta posible para los constitucionalistas vivos es negar que su teoría de la interpretación ignore el papel especial que juega el texto de la Constitución y sus autores. El texto juega un papel clave en tanto cualquier interpretación constitucional, por innovadora que pueda ser, debe ser consistente con el texto, en tanto no sea modificado a través de algún medio formal de enmienda constitucional. No existe ninguna razón para negar

[28] David Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.

[29] Wil Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 (traducido como *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: Un árbol vivo,* Marcial Pons, 2009).

[30] Strauss, *The Living Constitution, op. cit.,* p. 3.

que los entendimientos originales de las disposiciones abstractas de una Constitución también pueden ser altamente relevantes para interpretaciones futuras. Esto es especialmente importante para interpretaciones que ocurren poco tiempo después de la adopción de la Constitución, cuando las preocupaciones acerca de vincular generaciones futuras no están en juego. Los entendimientos originales simplemente no pueden ser dispositivos, al menos no a perpetuidad. Al final, la importancia relativa de factores como el significado textual, los entendimientos originales, interpretaciones posteriores y propósitos intentados, pueden ser, como Joseph Raz sugiere,[31] fundamentalmente una cuestión de moralidad política que no puede ser resuelta en abstracto y sin considerar lo que justifica, en el momento particular de la interpretación, haber atrincherado la Constitución en primer lugar, además de atrincherar determinado contenido particular. Algunas veces, la recuperación de un entendimiento concreto será necesario, en especial cuando la Constitución está en su infancia y fue promulgada para solucionar un rango de problemas morales concretos relacionados con los límites adecuados del poder gubernamental, *al menos por un momento.* Pero si un intérprete tiene una buena razón para creer que esta función de resolución ha sido derrotada por otras preocupaciones más apremiantes, quizá la necesidad de adaptarla a la luz de una circunstancias dramáticamente diferentes o entendimientos morales superiores, entonces una interpretación más innovadora puede ser apropiada. Y, una vez más, decir que los intérpretes constitucionales pueden algunas veces ser innovadores no es equivalente a decir que una Constitución puede ser interpretada para que signifique lo que el intérprete quiera.

X. TEORÍAS CRÍTICAS

Aunque el constitucionalismo está ampliamente aceptado en el mundo, ello no significa que no tenga detractores. Esto es especialmente cierto cuando tratamos esas constituciones que no sólo crean y regulan los cargos del gobierno sino que también intentan proteger derechos abstractos de moralidad política. Algunos críticos –podemos llamarlos *Críticos Duros*– sostienen que tales constituciones aparentemente protectora no pueden efectiva y legítimamente servir para proteger individuos frente a las fuerzas

[31] Raz, Joseph, "Intention in Interpretation," en R. George (ed.) *The Autonomy of Law* Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 176-191.

opresivas del gobierno.[32] Por el contrario, ellas solo sirven para enmascarar prácticas jurídicas y políticas en un falso manto de legitimidad. Otros críticos –podemos llamar a estos *Críticos Democráticos*– no son tan profundamente despectivos de las constituciones protectoras de derechos. En vez de ello, su principal preocupación es desafiar el papel que jueces que no tienen responder ante la democracia típicamente juegan en la interpretación y aplicación de tales constituciones.

De acuerdo con los Críticos Duros, factores como los entendimientos originales y la supuesta disciplina del razonamiento del *common law* rara vez son exitosos en la fijación de límites significativos al poder del gobierno. Como resultado, confiar en tales factores en la adjudicación constitucional sólo sirve (a) para racionalizar las decisiones puramente políticas de los jueces quienes están, conscientemente o no, persiguiendo sus propias ideologías políticas. Consecuencias adicionales incluyen (b) una seria afrenta a la democracia, dado que pequeños grupos de jueces no elegidos y elitistas terminan sustituyendo los juicios razonados de los representantes del pueblo, por ejemplo, aquellos miembros del Congreso o del Parlamento debidamente elegidos para ejercer, a nombre del pueblo, el derecho soberano de éste de participar en las decisiones políticas que afectan sus derechos fundamentales. Y, posiblemente, (c): la supresión de aquellos –mujeres, grupos raciales minoritarios, los pobres y otros– cuyos intereses no son adecuadamente reconocidos y protegidos por las ideologías dominantes con los cuales esos jueces tienen afinidad. En vez de frenar el gobierno amenazante de los derechos que motiva el constitucionalismo, tenemos la supresión política presentada en un falso manto de legitimidad constitucional.

Así que los críticos duros son altamente escépticos de la práctica constitucional y de aquellas teorías que aplauden el constitucionalismo como un baluarte contra la opresión.[33] Como fue notado desde el principio, un

[32] Algunos críticos duros, por ejemplo, aquellos dentro de lo que se conoce como el movimiento de los ESTUDIOS JURÍDICOS CRÍTICOS, están preparados para ampliar su crítica a áreas por fuera de la práctica constitucional, incluyendo el derecho de los contratos y la responsabilidad civil. Véase, Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

[33] "Y no creo que la teoría constitucional restrinja, o se supone que restringa a los jueces. Por el contrario… sirve primariamente para proporcionar un conjunto de mecanismos retóricos que los jueces pueden desplegar en tanto ellos los consideren efectivos". Tushnet, Mark, "Constitutional Interpretation, Character and Experience," *Boston University Law Review*, vol. 72, núm. 4, 1992, p. 759.

elemento clave de la idea del constitucionalismo es que el gobierno puede y debe ser limitado en su poder y que su autoridad depende de su observancia de aquellos límites. Además notamos que se cree generalmente se cree que la autoridad de las constituciones en las democracias liberales se deriva del "pueblo". Una implicación adicional de las teorías críticas duras es (d) que el concepto de "el pueblo" es en gran medida una mentira. En vez de estar compuesto por un grupo de individuos unidos por su preocupación por los derechos básicos, las sociedades occidentales están conformadas de varios grupos compitiendo por la dominación (*e. g.*, los hombres blancos y los ricos) o por reconocimiento y la eliminación de la opresión (*e. g.*, los pobres, las mujeres y las minorías raciales). El Derecho, incluyendo el Derecho constitucional, es una herramienta poderosa que históricamente ha sido utilizada por los grupos dominantes para asegurar y mantener su estatus superior. Como tal, una Constitución puede ser cualquier cosa menos la protección de un gobierno restringido que los campeones del constitucionalismo han sostenido por siglos. Lo que se asume como el significado obvio de "iguales frente a la ley" es lo que el grupo dominante entiende por ello o afirma que es. Lo que se entiende como los entendimientos obvios originales o intenciones históricas de los autores de la Constitución son cualquiera eran los entendimientos o intenciones que concuerden con las ideologías de los grupos dominantes. Lo que se toma como la mejor articulación de los derechos a igualdad que emergen que un análisis justo y disciplinado de *common law* de ese derecho, no es nada más que una racionalización de las estructuras sociales actuales y pasadas, las cuales sistemáticamente oprimen los intereses de las mujeres, las minorías y los pobres.

Como fue notado anteriormente, los Críticos Democráticos no tienen a ser tan despectivos de las constituciones y los derechos constitucionales como los primos de línea más dura. Sus principales objeciones giran alrededor de una práctica con la cuál estos aspectos de los regímenes constitucionales modernos son asociados de forma típica: el CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. Esta es la práctica general donde las cortes son llamadas a revisar una ley u otro acto oficial del gobierno (*e. g.*, la decisión de una agencia administrativa como el US Food and Drug Administration o el Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) para determinar su compatibilidad con la Constitución.[34] Los ejemplos de esta

[34] El control de constitucionalidad se enfoca en la compatibilidad con estándares constitucionales. Por ejemplo, puede basarse en estándares de razonabilidad o equidad desarrollados por los jueces en derecho contractual o administrativo. Nuestro enfoque será en el control de constitucionalidad como figura en la práctica constitucional.

práctica varían considerablemente. En muchas jurisdicciones, como las de los Estados Unidos, Francia y Canadá, el control de constitucionalidad incluye el poder para "derogar" o anular legislación que sido adecuadamente tramitada por el órgano legislativo o el cuerpo administrativo; mientras que en otras jurisdicciones, los poderes de control son más limitados. Por ejemplo, las cortes del Reino Unido no tienen el poder para invalidar la legislación del Parlamento, es decir, para declararla nula y sin fuerza ni efecto. Pero ellos tienen la autoridad, bajo la sección 4 del *Human Rights Act* 1998, de oficialmente declarar a la legislación incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos. Bajo tal declaración, el Parlamento usualmente emprende la tarea de enmendar o revocar la legislación violatoria. Pero, mientras no se elija hacer eso, la legislación sigue siendo válida y las cortes no tienen ningún recurso jurídico.

Entre los críticos democráticos contemporáneos más influentes está Jeremy Waldron. Waldron, para decirlo suavemente, no es ningún fan del control de constitucionalidad. Tampoco está él enamorado de las grandiosas cartas constitucionales y de derechos las cuales sirven como el fundamento más discutible de los poderes a menudo ejercidos por las cortes. De acuerdo con Waldron y sus compañeros críticos democráticos, el control de constitucionalidad bajo una carta constitucional está cargado de dificultades teóricas y prácticas. Amenaza la democracia y es fundamentalmente injusto y políticamente peligroso. También se basa en visiones pasadas de moda sobre los derechos morales, según las cuales existen derechos universales y objetivos de moralidad política a los cuales las cartas hacen referencia, sobre los cuales existe acuerdo extendido dentro de las comunidades democráticas, que permiten a los ciudadanos extiendan peticiones a los jueces, de forma sensible y justificada, para que estos derechos que sean protegidos contra los ejercicios recalcitrantes del poder gubernamental. Aunque es cierto que el control de constitucionalidad no requiere basarse en la apelación a derechos abstractos de moralidad política –podría, por ejemplo, estar restringido cuestiones sobre si una entidad administrativa ha seguido un procedimiento adecuado– y es cierto que no necesita incluir la habilidad real para derogar en realidad la legislación, el foco central de los críticos democráticos ha sido las formas de control de constitucionalidad que ejemplifican estas dos características.

De acuerdo con los Críticos Democráticos, es difícil subestimar el considerable poder que el control de constitucionalidad bajo una carta de derechos pone en las manos de los jueces quienes típicamente no son, en una democracia constitucional moderna, elegidos democráticamente y por tan-

to no responden directamente a la comunidad democrática. A pesar de esta falta de responsabilidad democrática, estos jueces han sido asignados con la tarea de proporcionar respuestas autoritativas a las preguntas profundamente controversiales de moralidad política que surgen bajo el control de constitucionalidad y con respecto a las cuales existen desacuerdos profundos. Sobre la base de estas premisas altamente controversiales, ellos terminan determinando lo que debe ser considerado lícito en la comunidad. Éste es un poder político muy grande e influyente sobre la totalidad de la comunidad democrática para que sea ejercido por un grupo muy pequeño de personas no elegidas, sin importar cuán educados o sabios ellos puedan ser. Pero quizá de forma más importante, la concesión de tal poder es fundamentalmente anti-democrática en principio: en la realidad, los ciudadanos individuales terminan siendo limitados en su capacidad política. En una sociedad democrática, cada ciudadano en edad de votar debe tener un derecho igual a contribuir en la creación de las leyes que lo gobiernan. Él ejercita este poder, directamente, mediante las urnas y a través de cualquier otra contribución que haga al discurso y debate públicos acerca de los asuntos controversiales que ella elija hacer. También hace eso indirectamente a través de los votos legislativos que hace a través de sus representantes elegidos, cuya tarea es precisamente representarle en sus intereses y opiniones. Sin embargo, con el control de constitucionalidad, todo esto ha sido reemplazado por los pronunciamientos de los jueces. Las visiones consideradas de los ciudadanos y sus representantes acera de las leyes que los gobiernan a las que se llega (se espera) a través de un proceso democrático de toma de decisiones han sido, en la práctica, reemplazadas por los pronunciamientos morales controversiales de una élite de unos pocos jueces que no le responden a la democracia. Esta situación poco feliz es además exacerbada por el hecho innegable de que los jueces en los altos tribunales a menudo discrepan vehementemente entre ellos mismos acerca de los derechos de moralidad política, y deben a menudo, en últimas, basarse en votos mayoritarios para solucionar sus propios desacuerdos. No es poco común ver a los tribunales divididos sobre asuntos controversiales de principios morales como la acción afirmativa, el aborto o la pornografía. Y a menudo, estos fallos sobre votos divididos a menudo siguen patrones que están muy relacionados con las discernibles simpatías políticas de los jueces.[35] Y añádase a esto el hecho de los jueces presentan decisiones que a menudo no sólo parecen estar en conflicto con las visiones de la comunidad en general, sino

[35] Uno de los ejemplos contemporáneos más notables es *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000).

también con sus propias decisiones en casos anteriores. Con todo esto, lo que parecería ser una idea maravillosa en abstracto –garantizar constitucionalmente derechos morales e intereses fundamentales contra el abuso del poder gubernamental– se transforma en una pesadilla viva. Una pesadilla en la cual la democracia, la justicia y el principio de legalidad han sido abandonados y reemplazados en la práctica por el gobierno de unos pocos hombres y mujeres, una suerte de "oligarquía judicial". Y sin importar en cuan alta estima tengamos a nuestros jueces en las democracias constitucionales modernas, esta no es una forma de gobierno que deba ser aceptada de forma entusiasta.

Las teorías críticas, tanto en sus variante duras y democráticas, representan un desafío serio no sólo a las teorías convencionales y las prácticas establecidas de interpretación constitucional, sino también la idea misma de constitucionalismo –la idea de que el gobierno puede y debe ser limitado de formas que nos sirvan para protegernos de un poder estatal ilimitado–. De acuerdo con el originalismo, la Constitución nos protege de los jueces y otros funcionarios al restringirlos (en gran medida) a decisiones política y moralmente neutrales e incontrovertibles acerca de las intenciones y entendimientos históricos. De acuerdo con una rama del constitucionalismo vivo, nuestra Constitución en evolución puede hacer lo mismo aunque al mismo tiempo permite a la Constitución crecer y adaptarse a las circunstancias cambiantes y (se espera) a mejores entendimientos morales. Se puede modificar el acto de ponderación inicial en tanto los jueces, en cuyas manos recae el poder de interpretación y aplicación constitucionales, estén dispuestos a sujetar sus deliberaciones a la disciplina del razonamiento del *common law*. Los Críticos, sin embargo, siguen siendo escépticos. Los jueces ordinarios, sostienen los teóricos Críticos, no son reyes y reinas platónicos, que dispensan justicia a la luz de la verdad moral objetiva. Debemos siempre recordar, insisten los Críticos, que los jueces son seres humanos ordinarios y con defectos, con todas las falencias, debilidades y prejuicios intelectuales y morales de los demás seres humanos. Ellos también son, a menudo, miembros de un grupo dominante (*e. g.*, hombres ricos y blancos) quienes comparten el contexto social, educación, perspectiva y los valores de ese grupo. Pero si las constituciones están a la merced de las ideologías dominantes y los caprichos y convenciones de una élite judicial, entonces, la clase de protecciones sostenidas por la idea de constitucionalismo pueden ser un mito, y un mito peligroso.

Entonces, ¿cuál es la solución, según los teóricos críticos? Las soluciones proferidas varían considerablemente, dependiendo en cuan fuerte es la

línea que sostenga el teórico. Un comunista revolucionario puede sostener un derrocamiento total del sistema de gobierno democrático, mientras que un crítico liberal feminista puede estar contento con trabajar dentro del sistema constitucional existente para erradicar los vestigios de patriarcado que pueden haber sobrevivido a los recientes movimientos feministas.[36] Waldron y los demás críticos democráticos sostienen que debemos abandonar la práctica del control de constitucionalidad bajo una carta de derechos y que debemos dejar las decisiones políticas donde ellas pertenecen: al pueblo y sus representantes electos y democráticamente responsables. Pero cualquiera sea la solución preferida, todo Críticos del constitucionalismo parecen estar de acuerdo en que el progreso sólo puede hacerse si los mitos que rodean a la protección constitucional –la fuerza restrictiva del entendimiento original, la intención, la historia, la disciplina del *common law,* entre otros– son expuestos y que las verdaderas fuerzas políticas que operan en la prácticas constitucionales sean reconocidas y tratadas abiertamente. El que la idea de constitucionalismo pueda sobrevivir las lecciones de tal escrutinio crítico es una buena pregunta.

XI. Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, *We The People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

_____, *We The People 2: Transformations*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

_____, "The Living Constitution" *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007.

ADLER, Matthew & KENNETH Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, New York, Oxford University Press, 2009,

ALLAN, T.R.S., *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

ALEXANDER, Larry (ed.) *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

ALEXANDER, Larry & SOLUM, Larry, "Popular? Constitutionalism?," *Harvard Law Review*, vol. 118, núm. 5, 2005.

ALTMAN, Andrew, *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

[36] Strossen, Nadine, *Defending Pornography*, New York, Scribner, 1995.

AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

BARNETT, Randy E., "An Originalism for Nonoriginalists," *Loyola Law Review*, vol. 45, 1999.

_____, *Restoring the Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

BARBER, N.W., *The Constitutional State*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

BARBER, Sotirios & J. FLEMING, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

BERMAN, Mitchell, "Originalism is Bunk," *NYU Law Review*, vol. 84, 2009.

_____, "Constitutional Constructions and Constitutional Decision Rules: Thoughts on the Carving of Implementation," *Constitutional Commentary*, vol. 16, 2010.

_____, "Constitutional Interpretation: Non-originalism" *Philosophy Compass*, vol. 6, núm. 6, 2011.

BENTHAM, Jeremy, "Constitutional Code", en vol. 9, *Works of Jeremy Bentham*, 1838–1843.

BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

BLACKSTONE, Sir William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1-4, 1765-1769.

BLAUSTEIN, Albert P. & GISBERT H. Flanz, ed., *Constitutions of the Countries of the World*, Dobbs Ferry NY, Oceana Publications, 2003.

BOBBIT, Philip, *Constitutional Interpretation*, Oxford: Blackwell, 1991.

BORK, Robert, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," *Indiana Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1997.

_____, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Macmillan, 1991.

BREST, Paul, "The Misconceived Quest for the Original Understanding," *Boston University Law Review*, vol. 60, núm. 2, 1980.

CHRISTIANO, Thomas, *The Constitution of Equality: Democratic Authority and Its Limits*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

DEN OTTER, Ronald, *Judicial Review in the Age of Moral Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9o.·ed., London, Macmillan, 1948.

DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

_____, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve," *Fordham Law Review*, vol. 65, 1997.

EISGRUBER, Christopher, *Constitutional Self-Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

ELSTER, John & RUNE Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy* Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

ELY, John, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

FALLON, Richard H. Jr., *Constitutional Implementation*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

FREEMAN, Samuel, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review," *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4, 1990.

_____, "Original Meaning: Democratic Interpretation and the Constitution," *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 3, 1993.

GOLDSWORTHY, Jeffrey, "Constitutional Interpretation: Originalism," *Philosophy Compass*, vol. 4, núm. 4, 2009.

GRAY, John, *The Nature and Sources of Law*, New York, Columbia University Press, 1921.

GREY, Thomas, "Do We Have An Unwritten Constitution?" *Stanford Law Review*, vol. 27. núm. 3, 1975.

_____, "Constitutionalism: An Analytic Framework", en *Constitutionalism: Nomos XX*, R. Pennock & J. Chapman (eds.) New York, New York University Press, 1979.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2a.·ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.

HOBBES, Thomas, *De Cive*: The Philosophical Rudiments Concerning Government and Society, varias ediciones, 1642.

_____, *Leviathan*, varias ediciones, 1651.

HOGG, Peter, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1999.

HOHFELD, Wesley, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning: And Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1919.

HUSCROFT, Grant and I. BRODIE (eds.) *Constitutionalism in the Charter Era* (Markham, Ontario: Butterworth's, 2004.

HUSCROFT, Gtrant & Bradley MILLER (eds.) *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

_____, *Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

KAVANAGH, Aileen, "The Idea of a Living Constitution," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 16, 2003.

_____, *Constitutional Review Under the Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004.

LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, varias ediciones, 1690 [en especial, Libro II, Capítulos XI-XIV].

LYONS, David, "Constitutional Interpretation and Original Meaning", en *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

_____, "A Preface to Constitutional Theory" en *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

MACCALLUM, Gerald, "Legislative Intent," en Robert Summers (ed.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Basil Blackwell, 1970.

MACKINNON, Catherine, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

_____, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

_____, *Only Words,* Cambridge, Harvard University Press, 1993.

MARMOR, Andrei, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, en especial, cap. 4 "Are Constitutions Legitimate?" y cap. 8 "The Immorality of Textualism".

MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1971.

_____, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

MCILWAIN, Charles, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithica, NY; Cornell University Press, 1947.

MICHELMAN, Frank, "Constitutional Authorship," en Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

MONTESQUIEU, Baron de, *The Spirit of the Laws*, tradución de Thomas Nugent, F. Neumann (ed.), New York, Hafner Publishing, 1949 [1748].

PAINE, Thomas, "The Rights of Man," en *The Essential Thomas Paine*, New York, New American Library, 1969 [1761].

PENNOCK, R. & J. CHAPMAN, (eds.), *Constitutionalism: (Nomos XX)*, New York, New York University Press, 1979.

RAKOVE, Jack (ed.), *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston, Northeastern University Press, 1990.

RAZ, Joseph, "Intention in Interpretation," en R. George, (ed.) *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

_____, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries" en L. Alexander (ed.) *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

REHNQUIST, William, "The Notion of a Living Constitution," *Texas Law Journal*, vol. 64, 1974.

RICHARDS, David, *Toleration and the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1986.

RUBENFELD, Jed, "Legitimacy and Interpretation," en L. Alexander (ed.), *Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

SAGER, Lawrence, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Justice*, New Haven, Yale University Press, 2004.

SCALIA, Antonin, "Originalism: The Lesser Evil" *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989.

_____, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

SHKLAR, Judith, *Montesquieu*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

SMITH, Patricia (ed.) *Feminist Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1992.

SOLUM, Lawrence B., (2008) "Semantic Originalism". *Illinois Public Research Paper*, No. 07-24, 2008, [*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244*].

_____, "The Interpretation-Construction Distinction" *Constitutional Commentary*, vol. 27, 2010.

_____, "What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory" *Social Science Research Network* (April 28, 2011) 1825543. [*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825543*]

STRAUSS, David, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.

STROSSEN, Nadine, *Defending Pornography*, New York, Scribner, 1995.

SUNSTEIN, Cass, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1995.

THAYER, J.B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law" *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, 1893.

TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1978.

_____, "Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation," *Harvard Law Review*, vol. 108, núm. 6, 1995.

TUSHNET, Mark, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

_____, "Constitutional Interpretation, Character and Experience," *Boston University Law Review*, vol. 72, núm. 4, 1992.

_____, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

UNGER, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

VERMEULE, Adrian, *Law and The Limits of Reason*, New York, Oxford University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy, "A Rights-Based Critique of Constitutional Rights," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993.

_____,"Precommitment and Disagreement," en L. Alexander (ed.) ,*Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

_____, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

_____, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

_____, "The Core of the Case Against Judicial Review," *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

WALUCHOW, W.J., "Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 18, núm. 2, 2005.

_____, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

_____, "Judicial Review" *Philosophy Compass*, vol. 2, núm. 2, 2007.

_____, "Democracy and the Living Tree Constitution", *Drake University Law Review*, vol. 59, 2011 (traducido como Wil Waluchow,

"Democracia y Constitucionalismo del Árbol Vivo", en Jorge Fabra y Leonardo García Jaramillo (eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional*, 2015).

_____, "Constitutional Interpretation", en A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York: Routledge, 2012.

WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitations of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

WHITTINGTON, Keith, *Constitutional Construction*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

_____, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence: Kansas University Press, 1999.

CAPÍTULO 53
SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Pedro SALAZAR UGARTE*

I.

Es difícil ofrecer al lector un ensayo original sobre un concepto tan estudiado como lo es el concepto de "Constitución". Por lo mismo, lo que ofreceré en las páginas que siguen son solamente algunas claves para entender el significado que tiene esta noción en el siglo XXI. Para ello reconstruiré algunos modelos, debates y tendencias relacionadas con la idea de Constitución desde una perspectiva jurídica y política. Lo que propongo, entonces, es ofrecer algunas nociones del concepto "Constitución" vigentes en la actualidad y un elenco de tópicos y problemas contemporáneos relacionados con el mismo. Mi propósito es ofrecer a los lectores un mapa, delineado desde la teoría política y la teoría del derecho, para orientarse en los debates sobre la Constitución y comprender el núcleo de significado del concepto, su sentido moderno y algunos desarrollos contemporáneos.

II.

Entendida en su sentido más general, la Constitución es un marco normativo orientado a la organización de los poderes de un estado. De hecho, en su acepción primigenia, según recuerda Michelangelo Bovero, en una analogía con la ciencia médica, el término alude a la estructura del organismo político estatal.[1] Así que la Constitución es el ordenamiento de las magistraturas y de los poderes de un estado cualquiera. Desde esta pers-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Bovero, Michelangelo, Prefacio al libro de Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2006, pp. 16-24.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1930-1958.

pectiva –axiológicamente neutral– todos los estados tienen una Constitución. A esto es a lo que se refiere Elías Díaz cuando sostiene que, en sentido estricto, todos los estados son estados jurídicos.[2] La organización del poder político requiere de una estructuración que suele adquirir expresión jurídica mediante un conjunto de normas –que pueden estar o no escritas– y que comúnmente llamamos Constitución.

No todos los estados tienen una Constitución escrita ni en todos se organizan los poderes de la misma manera. La organización de los poderes puede expresarse en múltiples disposiciones –que no necesariamente tienen un origen legislativo sino que pueden tener un origen jurisprudencial e incluso provenir de la costumbre o la tradición y que, en su conjunto, dan forma a la Constitución del estado–. Un ejemplo clásico de Constitución no escrita es la que históricamente ha existido y ordenado el funcionamiento del estado en Inglaterra. Por lo que hace a la forma en la que se organizan los poderes, como la historia enseña, es posible encontrar muy diversas modalidades: monarquías absolutas, monarquías parlamentarias, sultanatos, estados totalitarios, democracias presidenciales, democracias parlamentarias, etcétera. En cada caso la organización de las magistraturas se articula de manera significativamente distinta. Esto significa que el poder político se *constituye* de diferente manera.

Nótese que, en el ámbito de la Constitución, la relación entre el poder y el derecho es muy estrecha. Se trata de las dos caras de una misma moneda, como sentencia la afortunada metáfora de Norberto Bobbio. Es la organización de los poderes la que da forma a la Constitución y ésta última, entonces, no es otra cosa que la expresión normativa de dicha articulación. De hecho, en la modernidad, si seguimos las premisas de la teoría contractualista –producto del pensamiento IUSNATURALISTA moderno– la Constitución normativa viene a ser la expresión del pacto político en el que el estado sustenta su legitimidad. El *pactum subjetionis* ideado por Hobbes y que puede ser precedido por un *pactum societatis*, como proponía Locke, o constituir una suerte de contrato social a favor de la voluntad general, como teorizó Rousseau, desde el punto de vista de la teoría constitucional, adquiere expresión en lo que llamamos "la Constitución del estado". En esa medida es en la Constitución en donde se expresa y reside el acuerdo político fundante o fundacional que legitima a la entidad estatal. En este modelo teóri-

[2] Aunque, una vez abandonada la neutralidad axiológica, él mismo sostiene que "no todos los estados jurídicos son estados de derecho". *Cfr.* Díaz, Elías, *Estado de derecho y democracia*, Taurus, Madrid, 1998.

co, el estado mismo es una entidad artificial que emerge de una decisión política –precisamente el contrato o pacto social– pero existen distintas maneras de organizar a los poderes una vez que han sido constituidos. Por ejemplo, sabemos que Hobbes promovía un estado absoluto, Locke un estado liberal y Rousseau un estado democrático.

Desde otros paradigmas teóricos también orientados a explicar la existencia de los estados las cosas son distintas.[3] Los modelos organicistas, por ejemplo, niegan la celebración –teórica o fáctica– de un contrato mediante el cual se crea el artificio estatal y, por lo mismo, ubican a la Constitución en otra dimensión. Desde esta perspectiva, la organización de las magistraturas emerge como el resultado de la organización de otras entidades comunitarias previas que componen o constituyen a la sociedad. Estas tradiciones reproducen el modelo teórico aristotélico según el cual el estado es la evolución de otras formas de organización social que tienen su origen en la naturaleza humana: desde la familia, la aldea y así sucesivamente se llega hasta esa entidad más compleja y articulada que llamamos estado. La Constitución del estado, entonces, no reside en una decisión política sino que es el resultado natural de la evolución social. Ciertamente es posible la existencia de un documento normativo en el que se plasme la forma en la que se organizan y articulan los poderes públicos –un documento constitucional–, pero éste no es la expresión de un momento político fundacional.

Una buena clave de lectura para entrever las diferencias entre estas aproximaciones puede ser la conocida distinción de Constantino Mortati, entre una Constitución formal o normativa y otra Constitución material que se define y expresa en clave sociológica.[4] La Constitución normativa es el documento constitucional, producto de un pacto o acuerdo político, en el que están plasmadas las normas que rigen la convivencia en una colectividad compleja que llamamos estado. La Constitución material, en cambio, se compone por los actores y los comportamientos reales de los mismos que organizan y definen *efectivamente* a un estado. La Constitución material, entonces, se define e identifica en clave sociopolítica y, en una cierta medida, anticipa, precede y condiciona a la Constitución formal.

[3] *Cfr.*, Bobbio, Noberto y Bovero, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano,* Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

[4] *Cfr.* Mortati, Constantino, *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

III.

En la modernidad el concepto de Constitución adquirió un significado preciso referido a un contenido determinado. Ello al menos en el contexto occidental. La definición de ese concepto de Constitución quedó plasmada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución". La relevancia de esta definición requiere que nos detengamos en la misma.

Se trata de una concepción de Constitución que corresponde a una teoría política específica: el liberalismo. La idea de los derechos (humanos o individuales) como elemento fundamental del documento constitucional pueden rastrearse, al menos, desde las tesis de John Locke que, para muchos, es el padre del liberalismo moderno. Y la tesis de que los derechos naturales son anteriores al estado pero se conservan –ahora con forma jurídica– cuando éste surge y constituyen límites a los poderes del mismo es una idea que caracteriza al liberalismo político. De hecho, es lícito afirmar que esta teoría política es la precursora de la teoría jurídica conocida como constitucionalismo que estudia, precisamente, a las constituciones modernas en las que los derechos de las personas se encuentran recogidos. Cuántos y cuáles son esos derechos es un tema que está abierto a discusión y que ha encontrado respuestas distintas en los diferentes documentos constitucionales. Algunas constituciones modernas solamente contienen un catálogo mínimo de libertades básicas (personal, de pensamiento, de asociación, de reunión); otras también incorporan derechos políticos (votar, ser votados, asociarse y reunirse para fines políticos y; otras más también contemplan algunos derechos sociales (trabajo, salud, vivienda, educación). Pero lo cierto es que las constituciones modernas –las "constituciones del constitucionalismo"– contienen invariablemente un catálogo de derechos humanos o fundamentales.

El otro elemento de la definición que ofrece el artículo 16 de la Declaración francesa también es de estirpe netamente liberal: la separación de los poderes. Se trata de una medida técnica –que también puede rastrearse en la obra de Locke y, posteriormente, en la de Montesquieu– y que tiene como finalidad limitar al poder político. Al diferenciar y separar al poder legislativo, del judicial y del ejecutivo se busca evitar concentraciones de poder político que puedan lesionar a los derechos (en particular a las liber-

tades) de las personas. Esta separación primigenia y básica ha sido objeto de múltiples y diversos desarrollos pero su idea originaria sigue siendo la misma: el poder debe dividirse para generar las condiciones que hagan posible a la libertad. Existen múltiples estudios que ofrecen diferentes expresiones de este principio –e incluso diferencian entre la separación y la división de los poderes– pero en todos ellos se mantiene firme la premisa anterior.

La institución de la separación de los poderes puede adquirir diferentes modalidades pero es la base de dos principios fundamentales del constitucionalismo moderno: el principio de legalidad y el principio de imparcialidad. El primero impone a todas las autoridades del estado a actuar bajo el sometimiento de las normas jurídicas –*sub lege*– y a través de las mismas –*per leges*– y, en esa medida, coloca al poder legislativo (que tiene la potestad de crear dichas normas) en una posición de primacía sobre los otros dos poderes. El principio de imparcialidad en cambio se orienta hacia la necesaria independencia e imparcialidad del poder judicial como garante último de esa legalidad. De alguna manera es lícito sostener que la garantía de ambos principios es una característica prototípica de las constituciones modernas.

En las constituciones contemporáneas existen múltiples mecanismos orientados a imponer límites y vínculos al poder y, sobre todo en la actualidad, los mismos trascienden por mucho a la mera separación de los tres poderes tradicionales. En particular existen cortes o tribunales constitucionales que revisan los actos de los tres poderes (legislativo, judicial y ejecutivo) para garantizar que los mismos se ajusten a la Constitución y, en esa medida, controlan y limitan su actuación. También es común encontrar organismos autónomos de garantía de algunos derechos específicos –por ejemplo agencias orientas a proteger los datos personales de las personas o su derecho de acceso a la información– o instituciones de garantía no jurisdiccionales como los llamados *Ombudsman* pero, en todo caso, la finalidad básica sigue siendo la que imaginó Montesquieu en el siglo XVIII: evitar la concentración del poder y ofrecer tutela a los derechos de las personas.

IV.

El modelo liberal de Constitución se consolidó en buena parte del mundo en la primera mitad del siglo XX pero adquirió una fuerza renovada después de la II Guerra Mundial. A las constituciones de posguerra se les conoció como las "constituciones largas" por la cantidad de derechos que recogían y por la diversidad de mecanismos institucionales de garantía

contemplados. Se trata de las constituciones del "Modelo Democrático Constitucional" que emergieron primero en los estados derrotados después de la guerra (Alemania, Japón e Italia) y que, posteriormente, poco a poco, y conforme los regímenes autoritarios cayeron y se verificaron transiciones democráticas se adoptaron en otros países europeos y latinoamericanos. De esta manera, a partir de la segunda mitad del siglo XX pero en particular en las últimas tres décadas de esa centuria, un modelo específico de Constitución se afirmó como el paradigma de referencia en Occidente. Se trató de una Constitución liberal pero también con elementos democráticos y, aunque parezca paradójico, socialistas. Algunos denominaron al modelo de estado que las adoptó como "Estado Social y Democrático de Derecho" que nosotros llamaremos simplemente Modelo Democrático Constitucional. A continuación se delinean algunas de sus características fundamentales.

Lo primero que conviene tener presente es que detrás del modelo democrático constitucional descansa la noción de Constitución liberal que ha sido mencionada en el apartado anterior. Junto con las instituciones orientadas a la limitación de los poderes propias del constitucionalismo liberal, en los documentos constitucionales de posguerra, adquirieron plena carta de identidad los institutos que hacen posible a la democracia política y los que están orientados al control de constitucionalidad de las leyes. De hecho, la democracia constitucional se erige sobre las bases de una concepción procedimental de la democracia y se refuerza con instituciones orientadas a la justicia constitucional. Por eso es lícito sostener que los precursores teóricos del modelo son autores liberal democráticos como Hans Kelsen y Norberto Bobbio.[5] Pero, además, junto a los derechos de libertad y a los derechos políticos, en algunos estados más que en otros pero como quiera que sea con una tendencia creciente, se incorporaron algunos derechos sociales.

La democracia constitucional como modelo de organización política persigue dos objetivos analíticamente distintos: *limitar* al poder político y *distribuirlo* entre los ciudadanos sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales de los individuos que integran a la colectividad política. En este sentido es un modelo mucho complejo que apuesta por una combinación de instituciones que están orientadas hacia la garantía de

[5] Sobre este modelo me permito remitir a mi libro *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, *op. cit*. También vease el compendio editado por Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y Democracia*, FCE, México, 1999 [1988]. Asimismo, la obra de Luigi Ferrajoli (en particular: *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007).

los derechos de las personas pero también supone su participación en esta tarea. En tanto titulares de derechos, las personas y los ciudadanos deben ser los protagonistas de la vida social y no meros electores del gobierno. Ello exige su participación en diversas sedes (no solo en las instituciones de gobierno o de representación) y una actitud de vigilancia y seguimiento constante a las tareas de los gestores de la vida colectiva. Para ello existen mecanismos e instituciones orientados a la participación ciudadana y a la rendición de cuentas permanentes por parte de los poderes públicos. Desde esta perspectiva –para retomar a Mortati– parece atinado sostener que la Constitución formal del modelo democrático constitucional requiere de una Constitución material específica en la que los titulares de los derechos son actores relevantes.

El diseño institucional de la democracia constitucional es complejo. Dentro de sus instituciones prototípicas destacan las siguientes:

Una Constitución –en la mayoría de los casos escrita– que es la norma suprema del ordenamiento y cuyo contenido está protegido mediante la garantía de la rigidez. En principio debe ser un documento claro y accesible en el que se recogen los derechos de las personas pero también se diseña el aparato del poder estatal. Dicho diseño –la organización de las magistraturas– obedece al principio de la separación de los poderes y coloca al poder legislativo en una posición de prioridad sobre los poderes ejecutivo y judicial.

El contenido nuclear de esa Constitución –siguiendo la definición propuesta por el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789– son los derechos fundamentales de las personas. Como ya se ha adelantado algunas constituciones contienen más derechos que otras pero, como característica del modelo, en general se reconocen junto a las libertades clásicas (personal, de pensamiento, reunión y asociación), los derechos políticos y algunos derechos sociales (a la educación, al trabajo, a la salud, básicamente). En muchas constituciones contemporáneas esos derechos están recogidos mediante principios abstractos (dignidad, libertad, igualdad, felicidad, etc.) que son susceptible de interpretaciones controvertidas.

Si bien la separación de los poderes es en sí misma una garantía para los derechos, en las democracias constitucionales contemporáneas existen una multiplicidad de instituciones que tienen la misma finalidad. Desde institutos avocados a garantizar la transparencia en la gestión gubernamental hasta figuras como los *Ombudsman* que tienen la finalidad específica de brindar una protección no jurisdiccional a los derechos de las personas. El dato a subrayar es que el reconocimiento de los derechos suele estar acompañado por un conjunto amplio de garantías de los mismos.

Como garantía del contenido constitucional en su conjunto (pero sobre todo de los derechos fundamentales) se contempla, además de la separación de los poderes y de otros mecanismos judiciales y no jurisdiccionales de protección, la existencia de jueces encargados de la delicada función de ejercer el "control de constitucionalidad de las leyes". Se trata de los Tribunales o Cortes constitucionales. Esta institución es fundamental en el Modelo Democrático Constitucional aunque, como diversos estudiosos han denunciado, sea una institución con talante elitista que controla al poder de las mayorías políticas. De ahí que se diga que estos tribunales o cortes constitucionales son poderes contramayoritarios (véase, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD)

Lo anterior supone que, en la democracia constitucional, se ha abandonado un principio que caracterizaba al "estado legislativo de derecho" –que, a decir de Lugi Ferrajoli, era el paradigma que precedía al estado constitucional– y que se basaba en la soberanía del legislador. En la democracia constitucional las mayorías políticas –por más amplias que estas sean– están sometidas a la Constitución y sus decisiones son susceptibles de revisión y control de constitucionalidad. De ello depende que los derechos fundamentales sean verdaderas "cartas de triunfo" –para parafrasear a Dworkin– frente al poder político de las mayorías y de los gobiernos. Por eso la relación entre los derechos fundamentales (protegidos y garantizados constitucionalmente) y la democracia no está exenta de tensiones: los derechos son precondiciones y condiciones para la democracia y, al mismo tiempo, constituyen limitaciones al poder democrático. En la democracia constitucional no existen poderes absolutos. Para Ferrajoli, por ejemplo, los derechos son la dimensión sustancial de la democracia. Para otros autores, como Garzón Valdés los derechos constituyen un "coto vedado" para las decisiones democráticas.[6]

[6] El autor que mejor y más ha desarrollado estas tesis en los últimos años es Luigi Ferrajoli. Sus tesis completas en mérito se encuentran en su obra reciente: Ferrajoli, Luigi., *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia, op. cit.* Para Ferrajoli los derechos son la dimensión sustancial de la democracia. Para otro autor como Michelangelo Bovero, los derechos son un límite al poder democrático pero no forman parte del sistema democrático salvo como precondiciones (los derechos sociales) y condiciones (los derechos de libertad y políticos) del mismo (*Cfr.* Bovero, Michelangelo. *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores, op. cit.*; Michelangelo Bovero y Luigi Ferrajoli, *Teoria de la democracia. Dos perspectivas comparadas,* en Colección "Temas para la democracia", Conferencias Magistrales, 13, Instituto Federal Electoral, 2001, México).

El elemento democrático del modelo –la forma de gobierno– se expresa en los que Norberto Bobbio llamaba "universales procedimentales" de la democracia y que se expresan en las reglas siguientes: a) todos los ciudadanos mayores de edad sin distinciones deben gozar de derechos políticos; b) el voto de los ciudadanos debe tener un peso igual; c) todos los titulares de derechos políticos deben ser libres de votar siguiendo a sus propias opiniones; d) los ciudadanos también deben ser libres en el sentido de que deben estar en condiciones de escoger entre soluciones diferentes, es decir entre partidos que tengan programas distintos y alternativos; e) tanto para la elección, como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de mayo-ría numérica; f) ninguna decisión adoptada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en particular el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.[7]

Además, el diseño institucional en su conjunto se articula sobre la base de principios normativos que tienen una dimensión axiológica: la equidad social, la igualdad política, la libertad (negativa y positiva), el pluralismo, la tolerancia, etcétera. Estos principios –que exigen un estudio monográfico independiente– operan como presupuestos teóricos del modelo pero también como ideales a perseguir.

El modelo democrático constitucional funciona sobre la base de un equilibrio entre el constitucionalismo y la democracia que se expresa fundamentalmente en este elenco de instituciones. El elemento constitucional juega un papel muy relevante porque impone límites y vínculos a las decisiones de los órganos de gobierno democráticos con la finalidad de colocar a los derechos fundamentales en el centro de la acción estatal. Desde esta perspectiva, para los promotores de la democracia constitucional, "la democracia sólo es justificable si se somete a restricciones constitucionales"[8] y los derechos humanos o fundamentales son el eje orientador de todas las políticas públicas. La Constitución, entonces, ya no solo es la organización de las magistraturas sino, sobre todo, el instrumento mediante el que se reconocen y se protegen los derechos fundamentales de todas personas.

[7] *Cfr.*, Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. X.

[8] Garzón Valdés, Ernesto, "Restricciones de la democracia representativa", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federa*, p. 132.

V.

A partir de la adopción en sede política de este modelo de Constitución en diferentes estados occidentales emergieron paradigmas teóricos avocados a su estudio. Algunos de esos paradigmas, dadas las particularidades del modelo democráticos constitucional, abandonan la perspectiva descriptiva propia del POSITIVISMO JURÍDICO clásico y adquieren un enfoque también prescriptivo. Esto significa que no se limitan al estudio de lo que *es* el derecho vigente sino que se proponen incidir en lo que *debe ser* el ordenamiento constitucional. Ese es el caso del llamado "NEOCONSTITUCIONALISMO". Se trata de una de las corrientes teóricas más influyentes en el debate teórico contemporáneo en materia constitucional por lo que es pertinente recuperar algunos de sus rasgos característicos. De hecho, su análisis es relevante para comprender el significado y los alcances del concepto de Constitución en el siglo XXI. Esto es así, precisamente, porque aunque una cosa sea la Constitución y otra el modelo teórico con el que se le estudia, en el neoconstitucionalismo –dado el carácter prescriptivo de algunas de sus versiones-, se propone una conexión entre ambas dimensiones.

Es importante tener presente cuál es el modelo de Constitución que estudia el neoconstitucionalismo. Se trata de un documento normativo –preferentemente escrito– que tiene un rango de supremacía sobre las demás normas del ordenamiento jurídico estatal y, en esa medida, condiciona la validez formal y material de todas las normas inferiores o secundarias del estado en el que tiene vigencia. En su dimensión sustantiva es un documento normativo robusto que contiene un amplio catálogo de derechos (humanos o fundamentales se según cada tiempo histórico y tradición teórica) que están recogidos con fórmulas abstractas y abiertas (y, por ende, son susceptibles de interpretación en sede, sobre todo judicial) y que constituye el elemento central del documento y, por medio del mismo, del ordenamiento en su conjunto. Dentro de sus normas, la Constitución que estudia el neoconstitucionalismo, también contempla a las instituciones, reglas, principios y derechos que dan forma a la democracia política. Asimismo contiene un catálogo –más o menos amplio– de derechos sociales. Finalmente mantiene firme la tesis de la separación de los poderes e incorpora, junto con otros mecanismos e instituciones de garantía de los derechos, mecanismos de control de constitucionalidad sobre leyes. De hecho, la justicia constitucional, es una de las instituciones que merece mayor atención por parte de los autores que se adscriben a esa corriente teórica.

En realidad, el neoconstitucionalismo no es una teoría en cuanto tal sino que es la categoría conceptual –inventada por los miembros de la escuela genovesa[9]– con la que se denomina a un conjunto de concepciones teóricas orientadas a estudiar el fenómeno constitucional antes descrito. Dichas concepciones no son idénticas pero tienen presupuestos y propuestas similares que permiten considerarlas como parte de una misma aproximación teórica. Por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester subrayar lo que las teorías que abarca ese concepto tienen aspectos en común pero también que se trata de concepciones diferentes. Eso es claro si pensamos en algunos de los autores que suelen listarse, no sin cierta arbitrariedad, bajo esa denominación: desde Ronald Dworkin hasta Gustavo Zagrebelsky, pasando por Carlos S. Nino y Robert Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido. Esto es así porque, como he advertido, el neoconstitucionalismo, es una noción creada por los miembros de una escuela del pensamiento para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos (con los que, dicho sea de paso, los genoveses sostienen fuertes diferencias). De esta manera, probablemente, autores como Dworkin o Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalistas en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana, como tampoco lo supo Carlos Nino que falleció antes de que el término se acuñara.[10] Este hecho no le resta pertinencia al uso del membrete "neoconstitucionalismo" pero nos exige utilizarlo con mesura (salvo en aquellos casos en los que algún estudioso, voluntariamente, decida identificarlo con su teoría).

El conjunto de aproximaciones teóricas que se reúnen bajo esta categoría están centradas en el estudio de las constituciones largas y su rasgo común compartido más destacado es la promoción de una agenda robusta de derechos fundamentales. En esa medida, las teorías neoconstitucionalistas, tienen en común una idea de lo que sería una sociedad justa pero no despliegan, propiamente, una teoría del poder. Se trata de teorías fundamentalmente jurídicas que, como ya se ha adelantado, tienen un carácter prescriptivo. Si bien, el neoconstitucionalismo puede aceptar, siguiendo al positivismo jurídico, que el Derecho –en particular el constitucional– es un hecho social no acepta que éste pueda albergar cualquier contenido. Al

[9] Esta es una tesis sostenida por Paolo Comanducci. Véase, además, la entrada NEOCONSTITUCIONALISMO.

[10] Sobre la obra y el pensamiento de Carlos Santiago Nino, *Cfr.* Rosenkrantz, Carlos, y Vigo, Roberto, *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino,* Fontamara, México, 2008.

menos no en el plano del discurso justificatorio en el que "los derechos humanos pueden entrar… sólo cuando son concebidos como derechos morales, es decir, como derechos no derivados de hechos sino de principios morales ideales".[11]

Estas premisas permiten distinguir el plano de la identificación del derecho del que corresponde a la justificación del mismo pero, en este último ámbito, suponen que sólo los ordenamientos que tienen ciertas características y albergan un determinado contenido pueden entrar en el molde del constitucionalismo.[12] Desde esta perspectiva, para el neoconstitucionalismo, solamente existe un modelo "legítimo" de Constitución: aquella que recoge valores políticos y morales determinados en fórmula de derechos humanos o fundamentales. De hecho, para teóricos como Dworkin, Nino, Zagrebelsky y Alexy, por ejemplo, ciertas normas jurídicas no sólo son hechos sino también son valores (caso típico de los principios constitucionales) y, por ello, las teorías de estos autores se alejan irremediablemente del núcleo duro del iuspositivismo. Esto es así porque, dichos valores suponen, en mayor o menor medida, la incorporación de la moral al derecho. He ahí la dimensión prescriptiva del paradigma neoconstitucional. Ciertamente, entre los autores que consideramos neoconstitucionalistas, existen diversas posturas en este tema: no es lo mismo, por ejemplo, la pretensión de validez del derecho que explica la vinculación entre la moral y el derecho en la obra de Ernesto Garzón Valdés o la postura frente al tema desde el liberalismo igualitario de Rodolfo Vázquez que el iusnaturalismo abierto de Gustavo Zagrebelsky o la confusión entre derecho y justicia que suponen algunas tesis de Robert Alexy. Pero, en todos los casos y este es el punto a tener en cuenta, estos autores se colocan del lado de la frontera de quienes sostienen que entre la moral y el derecho (para que éste se justifique) existe un vínculo, aunque sea mínimo, ineludible.

Para reforzar el argumento resulta útil identificar algunas de las tesis centrales que, según los creadores del concepto, caracterizan al pensa-

[11] Nino, Carlos S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 38.

[12] En esta misma dirección se desprende la atinada y severa crítica de Ferrajoli al neoconstitucionalismo por incurrir en una suerte de objetivismo y cognitivismo moral similar al que adquiere su expresión más acabada en la moral católica. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 15-53.

miento neoconstitucionalista.[13] Para Susana Pozzolo, por ejemplo, el neoconstitucionalismo se caracteriza precisamente por ser, a la vez, constitucionalista y antipositivista.[14] Para defender la constitucionalización de los derechos fundamentales (de un *Bill of Rights*), el neoconstitucionalismo, nos explica Pozzolo, abandona la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral. Y, en paralelo, propone un modelo axiológico-normativo para el desarrollo del derecho real: "una proyección evolutiva, expansiva y necesaria, del contenido del derecho constitucional positivo".[15] De ahí se desprende una tesis de fondo que constituye una bandera del pensamiento neoconstitucional: aunque sea posible constatar la existencia fáctica de ordenamientos jurídicos que no respetan las coordenadas de contenido delineadas por esta máxima, solamente pueden considerarse como ordenamientos constitucionales *en sentido estricto* aquellos que recogen un catálogo de derechos fundamentales que son la positivización de una cierta moral. En este caso, ni los derechos fundamentales pueden ser cualquier derecho; ni las constituciones pueden tener cualquier contenido. Al menos no –dirían los teóricos del neoconstitucionalismo– si pretendemos que tengan legitimidad o justificación

Un tema en el que el neoconstitucionalismo asume una postura particular es el de la interpretación constitucional que nos conduce al ámbito de la actuación judicial. En este ámbito el neoconstitucionalismo asume una postura relativamente abierta ante el tema de la discrecionalidad judicial. Un autor prototípico como Ronald Dworkin, por ejemplo, reconoce que en algunos casos –si bien atendiendo a principios como la 'supremacía legislativa' o la doctrina del precedente– los jueces pueden estar autorizados, directamente, para "cambiar una regla legal existente".[16] Y, aunque este autor no se inclina por la discrecionalidad judicial en sentido fuerte, promueve una noción de activismo judicial que se encuentra estrechamente vinculada con la noción de "derechos morales": el activismo judicial, sostiene Dworkin:

[13] Aunque ya lo he advertido, vale la pena reiterarlo: son muchas las dificultades y simplificaciones que conlleva hablar del neoconstitucionalismo como si se tratara de una teoría uniforme cuando en realidad existen diversas teorías que, por algunas características comunes, adscribimos al neoconstitucionalismo.

[14] Pozzolo, Susana, "Un constitucionalismo ambiguo", en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 187-210.

[15] *Ibidem*, p. 188.

[16] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977, pp. 37 y 38.

> …presupone cierta objetividad de principios morales; en particular presupone que los ciudadanos tienen algunos derechos morales frente al Estado (…) sólo de esta manera el activismo judicial se justifica sobre la base de algo más que las preferencias personales del juez.[17]

Por su parte, Robert Alexy ha sostenido lo siguiente:

> La principal particularidad de la interpretación constitucional deriva de sus tres extremos arriba señalados: máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia de su contenido. Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea adoptada por el Tribunal Constitucional Federal–, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política… En este sentido cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales. El árbitro de esta lucha no es sin embargo el pueblo, sino el Tribunal Constitucional Federal.[18]

Como puede observarse, la clave que abre la puerta al activismo y a la vez pretende restringir la DISCRECIONALIDAD, no es solamente el rango normativo de los derechos fundamentales sino, sobre todo, el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos morales que dotan de contenido a dichas normas. De ahí que ante el tema de la llamada "dificultad contramayoritaria" –que cuestiona la legitimidad de los jueces para revisar y corregir las decisiones de las mayorías parlamentarias– los promotores del neoconstitucionalismo se coloquen del lado de la justicia constitucional. Ya sea mediante la propuesta de principios o técnicas de interpretación constitucionales especiales –ponderación, proporcionalidad, etcétera– o a través de argumentos que reivindican la legitimidad democrática indirecta de la justicia constitucional, los autores del neoconstitucionalismo, defienden que los jueces constitucionales sean y deban ser los guardianes últimos de la Constitución.

De esta manera la Constitución del neoconstitucionalismo –que, como hemos dicho, es el modelo presente en buena parte de los estados occidentales- es una Constitución normativa que irradia con su contenido al resto del ordenamiento jurídico y ello conlleva una fuerte intervención judicial. En esa medida el contenido de la Constitución no solo se encuentra en el

[17] Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p 138.

[18] Alexy, Robert, "Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho" en Carbonell, M., Salazar, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

texto del documento normativo que lleva ese nombre sino también en las interpretaciones que están contenidas en las sentencias judiciales.

VI.

En los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI surgió en América Latina un fenómeno constitucional que merece mención aparte. Se trata del "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano". La constitución de este fenómeno contiene algunos elementos similares a la constitución del Modelo Democrático Constitucional pero también algunos rasgos particulares. Se trata de un documento escrito y supremo que permea todo el ordenamiento jurídico y condiciona la validez formal y material de todas las normas inferiores o secundarias del estado en el que tiene vigencia. En su dimensión sustantiva es un documento robusto que contiene un muy amplio catálogo de derechos (naturales, humanos o fundamentales se según cada tiempo histórico y tradición teórica) que están recogidos con fórmulas abstractas y abiertas. Ese catálogo de derechos incorpora tradiciones filosóficas diversas y es particularmente sensible con las tradiciones históricas de los países en los que tiene vigencia. En particular incorpora y protege un amplio catálogo de derechos colectivos de grupos, comunidades o pueblos indígenas u originarios. Desde el punto de vista político, si bien contempla a las instituciones, reglas, principios y derechos que dan forma a la democracia política y mantiene firme la tesis de la separación de los poderes, privilegia la tesis de la soberanía popular sin ataduras o límites institucionales y, por lo mismo, decanta en clave político/popular la conformación y funcionamiento de las instituciones de control jurisdiccional.

El "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano" (NCL), en realidad, es la denominación con la que han sido bautizados los procesos constituyentes y el resultado de los mismos de algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y las primera década del siglo XXI. Para algunos autores, como Rodrigo Uprimny, de hecho, es posible englobar con ese membrete a los cambios constitucionales que tuvieron lugar desde los años ochenta y que abarcan a países como Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), México (1992),[19] Paraguay (1992), Perú (1993), hasta Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009) porque existen rasgos

[19] La referencia proviene del texto de Uprimny pero no queda claro a qué reforma constitucional mexicana alude.

> …que son comunes a muchos procesos constitucionales latinoamericanos recientes, (y que) confieren a los ordenamientos actuales cierto aire de familia. Es posible entonces hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos del mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado.[20]

Sin embargo, desde mi perspectiva, el "aire de familia" que identifica Uprimny es demasiado tenue entre todos esos procesos y cambios constitucionales. Las constituciones que él conjuga son, a lo sumo, primas lejanas. En algunos casos se trata de constituciones que han sido objeto de reformas profundas, en otros de textos con modificaciones parciales y en otros más del resultado de verdaderos procesos constituyentes; además, si observamos el contenido y la lógica de las modificaciones, es posible encontrar diferencias relevantes desde el punto de vista ideológico y político. El propio Uprimny reconoce, por ejemplo, las dificultades para tratar en un mismo conjunto a la Constitución neoliberal peruana de 1993 y a la Constitución socialista venezolana de 1999. Por lo mismo, en el mismo texto el propio Uprimny sostiene que:

> Existen entonces importantes diversidades nacionales, por lo cual podría pensarse que hay dos tendencias básicas de mutaciones constitucionales nacionales en la región: en algunos casos estaríamos en presencia de constitucionalismos verdaderamente nuevos y transformadores, mientras que en otros países las reformas o las nuevas Constituciones habrían operado esencialmente como mecanismos de relegitimación de los órdenes sociales y políticos existentes, que siguen siendo desiguales y excluyentes.[21]

Sin entrar en esa discusión –que el mismo Uprimny reconoce como compleja y poco explorada– en este apartado asumiré que la denominación de NCL –para resultar analíticamente útil– debe constreñirse a determinadas constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular que algunos autores han calificado como "trasformadora".[22] Me refiero en concreto a los procesos constituyentes y a los textos constitucionales de Venezuela de

[20] Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones Constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos" en Rodríguez Garavito, César, (coordinador), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el Siglo XXI*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, p. 126.

[21] *Ibidem*, p. 128.

[22] Como recuerda Uprimny, el adjetivo es de Boaventura, *Cfr.*, Santos, Boaventura de Sousa , *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur,* Plural Editores, La Paz, 2010.

1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. En esta misma tesitura, según Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau[23] –autores a los que haré referencia por ser promotores y defensores de este fenómeno–, el NCL, de hecho, es un movimiento constitucional posterior y distinto al que caracterizó al constitucionalismo de posguerra y que acompañó a las olas democratizadoras en Occidente que impactaron en algunos países de la región latinoamericana (México, Argentina, Uruguay, Colombia, por mencionar solamente algunos). Sobre esta base posemos afirmar que algunas constituciones de la región están inspiradas en el Modelo Democrático Constitucional –que ya conocemos y tiene un origen europeo– y no orientadas por el NCL.

En efecto, según Viciano y Martínez, el NCL no correspondería al fenómeno constitucional que ha sido estudiado por los neoconstitucionalistas[24] y que sería, como sabemos, precisamente, el Modelo Democrático Constitucional. Para estos autores, aunque las tesis del neoconstitucionalismo "han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano", este último "ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución".[25] Lo cual implica una diferencia en el plano teórico pero también en el plano práctico porque las constituciones del NCL, a diferencia de las constituciones del constitucionalismo democrático, son producto de procesos populares y adoptan instituciones propias de corte populista.[26] Con sus palabras, en el NCL

[23] *Cfr.*, Viciano, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina.* Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, pp. 9-43. Ellos hablan de cuatro grandes modelos de constitucionalismo que provienen de cuatro momentos constituyentes y preceden al NCL: a) liberal-revolucionario de las revoluciones burguesas del XVIII; b) reacción conservadora de la burguesía y la aristocracia (S. XIX y parte del XX); c) recuperación del constitucionalismo democrático (primeras décadas del XX); d) aparición del constitucionalismo social de posguerra.

[24] Sobre el llamado neoconstitucionalismo, *cfr.*, Carbonell, M. (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006; Carbonell M. (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007; Carbonell, M., García Jaramillo, L., *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.

[25] Viciano y Martínez, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, p. 4.

[26] Me refiero a institutos como los Poderes Constituyentes Originarios, los Mecanismos de Democracia Directa, la elección popular de las Cortes Constitucionales. Viciano y Martínez no necesariamente estarían de acuerdo con esta última sentencia

> …se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente –la soberanía popular- expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad.[27]

De esta manera, Viciano y Martínez, proponen distinguir entre el "neoconstitucionalismo"[28] (que, para ellos, es una teoría del derecho que estudia al Modelo Democrático Constitucional), el "nuevo constitucionalismo" (que, nos dicen, es una teoría *democrática* de la Constitución) y "nuevo constitucionalismo latinoamericano" (que es la manifestación de éste último en algunos países de América Latina). La clave de la distinción –para estos autores– sería que el nuevo NCL centra su preocupación en la "legitimidad democrática de la Constitución" recuperando "el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución".[29] Y, para intentar sortear la confusión de planos entre teoría y realidad constitucional que aqueja a sus premisas, los propios autores sostienen que el NCL surge "en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional".[30] Desde esta perspectiva, el NCL sería más un fenómeno constitucional que una teoría de la Constitución.

Conviene detenerse para realizar algunas aclaraciones. El neoconstitucionalismo como ya sabemos es una categoría que reúne a un conjunto de concepciones sobre el derecho constitucional y que están inspiradas en los ordenamientos modelados sobre las bases del Modelo Democrático Constitucional de posguerra. Éste último es un fenómeno constitucional con las características que ya conocemos. De esta manera, el neoconstitucionalismo, en principio, dado que se trata de una aproximación teórica, también

[27] *Ibidem*, p. 16. Una reconstrucción de los diferentes procesos constituyentes así como un conjunto de visiones críticas sobre los mismos puede consultarse en. Serna de la Garza, José Martía., *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, IIJ-UNAM, México, 2009.

[28] Cabe advertir que Viciano y Martínez utilizan el concepto sin mayor precisión.

[29] Viciano y Martínez, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, p. 18.

[30] Viciano, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?", ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 5. Disponible Online en *http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf.*

puede servir para analizar el NCL. De la misma manera que, tanto las constituciones de posguerra como las del NCL, pueden ser estudiadas, por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría garantista.[31] Así las cosas podemos sostener que, en cuanto teorías, el neoconstitucionalismo y el garantismo son comparables; así como en tanto modelos constitucionales con expresión institucional en la realidad lo son el Modelo Democrático Constitucional y el NCL.

Lo que Viciano y Martínez Dalmau llaman "nuevo constitucionalismo" –sin referencia a la región latinoamericana– vendría ser una categoría conceptual propuesta por ellos para dar cuenta de un movimiento que incorpora premisas de la democracia radical a la teoría constitucional y que, en todo caso, se asemeja al populismo constitucional de origen antifederalista norteamericano. También en este caso se trataría de un modelo teórico que tienen expresión –con modalidades distintas– en algunas realidades constitucionales. Así las cosas podemos comparar las teorías –neoconstitucionalismo, garantismo, nuevo constitucionalismo– y utilizarlas para estudiar fenómenos constitucionales –la Constitución "x", "y" o "z"– pero, en principio, conviene distinguir las teorías de los fenómenos existentes. Éstos últimos a su vez, dependiendo de su diseño y contenido, responden o se asemejan a modelos o prototipos ideales como lo son el Modelo Democrático Constitucional o el NCL.

Para Viciano y Martínez el movimiento del NCL comenzó con el proceso constituyente de Colombia (1990-1991), maduró con el proceso constituyente ecuatoriano de 1998 pero sólo se perfeccionó cuando se aprobaron las primeras constituciones mediante "referéndum de ratificación popular que resulta ser el aspecto nuclear de la legitimación de la Constitución".[32] Por lo mismo fue la Constitución venezolana de 1999 la primera que conjugó los elementos necesarios y suficientes para materializar el NCL: una *necesidad* constituyente producto de una crisis social y política, un referéndum activador del proceso constituyente, un referéndum de aprobación del texto constitucional y un producto constitucional que quedaría protegido contra eventuales reformas a cargo de los poderes constituidos. La Constitución del NCL –al margen de su contenido normativo– es, desde esta perspectiva, un documento político con una legitimidad fuertemente democrática y que sólo puede ser modificado de manera sustantiva por la asamblea popular constituyente.

[31] Se trata de la teoría propuesta y elaborada originalmente por Luigi Ferrajoli.

[32] Viciano y Martínez, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, p. 23.

La Constitución ecuatoriana de 2008 fue la segunda expresión de ese movimiento. Ese documento se distinguió por incorporar un catálogo muy amplio de derechos fundamentales redactados con fórmulas abiertas y abstractas. Poco después la Constitución boliviana de 2009, de alguna manera perfeccionó al NCL porque, además de los elementos contenidos en las dos constituciones anteriores, por un lado, reconoció el carácter plurinacional y postcolonial del Estado y, como una reafirmación del énfasis popular del fenómeno, sancionó la elección democrática y popular de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional. De esta manera quedaron definidos los rasgos formales fundamentales del NCL: legitimidad democrática de la Constitución (que es un elemento extra o pre constitucional), reconocimiento amplio de derechos (con la declarada intensión para combatir la desigualdad y la exclusión social) y predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos.

Las tres constituciones del NCL –venezolana, ecuatoriana y boliviana– no son idénticas (como tampoco lo son las que corresponden al Modelo democrático Constitucional) pero, según Viciano y Martínez, tienen un "denominador común" que sería la "necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de hechura democrática".[33] Con ello –subrayan estos autores– se privilegia la dimensión política de la Constitución. Lo cual constituye un elemento externo y anterior al documento constitucional. Podemos decir, entonces, que uno de los rasgos que ofrece identidad al NCL se agota en la aprobación del documento y, por lo mismo, constituye un elemento que puede ser valorado con consideraciones de índole política o ideológica pero no mediante consideraciones de teoría constitucional. El poder constituyente es un elemento clave del constitucionalismo pero se ubica en la vertiente del poder antes que en la del derecho. Viciano y Martínez identifican un momento político que, desde su perspectiva, está íntimamente asociado con el NCL pero que no forma parte de los documentos constitucionales sino que es anterior a los mismos. Algo distinto sucede con los rastros institucionales –por llamarlos de alguna manera– que ese movimiento político deja plasmados en las constituciones, por ejemplo, mediante distintos mecanismos de participación ciudadana. Las disposiciones que contemplan esos mecanismos sí pueden ser objeto de una valoración –además de política– propiamente

[33] Viciano y Martínez, "Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?", p. 13.

constitucional. Pero el verdadero rasgo distintivo del NCL sería, entonces, la legitimidad democrática de la Constitución que lo conecta con la tradición jacobina y que se expresa mediante instituciones de participación constitucionalizadas. Si la génesis del constitucionalismo liberal se encuentra en la obra de John Locke y la del constitucionalismo conservador en la obra de Edmund Burke o de Jeremy Bentham, el padre intelectual del constitucionalismo popular sería Jean Jacques Rousseau.

En síntesis –según estos autores– las constituciones del NCL rompen políticamente con la tradición constitucional predominante en occidente y se distinguen por cuatro rasgos formales: su originalidad; su amplitud (tienen un articulado extenso); su complejidad (aunque tienen un lenguaje asequible y simbólico son técnicamente complejas); y su pronunciada rigidez (para garantizar el predominio del poder constituyente soberano sobre los poderes constituidos). Con esta caracterización es posible sostener que el NCL es un fenómeno de reconstitucionalización, hasta ahora propio de tres países de América Latina, que experimentaron crisis políticas y sociales relevantes que provocaron lo que Viciano y Martínez llaman una "necesidad constituyente", que se tradujo en la aprobación de documentos constitucionales con características comunes entre sí y diferentes a las de otras constituciones occidentales dentro de las que se cuentan diversas constituciones latinoamericanas. En ese sentido y por esas razones es un fenómeno que conviene tener presente cuando se estudia el concepto de Constitución.

Las constituciones del Modelo Democrático Constitucional no son producto –al menos no necesariamente– de procesos constituyentes de hechura democrática; tampoco reservan a ese poder constituyente la potestad de custodiar el contenido de la Constitución porque se trata de una función que corresponde sobre todo a los Tribunales o Cortes Constitucionales. Y, si pensamos en el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, tenemos que tanto las constituciones del Modelo Democrático Constitucional como las del NCL contemplan amplios catálogos de derechos de libertad, políticos y sociales pero estás últimas –como veremos– incluyen otros muchos derechos que tienen su origen en tradiciones muy diversas. De hecho, las constituciones del NCL, comparten una vocación social que se traduce en el reconocimiento de derechos orientados hacia el combate a la exclusión y la desigualdad y amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las decisiones públicas "sobre los recursos naturales o la regulación de la actividad financiera"[34] que

[34] *Ibidem*, p. 23.

no necesariamente están presentes en las constituciones del Modelo Democrático Constitucional.

Desde el punto de vista formal, las constituciones del Modelo Democrático Constitucional suelen ser significativamente más breves que las constituciones del NCL y menos abigarradas. Si miramos los principios que recogen, el catálogo de derechos que contienen y las atribuciones que otorgan al estado las NCL, en realidad, son complejas, intricadas y contradictorias. Recogen las libertades negativas y los mecanismos judiciales de protección que maduraron en la tradición liberal occidental y los conjugan con otro catálogo amplísimo de derechos que provienen de las más diversas tradiciones (desde la democracia hasta el indigenismo pasando por el socialismo). Al mismo tiempo otorgan al estado poderes amplísimos para intervenir en la vida social, política y económica de la comunidad. Desde el punto de vista de sus génesis ideológica se trata de constituciones ambiguas. Este es un rasgo problemático porque conlleva aporías y contradicciones.

Viciano y Martínez, en efecto, sostienen que, además de la originalidad, a las constituciones del NCL las caracteriza la amplitud y la complejidad. Ambas cosas son ciertas. La Constitución ecuatoriana tienen 444 artículos, la boliviana 411 y la venezolana 350. Ello sin contar las disposiciones transitorias. Muchos de esos artículos además son sumamente extensos y contienen una gran cantidad de incisos (el artículo 66 de la Constitución de Ecuador, perteneciente al capítulo de los derechos de libertad, por ejemplo, contiene 29 incisos algunos de ellos con sus propios subincisos). Según ambos autores la extensión de los textos se debe a una decisión estratégica por parte de los poderes constituyentes: la de "expresar claramente su voluntad" e imponerla a los poderes constituidos.[35] En contrapartida –explican– se adoptó la decisión de utilizar un lenguaje simbólico con la finalidad de acercar el texto a sus destinatarios. Ese lenguaje serviría para aligerar la extensión constitucional y para contrarrestar la complejidad técnica de los documentos (que reside sobre todo en su parte orgánica).

Como sabemos a partir de la metáfora bobbiana de las dos caras de una moneda, las constituciones, además de un sentido jurídico también tienen una dimensión política. Esa es la dimensión que Roberto Gargarella rescata del NCL. Pero lo hace subrayando aspectos distintos de los que valoran

[35] *Cfr.* Viciano y Martínez, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *op. cit.*, p. 31.

Viciano y Martínez. Para Gargarella, no es la dimensión democrática radical la que merece llamar la atención sino la vocación incluyente del proyecto materializado por el NCL. Según su lectura de este proceso, mientras las constituciones latinoamericanas del S. XIX miraban hacia la Constitución, elitista y liberal, de los EEUU y las reformas a las mismas en los años 80 del XX tuvieron como una de sus finalidades "combatir o morigerar el híperpresidencialismo que se identificaba como causa fundamental de la inestabilidad política de las jóvenes democracias regionales",[36] ahora, con el NCL, se busca dotar a las constituciones de un significado social que sirva para combatir la "marginación político-social de los grupos"[37] más débiles. Esto –subraya el propio Gargarella– es particularmente notable en el caso de los indígenas bolivianos.

VII.

Muchas de las constituciones vigentes en la segunda década del siglo XXI son constituciones abiertas al derecho internacional. Ello en particular en materia de los derechos humanos. Esto significa, al menos, dos cosas: que el contenido de las constituciones no se limita a lo que se encuentra consignado en su texto y deducen los jueces constitucionales a partir de la interpretación del mismo sino que también incluye a las normas de origen internacional –al menos y sobre todo- en materia de derechos humanos ratificados por los respectivos estados. Esto ha dado lugar a que en el lenguaje constitucional contemporáneo se utilice el concepto de "bloque de constitucionalidad" para referir al conjunto de normas que se encuentran en la cúspide de los ordenamientos jurídicos estatales.

El concepto "bloque de constitucionalidad" fue la idea con la que el jurista Louis Favoreu bautizó la decisión del Consejo Constitucional de Francia que decretó que la norma suprema de ese país contendría a la Constitución de 1958, a su preámbulo y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que ahora se utiliza en los países en los que se han incorporado en el nivel más alto del ordenamiento jurídico –que tradicionalmente correspondía sólo a la Constitución– los tratados internacionales de derechos humanos e incluso a las opiniones y decisiones

[36] Gargarella, Roberto y Cortois, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesase interrogantes*, Santiago de Chile, Cepal-Naciones Unidas, p. 10.

[37] *Idem*.

de comisiones y cortes supranacionales. En su dimensión sustantiva el bloque es un conjunto robusto que contiene un muy amplio catálogo de derechos (naturales, humanos o fundamentales se según cada tiempo histórico y tradición teórica) que están recogidos con fórmulas abstractas y abiertas. Asimismo, inevitablemente, incorpora tradiciones filosóficas diversas y es sensible a las diferentes tradiciones históricas y, por lo mismo, incorpora y protege un amplio catálogo de derechos colectivos de grupos, comunidades o pueblos indígenas u originarios. El bloque impacta los mecanismos de control que sirven para determinar la validez de las normas secundarias de los diferentes ordenamientos porque amplía la base sobre la que se ejerce dicho control e incorpora la idea del control de convencionalidad.

Recordemos que el control de convencionalidad es un mecanismo mediante el cual una autoridad se cerciora de que las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos prevalezcan sobre las normas inferiores que las contradicen y, en consecuencia, éstas últimas no son aplicadas. En América Latina, por ejemplo, es un control que ejerce la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) al decidir los casos que le corresponde atender y, en términos generales, equivale al ejercicio que llevan a cabo las Cortes o Tribunales Constitucionales cuando realiza el control de constitucionalidad. La diferencia reside en que la CIDH no puede inaplicar directamente una disposición estatal sino que debe hacerlo a través de las autoridades nacionales correspondientes. Pero, en todo caso, el efecto es el mismo: se decreta la inaplicación de la disposición o de la norma en cuestión (por considerarse incompatible con el tratado o con la Constitución).

Al realizar el "control de convencionalidad" los jueces deben echar mano de dos criterios orientadores: un principio de armonización y un principio *pro persona*.[38] El primero es un imperativo técnico que supone que los principios y normas jurídicas en materia de derechos deben integrarse de manera armónica procurando brindar la mayor protección posible. Esta es la tarea que sólo pueden realizar los jueces e implica que, en algunos casos, prevalecerá la norma de origen internacional sobre la de origen nacional y, en otros, en cambio, imperará el criterio contrario porque ahora la jerarquía normativa es una jerarquía sustantiva o de contenidos.

[38] *Cfr.* Ferrer, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma, op. cit.*, pp. 339-429.

Estos conceptos, bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad –que están recogidos, incluso textualmente, en constituciones del Modelo Democrático constitucional y del NCL– desafían a las teorías tradicionales sobre la supremacía constitucional inspiradas típicamente en la obra de Hans Kelsen. Es conocida la imagen kelseniana de los ordenamientos con estructura piramidal jerárquicamente organizada por grados o niveles de validez en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Según esta acreditada teoría –como condición para su validez– todas las normas jurídicas inferiores a la Constitución deben ajustar su contenido al texto de la misma. Además deben ser creadas observando un procedimiento de creación constitucionalmente autorizado.

Estas premisas entran en crisis en los textos constitucionales que incorporan la idea del "bloque de constitucionalidad" porque, dejando a salvo el requisito formal relativo al procedimiento de creación, en la dimensión sustantiva o material, lo que ahora cuenta para sancionar la validez de las normas ya no es la jerarquía piramidal "a grados" sino, como acabamos de advertir, una especie de "jerarquía por contenidos". Ese es el sentido de lo que se conoce como principio "pro persona" y que está implícito en las disposiciones antes reproducidas: la norma que debe prevalecer es la que ofrece mayor protección aunque se encuentre contenida en una disposición que, en principio, se ubica por debajo de la Constitución (por ejemplo, en un Tratado Internacional).

Es necesario distinguir entre el problema de la validez y el problema de las aporías o contradicciones normativas. En el primer caso lo que importa es que las normas secundarias se creen con apego a los procedimientos establecidos y que su contenido respete los límites que impone la norma jerárquicamente superior (ya sea por rango o por contenido). En los hechos, muchas disposiciones y normas jurídicas se crean sobre la base de una presunción de validez que les alcanza para surtir efectos jurídicos. En este ámbito, el tema del "bloque de constitucionalidad" no resulta especialmente problemático porque, en principio, la Constitución puede seguirse considerando el parámetro último de validez normativa. Pero las cosas cambian cuando se enfrentan casos de aporías normativas.

En los casos de las aporías o contradicciones normativas existen algunos principios que sirven para superar las contradicciones (por ejemplo, típicamente "ley posterior prevalece sobre la ley anterior"). Hasta ahora, uno de esos principios ha sido, precisamente, el principio de jerarquía por rango, que indica que la ley superior prevalece sobre la de rango inferior. En la teoría piramidal kelseniana ese principio permitía identificar a la Constitución como parámetro último de descarte. Pero las cosas no son tan fáciles

en los ordenamientos fundados en el "bloque de constitucionalidad" y el principio "pro persona". En esos contextos, los intérpretes y/o aplicadores jurídicos deben privilegiar las disposiciones o normas que, más allá de su ubicación en la estructura del ordenamiento, en virtud de su contenido, brinden mayor protección a los derechos humanos o fundamentales. Dichas disposiciones no necesariamente se encontrarán en el texto constitucional.

VIII.

Las trasformaciones mundiales durante la primera década del siglo XXI imponen retos importantes a la teoría constitucional y a los modelos de Constitución imperantes. La globalización y el predominio del poder económico sobre el poder político dentro y fuera de los estados nacionales conllevan desafíos para la manera en la que se organizan los poderes públicos y, sobre todo, para la agenda de los derechos fundamentales. De ahí que algunos autores, retomando la vieja idea de estirpe liberal proyectada por Kant, propongan la adopción de una Constitución mundial. Al día de hoy ese fenómeno no existe pero las razones y los problemas que conducen a imaginarlo tienen indiscutible presencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales y estado constitucional de derecho" en Carbonell, M. y Salazar, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*.

BOBBIO, Noberto y BOVERO, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano,* México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.

BOVERO, Michelangelo, Prefacio al libro de Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.

CARBONELL Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006.

CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.

DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y democracia*, Taurus, Madrid, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977.

ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y Democracia,* FCE, México, 1999 [1988].

FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* vol. 34, 2011.

_____, *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia,* Laterza, Roma-Bari, 2007.

_____, *Teoria de la democracia. Dos perspectivas comparadas,* en Colección "Temas para la democracia", Conferencias Magistrales, 13, Instituto Federal Electoral, 2001, México.

FERRER, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*.

GARGARELLA, Roberto y CORTOIS, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesase interrogantes*, Santiago de Chile, Cepal-Naciones Unidas.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Restricciones de la democracia representativa", *Revista del Instituto de la Judicatura Federa*.

MORTATI, Constantino, *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

NINO, Carlos S., *The Ethics of Human Rights,* Oxford, Clarendon Press, 1991.

POZZOLO, Susana, "Un constitucionalismo ambiguo", en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006.

ROSENKRANTZ, Carlos, y Vigo, Roberto, *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino,* Fontamara, México, 2008.

SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa , *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur,* Plural Editores, La Paz, 2010.

SERNA DE LA GARZA, José Martía., *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, IIJ-UNAM, México, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo, "Las transformaciones Constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos" en Rodríguez Garavito, César, (coordinador), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el Siglo XXI*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011.

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en AA.VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina.* Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?", ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 5. Disponible Online en *http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf* .

CAPÍTULO 54

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EPISTÉMICA Y LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Sebastián LINARES*

SUMARIO. I. *La concepción epistémica de la democracia deliberativa.* II. *La democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria.* III. *Democracia deliberativa epistémica y constitucionalismo débil.* IV. *Constitucionalismo débil e ingeniería institucional.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

La institución del control judicial de las leyes es una institución incómoda dentro de un sistema democrático de gobierno. Y es que, ¿qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación del texto constitucional deban ser resueltos con carácter final (final, al menos, hasta el cambio de integración de las cortes) por un grupo de jueces que no han sido elegidos por la ciudadanía? ¿Por qué no aceptar que nuestros desacuerdos sobre el significado de la constitución deban ser zanjados por la mayoría de nuestros representantes en el Congreso o Parlamento? Esta es la famosa dificultad contramayoritaria, acuñada hace ya tiempo por Alexander Bickel.[1] Una dificultad que, como una especie de fractura o frontera, divide las aguas del pensamiento constitucional y político, entre aquellos que defienden un modelo robusto de justicia constitucional y aquellos que lo rechazan, y suscriben en cambio un modelo débil de justicia constitucional.[2]

* Profesor Ayudante. Doctor en el Área de Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Salamanca.

[1] Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, CT, Yale University Press, 1986.

[2] Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010, pp. 285-355.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1959-1990.

Hace algunos años distinguí tres posiciones fundamentales sobre la dificultad contramayoritaria: una defensa "general", que justifica el control judicial de las leyes (bajo una constitución rígida) en términos universales; una crítica "general", que rechaza el control judicial de las leyes en *cualquier* sociedad libre y democrática, y una defensa "contextual", que considera que la justificación de un modelo robusto de justicia constitucional "depende del contexto".[3] En esa oportunidad sostuve, siguiendo el clásico trabajo de Jeremy Waldron,[4] que las legislaturas están institucionalmente mejor equipadas y preparadas para responder al reclamo de participación en pie de igualdad en un contexto en el que estamos en desacuerdo –de manera profunda y persistente– sobre cuestiones sustantivas de justicia, y que por esa razón debíamos preferir un sistema en el que la autoridad política final recayera en el Congreso o Parlamento. Al mismo tiempo, rechacé la defensa contextual (en sus diferentes versiones) con el argumento de que no resulta verosímil que las fallas del proceso democrático en ciertos contextos –fallas que presuntamente justifican por defecto el control judicial de las leyes– vayan a ser conjuradas por la justicia constitucional, porque las mismas condiciones que desacreditan el proceso democrático son las que vuelven improbable que la justicia constitucional remedie esas disfunciones.[5]

Aquí no voy a volver sobre esos argumentos, que estaban sustentados, a fin de cuentas, en una teoría de la democracia que hoy no suscribo. Los años y las lecturas han hecho mella en mi pensamiento político, y hoy no me siento identificado con el autor de aquel libro. En los últimos años hemos visto, dentro de la academia, el avance lento pero incesante de la teoría deliberativa de la democracia, una teoría que ha hecho tambalear muchas de las convicciones más arraigadas sobre justificación de la legitimidad de las leyes. En aquella oportunidad mostré, de manera incipiente y tímida, cierto acercamiento con esta teoría, pero mi rechazo a un modelo robusto de control judicial de las leyes (y la consecuente defensa de un modelo débil de justicia constitucional) no estaba, en el fondo, sustentado en una teoría deliberativa de la democracia, sino en una teoría basada en el derecho a la participación en pie de igualdad, esto es, en el valor de la

[3] Por razones que aquí no puedo desarrollar por falta de espacio, asumimos que el control judicial de las leyes opera bajo el marco de una constitución rígida. A falta de una constitución rígida, la crítica al control judicial de las leyes no procede. Véase Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

[4] Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

[5] Linares, *op. cit.*, nota 3.

igualdad política. Al igual que Waldron, yo no defendí un sistema de supremacía legislativa con el argumento de que las Asambleas cuentan con una ventaja instrumental epistémica de cara a la protección de derechos. Más bien defendí que, en el contexto del desacuerdo, y con independencia de que exista o no una verdad sobre los derechos, debemos dar prioridad al derecho de participación en pie de igualdad, y allí residía el denominado núcleo de la crítica al control judicial de las leyes y la consecuente defensa de la autoridad de los Parlamentos o Congresos.

Dije que en las últimas décadas ha aparecido una teoría que desafía las convenciones más asentadas sobre dónde reside la legitimidad de las leyes: la teoría deliberativa de la democracia. Ahora bien, dentro de la teoría deliberativa, sobresale una corriente que, además de sostener que la legitimidad de las leyes depende en parte en el carácter democrático y deliberativo del proceso de toma de decisiones, defiende asimismo la existencia de parámetros sustantivos de justicia externos al proceso y afirma que la deliberación democrática ostenta un valor *epistémico* distintivo a la hora de discernir cuáles son esos parámetros de justicia.

En general diría que hoy simpatizo con esta teoría. Por ello en este capítulo quiero volver a interrogar mis convicciones sobre la dificultad contramayoritaria y preguntarme lo siguiente: ¿A qué nos compromete una justificación epistémica de la democracia deliberativa? Suscribir una defensa epistémica de la democracia deliberativa,[6] ¿nos compromete a aceptar el control judicial de las leyes, a rechazarlo, o no nos compromete a nada? Una apresurada reflexión parece apuntar a favor de la justificación de un modelo robusto de revisión judicial. Si, como se afirma, la democracia deliberativa tiene valor epistémico, y reconocemos que las cortes o tribunales tienen legitimidad democrática indirecta (por cuanto en su mayoría son elegidos indirectamente por representantes elegidos directamente por la ciudadanía), entonces tal vez lo que se pierde de representatividad democrática se compensa con lo que se gana de valor epistémico del sistema en su conjunto. En este capítulo quiero argumentar precisamente lo contrario. Voy a argumentar que si defendemos el valor epistémico de la democracia deliberativa, no podemos defender un sistema robusto de justicia constitucional.

[6] Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996; Martí, J. Luis, "The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness and Equal Political Liberty", en Besson, Samantha y Martí, J. Luis (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-National Challenges*, London, Ashgate, 2006, pp. 25-56; y Estlund, David, M., *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

El artículo está dividido en cinco partes. En la primera parte, explico brevemente la concepción epistémica de la democracia deliberativa. En la segunda parte abordo los argumentos –derivados de esta última concepción– que cabría esgrimir en defensa de un modelo robusto de revisión judicial. En la tercera parte rechazo cada una de esas líneas de defensa y explico por qué la concepción epistémica de la democracia deliberativa nos compromete con una posición que rechaza un modelo robusto de revisión judicial de las leyes y defiende un modelo débil de justicia constitucional. En la cuarta parte me detengo brevemente a considerar los diseños alternativos de un modelo débil de justicia constitucional congruente con la DDE. Finalmente, expongo las conclusiones.

I. La concepción epistémica de la democracia deliberativa

En las últimas dos décadas hemos sido testigos, dentro de la teoría de la democracia, de la emergencia de una nueva concepción de la democracia, que aquí vamos a llamar la *concepción epistémica de la democracia deliberativa* (en adelante, DDE). La DDE es una corriente dentro de la teoría deliberativa de la democracia que sostiene que la legitimidad de las leyes encuentra su justificación en el hecho de que el proceso democrático de toma de decisiones, precedido de una adecuada deliberación pública, respeta el derecho de participación en pie de igualdad al mismo tiempo que tiene un valor instrumental epistémico, es decir, muestra una tendencia (aunque modesta y siempre falible) a discernir lo que es justo y tomar decisiones correctas en el largo plazo.[7] En ese sentido, la DDE se distingue de las teorías *deliberativas no epistémicas* de la democracia deliberativa en que éstas últimas no conciben que de la deliberación pública pueda predicarse un valor epistémico instrumental, básicamente porque se resisten a reconocer la existencia de parámetros de justicia independientes del proceso de comunicación.[8]

La DDE ataca diversas concepciones de la democracia que pretenden justificar la legitimidad de las leyes con menos premisas o con premisas más débiles. David Estlund, por ejemplo, ataca aquellas concepciones que pretenden fundamentar la legitimidad de las leyes exclusivamente en la idea de

[7] Estlund, *op. cit.*, nota 6; Martí, J. Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2006. Martí, *op. cit.*, nota 6.

[8] Estlund, *op. cit.*, nota 6.

equidad procedimental o igualdad política, esto es, en la idea de que el proceso democrático no tiene ningún compromiso con las propuestas sustantivas que en él se introducen ni con la justicia o injusticia de los resultados, y sólo encuentra arraigo en virtudes procedimentales intrínsecas, como la igual oportunidad para influir en la toma de decisiones políticas. La DDE rechaza esta concepción –denominada *procedimentalismo equitativo*, en el lenguaje de Estlund– alegando que no es cierto que una concepción de la democracia basada exclusivamente en el derecho igual de voto se encuentre libre de parámetros sustantivos externos al proceso. En efecto, aún cuando aceptáramos que el sufragio universal (o igual derecho de voto) es lo único que justifica la legitimidad de las leyes, lo cierto es que un sistema como ese todavía tiene una virtud instrumental que implica, a fin de cuentas, el reconocimiento de parámetros sustantivos externos al proceso. El punto es que la toma de decisiones basada exclusivamente en la votación igualitaria tiene la virtud de "agregar" preferencias. Esta naturaleza "agregativa" de la toma de decisiones basada en la votación equivale a un parámetro sustantivo externo al proceso, porque privilegia rasgos sustantivos independientes del proceso de toma de decisiones (en este caso, las *preferencias* de la mayoría), aún cuando se mantenga indiferente respecto de otros rasgos sustantivos (como la identidad de los votantes). El siguiente ejemplo puede ser útil para entender esto. Tenemos dos procedimientos de toma de decisiones, uno a cargo de una sola persona (un dictador), que debe tomar una decisión después de consultar las preferencias de todos los que serán afectados por la decisión, y un proceso democrático (en el que todos votan y sale ganadora la opción mayoritaria). Si el dictador, tras la consulta, toma la decisión que es favorecida por las preferencias de la mayoría, entonces el proceso de toma de decisiones habrá "agregado" las preferencias de la mayoría, aun cuando no pueda decirse de él que es democrático. Si conceptual y fácticamente podemos distinguir la capacidad agregativa del procedimiento, de su naturaleza democrática, entonces la equidad procedimental pura que se predica del procedimiento democrático no se sostiene: lo cierto es que el procedimiento de votación igualitaria tiene una virtud instrumental, que es la de agregar preferencias, aun cuando otros procedimientos no democráticos también lo tengan. Si esto es así, entonces el procedimentalismo equitativo debe aceptar que existen parámetros sustantivos externos al procedimiento democrático, y en consecuencia la discusión relevante pasaría a ser no la de si cabe predicar o no la existencia de parámetros sustantivos externos, sino la de cuál proceso de toma de decisiones contribuye a discernir mejor, o a alcanzar, parámetros externos de justicia,

cualesquiera que sean. La DDE sostiene que ese procedimiento debe ser *democrático y deliberativo*.

La DDE también rechaza aquellas concepciones deliberativas de la democracia que fundamentan la legitimidad de las leyes en la deliberación democrática, pero no consideran que ésta tenga algún valor instrumental epistémico. Así, concepciones como las de Waldron,[9] o Bayón,[10] que defienden el valor intrínseco de la deliberación democrática pero sólo en tanto que honra –de mejor manera que el mero derecho de votar– la igual dignidad política de los participantes, resultan descartadas. También son desestimadas algunas lecturas del pensamiento de Habermas, que sostienen que el cumplimiento de las condiciones procesales de una deliberación democrática adecuada (libertad, igualdad, sinceridad, entre otras) posee un valor "constitutivo" de la verdad o validez normativa de los resultados de ese procedimiento.

Contra la concepción de Waldron –denominada *procedimentalismo deliberativo equitativo*– cabe preguntarse qué es lo que justifica que debamos preferir un procedimiento democrático *deliberativo*, a otras cualidades posibles del proceso, como la de ser divertido, excitante, fantasioso, o cualquier otro adjetivo que el lector quiera poner. La razón sólo puede residir en que la deliberación democrática agrega inteligencia a la toma de decisiones, esto es, introduce una dimensión epistémica.

La concepción de Habermas –denominada *procedimentalismo deliberativo racional*– sostiene que el proceso de comunicación racional ideal funciona como un ideal heurístico destinado a evaluar las decisiones resultantes del proceso democrático real. Un ideal que consiste en preguntarse ¿qué decisión se habría tomado si los participantes hubieran deliberado en condiciones de igualdad, sin coerciones, esgrimiendo con sinceridad argumentos genuinos, etcétera? El problema, como bien señala Estlund, es que esto equivale a postular un parámetro sustantivo externo con arreglo al cual deben evaluarse los resultados del proceso democrático real. Y si esto es así, entonces la lectura Habermasiana de la democracia deliberativa colapsa en el reconocimiento de parámetros sustantivos externos.

En resumidas cuentas, ni el procedimentalismo equitativo, ni la posición de Waldron, ni la de Habermas, se sostienen a la hora de intentar justificar la legitimidad de las leyes con prescindencia del valor epistémico instrumental de la deliberación democrática.

[9] Waldron, *op. cit.*, nota 4.

[10] Bayón, Juan Carlos, "¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?", *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 9, 2009, pp. 189-228.

¿Podría tener valor epistémico la votación sin comunicación previa? El famoso teorema de los jurados de Condorcet sostiene que sí, que si asumimos una serie de condiciones (competencia epistémica individual promedio de los individuos superior a 0,5, independencia estadística de los votantes, y dos alternativas de opción, una verdadera y otra falsa), entonces a medida que aumentamos el número de votantes la probabilidad de que la regla de la mayoría acierte con la respuesta correcta tiende a 1.[11] Ahora bien, el teorema fracasa como fundamento exclusivo del valor epistémico de la democracia en virtud de que las alternativas políticas, en la vida real, son susceptibles de ser divididas, cada una de ellas, en dos o más alternativas (o a la inversa, dos o más alternativas susceptibles de ser agregadas). Si dos ciegos tienen que determinar si lo que tienen enfrente es un elefante o "cualquier otro animal", la probabilidad individual de que acierten es con toda seguridad menor a 0,5 (dado que para animales de ese tamaño existen otros candidatos, como un hipopótamo, o un rinoceronte, y los ciegos pensarán racionalmente que cada una de esas alternativas tiene una probabilidad de 0,33 de ser cierta). Dado que las políticas públicas en general involucran opciones disyuntivas, la afirmación de que los individuos poseen, en promedio, una competencia superior a 0,5 no es nada obvia. Y entonces el teorema del jurado se desmorona. Pero si en cambio al procedimiento de votación le añadimos un proceso previo de deliberación democrática, entonces tal vez las personas puedan apreciar mejor la naturaleza de las opciones en juego y enmarcar el proceso decisorio en un número realista de alternativas. La transmisión de la información inherente a la discusión contribuirá a incrementar la competencia epistémica de los participantes, y aunque el balance final no alcance a superar una competencia promedio individual superior al 0,5, de dicho mecanismo puede predicarse en todo caso que, en términos epistémicos, es mejor que un proceso de votación sin previa deliberación.

Estas son algunas de las razones en virtud de las cuales la DDE sostiene que la legitimidad de las leyes encuentra su justificación en el carácter democrático *y deliberativo epistémico* del procedimiento. Ésta es, en definitiva, la tesis central de la DDE.

[11] Para una explicación sencilla de cómo funciona este teorema, véase Estlund, *op. cit.*, nota 6.

II. La democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria

Hecha esta breve exposición de la tesis central de la DDE, ahora quiero analizar a qué nos compromete la DDE a la hora de enfrentarnos al desafío de la dificultad contramayoritaria. Si suscribimos la DDE, ¿estamos obligados a defender un sistema robusto de control judicial de las leyes? ¿A rechazarlo? ¿O más bien la DDE se muestra inconclusa frente a ese desafío?

La crítica al control judicial de las leyes resulta relativamente fácil para quienes abrazan, como Waldron, una concepción de la democracia basada en el derecho de participación en pie de igualdad, aún cuando él también reconozca el valor (no epistémico) de la deliberación democrática. Digo que es fácil porque si lo único que justifica la legitimidad de las leyes es el hecho de que éstas sean el fruto de un proceso que honra la igual dignidad política y el derecho a participar, prescindiendo del valor epistémico que la deliberación democrática pudiera tener, entonces no cabe duda que las Asambleas Legislativas se encuentran en una mejor posición comparativa a la hora de aspirar a erigirse como la autoridad final dentro de un sistema político. Y es que las Asambleas representan más voces, más perspectivas e intereses, que las que pueden representar las cortes supremas. Aún cuando los jueces de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional fueran elegidos directamente por el pueblo, las Asambleas seguirían ostentando un mayor grado de representatividad democrática comparada.

Sin embargo, si aceptamos que la legitimidad de las leyes está basada, en parte, en el carácter epistémico del proceso democrático-deliberativo, entonces el desafío de decidir a quién concederle la autoridad final es más arduo, porque debemos ponderar las virtudes intrínsecas e instrumentales epistémicas de ambos órganos dentro del sistema democrático. Si, como suele suceder, las cortes supremas o tribunales constitucionales ostentan una legitimidad democrática indirecta (puesto que sus miembros suelen ser elegidos representantes elegidos directamente por la ciudadanía), entonces tal vez su menor grado de representatividad democrática pueda verse compensado por su mayor grado de capacidad epistémica para discernir lo que es justo, correcto, o razonable. Y entonces pasaríamos a una comparación entre dos combinaciones: el menor valor intrínseco y el (presunto) mayor valor epistémico de las cortes, vis-a-vis- el mayor valor intrínseco y el (presunto) menor valor epistémico de las Asambleas. Si resulta que el sacrificio de perder representatividad democrática redunda en una ga-

nancia en el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto, entonces tal vez el control judicial de las leyes resulta justificado a la luz de la DDE.

Dentro del marco de la DDE podemos encontrar típicamente tres posiciones en relación con la dificultad contramayoritaria. La primera tesis se muestra inconclusa frente al desafío de la justificación del control judicial de las leyes, y sostiene que ambos sistemas pueden ser justificados razonablemente a la luz de los valores que fundan la democracia epistémica. La segunda tesis sostiene que una Corte Suprema o Tribunal Constitucional añade un valor epistémico instrumental al sistema democrático en su conjunto, un valor de tal calibre que derrota las consideraciones basadas en el derecho de participación entre iguales y la representatividad democrática. La tercera tesis justifica un modelo robusto de control judicial de las leyes sólo si es ejercido con el cometido de proteger las condiciones que hacen posible una genuina deliberación democrática. Vayamos por partes:

1. *Primera tesis: un modelo robusto de control judicial no es irrazonable si no incurre en comparaciones odiosas*

La primera versión de la DDE se muestra inconclusa en lo que concierne a la legitimidad de un sistema robusto de control judicial de las leyes. El pensamiento de David Estlund es ilustrativo de esta posición. Según Estlund, a la hora de decidir sobre la justificación de los acuerdos políticos (acuerdos que producirán ciertas leyes y políticas) algunas posiciones están descalificadas porque son irrazonables. Los argumentos y propuestas basadas en la idea de que algunas clases o razas de personas son inferiores (los argumentos de los nazis, por ejemplo), no son aceptables bajo ningún concepto y por lo tanto deben ser desestimados como justificaciones plausibles de la legitimidad. A esta idea la llama el "requisito de aceptabilidad calificado", que viene a sentar el filtro que toda teoría política debe sortear si quiere tener éxito en la justificación de los acuerdos políticos que sustentan la legitimidad de las leyes.[12] Dicho requisito de "aceptabilidad calificado" incluso permite descartar aquellas perspectivas que, aún pudiendo ser verdaderas, resultan objetables para quienes esgrimen posturas y opiniones razonables (calificadas). Así, por ejemplo, las propuestas de acuerdos políticos basadas en la doctrina que dice que Cristo es el hijo de Dios y el gobierno debe tener como cometido la salvación de las almas, no es una propuesta que todas las personas razonables puedan aceptar, aun cuando pueda ser verdadera.

[12] *Idem*.

Pues bien, conforme a Estlund, y por razones que aquí no tengo espacio en desarrollar, sucede que la DDE cumple con el requisito de aceptabilidad calificado mejor que cualquier otra concepción alternativa de la democracia.[13] Ahora bien, si la legitimidad de las leyes está basada en parte en el valor epistémico del procedimiento, ¿qué sucede si existe un grupo de personas que conoce mejor que cualquier otro qué es lo que debe hacerse políticamente? ¿Por qué no delegar en ellos, los expertos, la toma de decisiones políticas, si con ello aumentamos el valor epistémico del proceso? Esta es una pregunta fundamental dentro del armazón teórico de Estlund, y la respuesta que él ofrece tiene implicaciones en la manera en que se enfrenta a la dificultad contramayoritaria. Y es que, en definitiva, aceptar el control judicial de las leyes supone admitir que hay un presunto grupo de personas expertas que conocen mejor que otros cómo deben resolverse cuestiones políticas y morales fundamentales dentro de una sociedad.

Estlund, por supuesto, se niega a aceptar el gobierno de los expertos, o –como él lo llama– *Epistocracia*. Y ello porque una justificación política satisfactoria debe ser aceptable para una amplia variedad de opiniones razonables. En este caso, cualquier intento por privilegiar a un grupo reducido de expertos (por ejemplo, concediendo más votos a aquellos que poseen educación universitaria) debería demostrar que su sabiduría o pericia para gobernar puede ser aceptada por todos los puntos de vista calificados. El problema es que cualquier intento en ese sentido fracasa, porque siempre es razonable alegar que el grupo de los expertos *presenta rasgos manifiestos u ocultos que contrarrestan los beneficios epistémicos de la supuesta mejor educación que poseen*. Siempre puede aducirse –nos dice– que el grupo de expertos o de quienes poseen cierta educación va asociado desproporcionadamente con la pertenencia a ciertas clases sociales o grupos étnicos, religiosos, o culturales, que sesgan el resultado del procedimiento en su favor. Y aún cuando estos rasgos estuvieran distribuidos proporcionalmente, siempre cabe alegar un nuevo aspecto (manifiesto o latente) que no está representado en el grupo de expertos y que distorsionaría el proceso de toma de decisiones. Según Estlund, este argumento siempre está disponible, y siempre es un argumento razonable. Y como es razonable, bloquea la idea de que el hecho de saber más o conocer mejor que otros lo que debe hacerse políticamente da derecho a tener autoridad. La epistocracia, por lo tanto, no pasa el requisito de aceptabilidad calificado porque no alcanza a ser tributaria de la aceptación del conjunto de las opiniones razonables. Fracasada la epistocracia,

[13] *Idem*.

entonces sólo queda replegarse por defecto a aquel acuerdo político que sí pasa el filtro del requisito de aceptabilidad calificado. Ese acuerdo es el proceso deliberativo-democrático, un acuerdo que supone condescender (por así decirlo) a la idea de honrar la igual participación en la elaboración de las leyes, pero que sigue teniendo un componente epistémico instrumental (modesto y siempre falible). Esto permite mantener todo el valor epistémico disponible al mismo tiempo que permite sortear el requisito de aceptabilidad calificado.

Ahora bien, dicho esto, Estlund sostiene que el acuerdo político democrático-deliberativo que supuestamente queda justificado, después de rechazarse la Epistocracia, incluye a todas las ramas de un gobierno democrático (cortes, legislaturas, Ejecutivo), y todas las decisiones que se derivan de ese acuerdo son democráticas y cuentan con legitimidad, así sean sentencias, leyes o decretos. Estlund reconoce que algunas cargos oficiales no son electos directamente por la ciudadanía, pero sostiene que en una democracia (si no por definición, al menos en general) cualquier funcionario público es o bien elegido o bien designado por alguien que fue elegido –o al menos por alguien con un cargo cuyo origen puede rastrearse hasta un cargo electo–. Todos tienen, en mayor o menor grado, credenciales democráticas. Aunque Estlund no lo dice, no cabe duda que este reconocimiento implica negar que el argumento contra la epistocracia (la idea de que es razonable negarse a conceder mayor autoridad a un grupo de supuestos expertos en el proceso de toma de decisiones políticas) esté automáticamente disponible contra este tipo de funcionarios indirectamente elegidos. Según Estlund, los acuerdos políticos que se desvían de la idea de igualdad política podrían quedar justificados si no encarnan comparaciones odiosas. De hecho, el sistema democrático representativo moderno cristaliza muchas desviaciones a la igualdad política: los representantes y burócratas tienen un mayor poder de influencia e impacto que el que de hecho tienen los ciudadanos comunes, los arreglos electorales a veces conceden un mayor valor, a la hora de terminar quién debe ser elegido, a los votos de ciertos distritos, y así. Por la misma razón, el control judicial de las leyes, si bien es una institución que incumple el reclamo de honrar la igual participación, podría pasar el filtro del requisito de aceptabilidad calificado (como parece desprenderse de algunos párrafos de Estlund), si resulta que no incurre en discriminaciones injustificables para cualquier perspectiva razonable.[14]

Con todo, hay que decir que su argumentación teórica no sustenta una defensa de un modelo robusto de control judicial de las leyes, sino que más

[14] *Idem*.

bien defiende la idea de que un acuerdo político que cuenta con un modelo robusto de revisión judicial podría eventualmente pasar el filtro del requisito de aceptabilidad calificado. Sin embargo, también los acuerdos políticos democráticos que no receptan el control judicial de las leyes podrían pasar ese mismo filtro. Esto queda claro cuando Estlund sugiere que algunos derechos pueden (pero nada obliga a ello) quedar atrincherados y su custodia ser confiada a procedimiento no mayoritarios. Y los derechos que pueden quedar al margen del procedimiento legislativo mayoritario no sólo incluyen las libertades políticas que conforman las condiciones básicas del proceso deliberativo-democrático (libertad de expresión, libertad de asociación, derecho de voto, libertad de formación de partidos políticos), sino también otras libertades y garantías que no conforman condiciones procesales sino límites sustantivos al proceso.[15]

2. *Segunda tesis: un modelo robusto de control judicial mejora el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto*

La primera posición, digámoslo así, simplemente sostiene que un modelo robusto de justicia constitucional puede ser razonablemente aceptado, aunque los modelos débiles de control de constitucionalidad también estén disponibles. Todo depende del hecho de que el acuerdo político no incurra en comparaciones odiosas, esto es, en discriminaciones que no vengan precedidas por argumentos razonables. La segunda versión de la DDE, en cambio, no afirma que el control judicial de las leyes puede ser razonablemente aceptado por no incurrir en comparaciones odiosas, sino que sostiene una tesis más fuerte, al sostener que *mejora* el sistema democrático en su junto, al potenciar su valor instrumental epistémico. Esta versión en general es defendida por una activa legión de juristas y constitucionalistas que, además de afirmar la validez de parámetros externos de justicia (los derechos fundamentales constitucionales) sostienen que un Tribunal Constitucional ejerce una función crucial en la determinación y protección de los mismos. Quienes respaldan esta tesis asumen que el valor epistémico instrumental que introducen los jueces constitucionales arroja un balance positivo que compensa la pérdida de representatividad democrática que ellos mismos encarnan vis-a-vis los legisladores. Según esta tesis, los tribunales presentan ciertas ventajas potenciales en comparación con los legisladores:

[15] *Idem*.

a) En primer lugar, está la cuestión del tiempo disponible para reflexionar acerca de determinados asuntos. Del mismo modo que la democracia representativa se justifica por los beneficios que aporta la división del trabajo, el control de constitucionalidad supondría atribuir una especial responsabilidad en materia de derechos fundamentales a una institución que puede reflexionar acerca de éstos en una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual.

b) En segundo lugar, los tribunales supuestamente tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales. Según parece, los jueces tienen una formación especializada, están inmersos en la tradición del discurso constitucional, y su tarea apunta a la evaluación de la conducta gubernamental bajo las normas constitucionales. Los legisladores, en cambio, tienen una perspectiva menos especializada, y su enfoque predominante consiste en agregar preferencias y evaluar el apoyo popular que tiene cada propuesta política, y menos en juzgar esas propuestas a la luz de los valores y principios constitucionales.

c) En tercer lugar, esta la independencia de la que gozan los jueces constitucionales. El caso es que los jueces constitucionales están protegidos por un conjunto de salvaguardias institucionales (mandato largo o vitalicio, estabilidad en el cargo, procesos de selección a cargo de múltiples agentes) destinadas a asegurar la independencia del juicio moral respecto de los órganos políticos mayoritarios. La independencia judicial no es la condición fundamental en virtud de la cual se les otorga a los jueces el poder de revisión judicial de la ley, pero es una condición necesaria que debe cumplirse para que los jueces constitucionales lleven su tarea a cabo correctamente.

Así, pues, el mayor tiempo y aislamiento de que disponen los jueces para la reflexión, el carácter especializado de su función, la cultura de los principios que está asociada a sus decisiones, y la independencia judicial, constituyen elementos clave dentro del paquete normativo que puede justificar el establecimiento de un sistema de control judicial de constitucionalidad en materia de derechos. Si bajo la DDE el sistema democrático en su conjunto es –para utilizar la terminología rawlsiana– un sistema de *justicia imperfecto*, entonces "la justicia constitucional es menos imperfecta que los legisladores en [lo que concierne a] la protección de derechos fundamentales."[16] El aislamiento, el mayor tiempo de

[16] Ferreres, Víctor, "El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, nota 2, pp. 356-381.

reflexión, el carácter especializado de su función, la cultura de los principios que encarnan, y la independencia judicial son características que, unidas a un sistema robusto de control judicial de las leyes, ofrecen un balance positivo en términos instrumentales epistémicos.

3. *Tercera tesis: un modelo robusto puede quedar justificado si los jueces usan su poder para mejorar las condiciones de la DDE*

La tercera versión de la DDE sostiene que el control judicial de las leyes, a pesar de su déficit representativo, *puede* mejorar el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto, pero *siempre que se ejerza de una manera determinada*. En particular, *siempre que se ejerza para asegurar y proteger las condiciones que aseguran una deliberación democrática genuina*. Carlos Nino es un fiel exponente de esta idea. En primer lugar, según el jurista argentino, los jueces constitucionales están encargados de asegurar las condiciones que hacen posible una genuina deliberación democrática, pudiendo vetar todas aquellas leyes (o remover aquellas situaciones de facto) que socavan de manera permanente y profunda la deliberación entre iguales. Sólo si actúan para corregir las fallas del proceso democrático-deliberativo, su autoridad para declarar inválida una ley está justificada. En segundo lugar, Nino sostiene que el proceso democrático-deliberativo carece de valor epistémico en todo lo relacionado con cuestiones de moral personal o privada. Esta convicción lo lleva a sostener que los jueces tienen buenas razones para considerar inválidas todas aquellas normas de contenido perfeccionista, es decir, aquellas que pretenden imponer, contra los planes de vida de los particulares, concepciones comprehensivas sobre el bien o la buena vida. En este sentido, los jueces quedan encargados de mantener el compromiso estatal con la neutralidad valorativa en relación con las concepciones del bien, asegurando el respeto a los ideales de virtud personal escogidos por cada individuo.[17]

Ahora bien, el hecho de que los jueces se hagan cargo de estas dos tareas de no implica asumir que ellos gocen de capacidades intelectuales diferentes, ni que tengan una predisposición estructural a razonar con arreglo a principios comparativamente mejor que la que tienen los legisladores. Tampoco implica defender la proposición empírica de que los jueces constitucionales tienen capacidades diferenciales en lo que con-

[17] Nino, *op. cit.*, nota 6.

cierne a defender la deliberación entre iguales y la autonomía privada de las personas. Los jueces en los hechos pueden comportarse de muy diferentes maneras. El punto es que si, y sólo si, se ajustan a estos dos cometidos, su función y autoridad final está justificada. Fuera de esos dos cometidos, la declaración de invalidez de una ley carece de legitimidad democrática. En resumen, Nino cree que la existencia de un modelo robusto de control judicial de las leyes *puede mejorar* el valor epistémico del proceso general de toma de decisiones políticas siempre que los jueces se limiten a velar por esos dos cometidos principales.

Es interesante ver que entre la primera y la tercera posición hay similitudes y diferencias. Así, ambas posiciones afirman que un modelo robusto de revisión judicial *puede* quedar justificado si se cumplen determinadas condiciones (en la primera, si de la evaluación del acuerdo político y del contexto en que éste se aplica puede predicarse que la justicia constitucional mejorará el valor epistémico instrumental del sistema en su conjunto; en la segunda, si los jueces ejercen la revisión judicial con el cometido de vetar leyes perfeccionistas y asegurar las condiciones que vuelven posible una genuina deliberación entre iguales). Sin embargo, mientras la primera posición sostiene que no es irrazonable que los jueces constitucionales usen su poder para proteger cualquier tipo de derecho constitucional, la tercera posición defiende la protección sólo de aquellos derechos asociados a las precondiciones del proceso democrático-deliberativo. Asimismo, mientras en la primera posición la justificación está supeditada a la valoración que se haga del sistema institucional, del contexto, y las cualidades epistémicas de los jueces en general, en la tercera posición la justificación está supeditada a la valoración que se haga del ejercicio de la revisión judicial y de los contenidos y argumentaciones de las sentencias en cada caso.

DDE	Tesis
1º Tesis	Un modelo robusto de revisión judicial no es irrazonable a menos que incurra en comparaciones odiosas
2º Tesis	Un modelo robusto de revisión judicial mejora el valor epistémico instrumental del sistema democrático en su conjunto
3º Tesis	Un modelo robusto de revisión judicial puede ser justificado si los jueces ejercen el control de constitucionalidad con el cometido de asegurar las condiciones de un proceso deliberativo-democrático

FIGURA 1.

III. Democracia deliberativa epistémica y constitucionalismo débil

En este apartado me propongo argumentar en contra de cada una de las tres tesis referidas. En primer lugar, diré que el mismo argumento que desacredita la propuesta epistocrática de John Stuart Mill (la epistocracia de los educados) puede ser consistentemente utilizado para rechazar la primera de las tesis, que sostiene que un modelo robusto de revisión judicial no es irrazonable si no incurre en comparaciones odiosas. En segundo lugar, defenderé –en contra de la segunda tesis– que, en comparación con los jueces, las legislaturas ostentan una superioridad epistémica en lo que concierne a la protección de derechos fundamentales, en virtud de que en ellas se avientan un mayor número de perspectivas y de que los legisladores son menos vulnerables a los sesgos cognitivos propios de los grupos reducidos con características homogéneas (*group-think* bias). En tercer lugar, y en contra de la tercera tesis, sostendré que no tenemos ninguna razón para pensar que los jueces constitucionales van a ejercer la revisión judicial con el cometido de asegurar las condiciones que hacen posible una deliberación entre iguales.

1. *La epistocracia de los jueces constitucionales*

Es interesante ver cómo las objeciones que David Estlund lanza contra la propuesta de Mill de otorgar más votos a los que saben leer y escribir[18] se vuelve contra sí mismo y termina desbaratando la tesis de que un modelo robusto de revisión judicial puede quedar justificado. Lo interesante de la propuesta epistocrática milliana es que responde con inteligencia a dos intuiciones: a) que la deliberación es mejor cuando los participantes son numerosos (asumiendo, por razones de simplicidad, que los que deliberan son los votantes), y b) que debemos intentar que las propuestas inteligentes tengan mayor poder de influencia en la toma de decisiones. La propuesta milliana responde a la primera intuición otorgando al menos un voto a todas y cada una de los participantes. A la segunda intuición responde otorgando doble voto a aquellos que tienen una mínima educación, en aras de aprovechar el valor epistémico de la presunta mayor sabiduría de unos pocos.

[18] Estlund, *op. cit.*, nota 6, cap. 11.

Pues bien, según Estlund, la epistocracia de los educados de Mill es vulnerable a lo que él denomina "la objeción demográfica". Esa objeción básicamente consiste en alegar que aquellos que poseen una mejor educación pueden exhibir elementos epistémicamente contraproducentes. Por ejemplo, es posible que las personas que buscan una mejor educación sean, en términos estadísticos, más racistas que otras, aún después de recibir la educación. Entonces, aún cuando la educación mejore su capacidad para tomar decisiones finales, de ello no se sigue que los educados estén mejor capacitados que otros para ostentar esa autoridad, dado que el racismo que exhiben puede anular la ventaja epistémica que la educación pudo haberles dado. Es importante notar que la impugnación al esquema del voto plural para los educados no necesita que todos los ciudadanos razonables suscriban la objeción demográfica. Basta con que ese argumento no sea irrazonable. Esto bloquea la propuesta de la epistocracia de los educados, aún cuando también sea razonable estar en desacuerdo y pensar que los educados son capaces de gobernar más sabiamente que otros. La razonabilidad de la *negación* de la epistocracia de los educados es decisiva para desbaratar la propuesta, ya que los acuerdos políticos –para ser legítimos– necesitan contar con la aceptación de todas las perspectivas razonables.[19]

Ahora bien, es interesante ver, llegados a este punto, que la objeción democrática es enteramente aplicable a la propuesta de instaurar un modelo robusto de revisión judicial. Los modelos robustos de revisión judicial, en efecto, atribuyen la última palabra institucional a un grupo reducido de jueces que, en virtud de la independencia que gozan, su aislamiento, especialización, mayor tiempo para reflexionar y mejor formación en materia de derechos fundamentales, supuestamente cuentan con mejores credenciales epistémicas para llevar a cabo esta tarea. Introduzcamos la objeción demográfica: el problema es que siempre cabe alegar (y es razonable hacer-

[19] *Idem*. Estlund menciona la posibilidad de corregir los rasgos del subgrupo de los más educados que resultan epistémicamente contraproducentes. Si el problema es la infrarrepresentación de ciertas razas, clases y géneros, todavía puede ser posible seleccionar un subgrupo en el que esos grupos estén adecuadamente representados (digamos, en proporción a la presencia de la población general). Esto, sin embargo, no eliminaría la objeción demográfica, porque siempre es posible *y razonable* alegar que existen rasgos empíricamente no verificables que sesgan el juicio de los más educados. Según Estlund, la idea de que la muestra demográficamente corregida de los más educados todavía puede contener desproporcionadamente muchos sesgos racistas o sexistas, u otros sesgos no verificables, no es extravagante ni descabellada, por más controvertible que pueda ser. No es menos razonable, tal vez, que aquel que presume que los educados son desproporcionadamente más liberales o conservadores (algo que tiene efectos epistémicos contraproducentes) antes de que eso pueda ser verificado de alguna manera. Y la razonabilidad de esta objeción, como dije, es decisiva para desbaratar la propuesta epistocrática de Mill.

lo) que el reducido grupo de los jueces constitucionales exhibe rasgos (algunos empíricamente verificables, otros no tanto) que sesgan el juicio de los mismos en beneficio o en perjuicio de ciertas clases o grupos. Es interesante ver, por ejemplo, que la composición de las cortes Supremas o Tribunales Constitucionales en muchos países es un ámbito reservado desproporcionadamente a los hombres, con exclusión de las mujeres. Y aún cuando las mujeres estuvieren adecuadamente representadas, todavía puede que no lo estén las minorías indígenas, o ciertas clases sociales, o las identidades regionales. Con todo, aún si no existieren rasgos empíricamente verificables, siempre sería razonable (por la misma razón que lo es frente a la propuesta epistocrática de Mill) alegar que ciertas perspectivas empíricamente no verificables están desproporcionadamente representadas en el grupo reducido de jueces. La objeción demográfica, por lo tanto, también bloquea la propuesta de un modelo robusto de revisión judicial. La propuesta de Mill otorgaba al menos un voto a todos los participantes, un elemento que aspiraba a aprovechar los beneficios epistémicos del mayor número de personas y perspectivas. Tratándose de un modelo robusto de revisión judicial, ni siquiera esa ventaja epistémica está disponible, y sólo la forma de selección de los jueces les infunde a ellos un cierto grado de representatividad del conjunto de perspectivas ciudadanas (un grado de representatividad democrática que siempre es comparativamente inferior al que encarnan las legislaturas).

El argumento, entonces, es el siguiente. Si la propuesta epistocrática de Mill es vulnerable a la "objeción demográfica" (en virtud de que siempre es razonable alegar que el grupo de los educados posee, de manera desproporcionada, rasgos epistémicamente contraproducentes), entonces esa misma objeción es aplicable a un modelo robusto de revisión judicial. Si adjudicarles más votos a quienes integran el grupo de los más educados no incurre, de manera evidente, en una comparación odiosa, pero siempre es razonable alegar que cargan con rasgos epistémicamente contraproducentes, entonces cabe esgrimir el mismo argumento contra un modelo robusto de revisión judicial. Obsérvese, en cualquier caso, que la objeción en ningún momento apela al derecho de igual participación o a la igual dignidad política para impugnar un modelo de revisión judicial. No se trata de una objeción democrática a la revisión judicial de las leyes. Más bien la objeción descansa en un argumento enteramente epistémico: la idea de que el reducido grupo de jueces no representa adecuadamente las perspectivas de todos los interesados en la decisión y de que su juicio está potencialmente sesgado a favor (o en detrimento) de ciertos grupos de la sociedad.

Por supuesto, también podrían objetarse ambos esquemas (la propuesta epistocrática de Mill y un modelo robusto de revisión judicial) apelando a la idea de que dejar que todos y cada uno de los ciudadanos tenga un solo voto es una forma de honrar su igual dignidad política, un reclamo moral que no cumple ninguno de los dos esquemas epistocráticos (al menos no en el mismo grado que las legislaturas). De hecho, esta es la objeción tradicional a la revisión judicial de las leyes, y lo es también a la propuesta de Mill. Esa sería una objeción que prescindiría del valor epistémico instrumental de los acuerdos políticos y apelaría únicamente a la noción de equidad procedimental en la toma de decisiones políticas. El problema de esta objeción es que, si creemos que la democracia posee valor epistémico (como lo cree la DDE), y resulta que algunos arreglos alternativos prometen mejorar el valor instrumental del sistema en su conjunto, privilegiando a un grupo reducido de decisores finales, no podemos impugnar a esas propuestas alegando simplemente que las legislaturas respetan mejor la equidad procedimental u honran mejor la igualdad política, porque la legitimidad del sistema depende de la combinación de ambas consideraciones, las basadas en la igualdad política y las basadas en el carácter instrumental epistémico. Si la autoridad final de las legislaturas estuviera enteramente basada en el valor de igualdad política que encarnan, en dicho caso nos enfrentaríamos a una elección difícil, entre dos alternativas: entre un órgano que encarna mejor la igual dignidad política de los ciudadanos, pero que exhibiría un valor epistémico instrumental inferior, y otro que haría gala de una mejor competencia epistémica pero que no honraría adecuadamente la igual dignidad política de los ciudadanos. Pero la objeción demográfica, como vimos, echa por tierra la idea de que los más educados, o los jueces constitucionales, poseen una ventaja epistémica comparativamente superior a los legisladores, y entonces la autoridad final de las legislaturas democráticas no reside, en última instancia, sólo en sus credenciales democráticas. La conclusión, por lo tanto, es que siempre es razonable impugnar un modelo robusto de revisión judicial, y entonces fracasa la primera línea de defensa (que sostenía que un modelo robusto de revisión judicial es razonable si no incurre en comparaciones odiosas, aunque también los modelos débiles sean razonables).

2. *La superioridad epistémica de las legislaturas*

La segunda de las tesis de defensa de un modelo robusto de revisión judicial argumentaba, dentro del marco de la DDE, que los jueces constitucionales poseen una ventaja epistémica comparativamente superior a la de los legis-

ladores. Si la primera tesis sugería que era razonable sostener esa idea (aunque también lo fuese sostener que las legislaturas son epistémicamente superiores), esta segunda línea de defensa respalda, de manera más contundente, la superioridad epistémica de los jueces constitucionales. Vimos en el anterior apartado que siempre es razonable alegar que el reducido grupo de jueces constitucionales de un modelo robusto de revisión judicial puede presentar rasgos epistémicamente contraproducente. Aquí voy a hacerme cargo de esta segunda tesis más fuerte, concentrándome en los rasgos epistémicos de los jueces que presuntamente les confieren una ventaja comparativa. Según diré, aún cuando el aislamiento, la independencia judicial, el mayor tiempo de reflexión, la especialización de la función, y la cultura de principios que encarnarían, todos estos elementos cuenten a su favor, los jueces constitucionales están expuestos a un conjunto de desventajas epistémicas que redundan en un saldo epistémico negativo en comparación con las legislaturas.

En primer lugar, aún cuando el aislamiento puede ser una ventaja a la hora de decidir determinados asuntos o materias, ya que blindaría al decisor de potenciales influencias nocivas, pero también impide informarse o tomar nota de muchas perspectivas, necesidades, y enfoques alternativos sobre las cuestiones que deben decidirse. El mayor tiempo de reflexión evidentemente cuenta como una ventaja, pero no puede ser la cualidad decisiva a la hora de decidir quién debe tener la autoridad final para decidir asuntos en los que están involucrados derechos fundamentales. La cultura de principios de la que supuestamente hacen gala los jueces, por su parte, no es exclusiva de ellos. También los legisladores se preocupan por los principios y por la interpretación constitucional. Es verdad que tal vez sea razonable decir que entre los jueces y legisladores hay una diferencia de grado en este punto: aunque los legisladores muestren preocupación por los principios constitucionales, los jueces *se preocupan más*, y la atención que dispensan a los mismos es mayor. No niego que ello pueda ser así. En cualquier caso, se trata de un argumento que depende de consideraciones empíricas muy difícil de ser demostradas. Con todo, concederé esta idea en aras de mi argumento.

Finalmente, aún cuando los jueces constitucionales ejerzan una función especializada, es dudoso que el carácter especializado de su tarea pueda contar como una ventaja comparada. La especialización de funciones también es vulnerable a una serie de sesgos cognitivos, entre ellos el denomina-

do "*group think bias*" o "pensamiento de grupo,",[20] ç y la "polarización" de perspectivas ideológicas.[21] El sesgo propio del "pensamiento de grupo" aparece cuando en un grupo existe un espíritu corporativo entre sus miembros, que puede ser producido por muchos factores, como el poseer una misma identidad cultural, pertenecer a una misma clase social, o –en el caso que nos interesa– tener una misma formación educativa, entre otros. Cuanto mayor es el espíritu de cuerpo en el grupo, mayor es el peligro de que el pensamiento crítico independiente sea sustituido por una tendencia grupal a la toma de decisiones riesgosas, a la generación de una ilusión del consenso (donde el silencio es percibido como manifestación de la unanimidad), a la subestimación de evidencias contrarias a las creencias consolidadas del grupo, a la incompleta evaluación de las alternativas de decisión, a una pobre búsqueda de información, así como a un sesgo de selección en el escogimiento de evidencias y argumentos (*cherrypicking*). El espíritu de grupo que puede generar una formación educativa homogénea, por otra parte, puede ser propenso a la "polarización" de perspectivas,[22] un sesgo que consiste en extremar las posiciones ideológicas cuando nuestras perspectivas e ideas no son contrastadas por ideas y evidencias que las contradigan y sólo reciben la confirmación de nuestros pares, que piensan igual que nosotros. Muchos experimentos muestran, en ese sentido, que los grupos de pensamiento homogéneo, después de razonar juntos, tienden a exagerar y extremar las posiciones pre-deliberativas de sus miembros, redundando en una espiral de polarización de las mismas. No digo que todos los jueces constitucionales sean vulnerables a estos sesgos. Simplemente señalo la posibilidad de que la especialización de funciones, aún cuando pueda tener ventajas epistémicas significativas, también puede ser víctima en mayor grado de distorsiones epistémicas propias de la misma naturaleza especializada de la formación que poseen los jueces.

Aún cuando se ponga un énfasis en la competencia epistémica de los jueces constitucionales, esa idea no es nada obvia. Y es que, incluso cuando seguir las directivas de un grupo reducido de expertos en derecho constitucional y filosofía política conduzca a tomar decisiones políticas correctas más frecuentemente que seguir las directivas de cualquier otra persona,

[20] Janis, Irving, *Victims of Groupthink*, Boston, Houghton Mifflin, 1972; Turner, Marlene, Pratkanis, Anthony, "Twenty-Five Years of Groupthink Research: Lessons in the Evaluation of a Theory", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 73, núm. 2, 1998, pp. 105-115.

[21] Sunstein, Cass, "The Law of Group Polarization", John M. Olin Law & Economics Working Paper, University of Chicago Law School, año 1999, núm. 91.

[22] *Idem*.

esta es una forma absurda de plantear las alternativas, porque no existe ninguna razón para pensar que las decisiones deben ser tomadas por una pocas personas expertas en derecho constitucional. Es muy plausible que las decisiones tiendan a ser mejores si esas pocas personas deliberan y decide en conjunto con otras personas, por ejemplo, con el resto de representantes políticos de la sociedad. La tesis de que "razonar juntos" conduce a decisiones mejores cuenta con buenas evidencias cuando lo que está en juego involucra conocimientos empíricos descriptivos (como los típicos exámenes que deben rendir los alumnos para pasar una asignatura),[23] y cuenta a favor de la superioridad epistémica de las legislaturas. El individuo más competente de un grupo ciertamente no lo hará tan bien como lo harían todos los representantes más competentes (de diversos grupos) razonando juntos, aún cuando es de esperar que ampliando el número de personas se reduzca la competencia individual promedio.

El hecho de que las Asambleas numerosas sean tan numerosas tiene arraigo, entonces, en los beneficios epistémicos que conlleva el contar con un número amplio personas y perspectivas. Naturalmente, si lleváramos esta idea a sus extremos, deberíamos preguntarnos por qué en vez de 200 legisladores no tenemos, en cambio, 2000 o 5000 representantes políticos deliberando juntos. Los límites de la práctica no hacen imposible, en ningún modo obvio, que podamos contar con una asamblea legislativa de 5000 personas. Entonces se necesita algo más para explicar por qué una asamblea como esa no es una buena idea. La idea de que la calidad de la deliberación (su valor epistémico) empeora pasado un cierto umbral en el

[23] Las pruebas empíricas de esta tesis se remontan al trabajo de Galton, Francis, "Vox Populi", *Nature*, vol. 74, 1907, pp. 450 y 451. Otra prueba empírica interesante, aunque matizada, fue aportada por Thorndike, Robert, "The Effect of Discussion upon the Correctness of Group Decisions: When the Factor of Majority Influence Is Allowed For", *Journal of Social Psychology*, vol. 9, núm. 3, 1938, pp. 343-362. En una muestra de 200 personas, se formaron grupos de seis, cinco y cuatro miembros. Se les pidió a cada individuo que responda diversas preguntas con una respuesta correcta. Luego se pidió a los grupos que deliberaran y tomaran una decisión grupal (por mayoría). El experimento demostró que cuando la mayoría de los individuos del grupo había respondido, en el examen individual, la respuesta correcta, en el examen grupal un 79% de los grupos terminó decidiéndose por la respuesta correcta. Cuando la mayoría de los individuos del grupo había respondido, en el examen individual, la opción incorrecta, un 56% de los grupos terminó decidiéndose por la respuesta incorrecta. El experimento demuestra que, aunque la verdad desempeña algún papel (79% es mayor a 56%), también la mayoría ejerce una influencia importante en las decisiones grupales. Con todo, la competencia promedio del grupo fue levemente superior a la competencia promedio que tenía cada persona antes de deliberar y votar en grupo (66% de aciertos grupales, frente a 62% de aciertos individuales).

número participantes parece una respuesta adecuada. Es el balance entre el número de perspectivas representadas, junto con la viabilidad práctica de una deliberación adecuada, (además de, por supuesto, la aspiración de honrar en cierto grado la igual dignidad política de los ciudadanos) lo que explica por qué las Asambleas no están conformadas por miles de representantes pero tampoco por un grupo reducido de veinte legisladores.

En resumidas cuentas, las legislaturas cuentan, respecto de las cortes, con una ventaja epistémica. La primera es el número. Existen más legisladores en una típica legislatura nacional que jueces en un típico tribunal constitucional o cortes supremas. Es cierto que si sumamos a todos los jueces del sistema judicial la comparación redundaría en ventaja de los jueces, pero esa agregación sería puramente conceptual, mientras que los legisladores nacionales de hecho trabajan y razonan en conjunto como parte de una institución integrada que vota y decide cuestiones comunes.

Segundo, las legislaturas son más representativas que las cortes, y la representación produce conocimiento. La relación representativa dota a los legisladores de información sobre las condiciones locales y los juicios sociales y preferencias que los jueces no alcanzan a captar. A pesar de que la representación puede introducir distorsiones e injerencias que reducen la competencia epistémica, los jueces tampoco son inmunes a los sesgos.

Tercero, y crucial, una legislaturas moderna es más diversa que la judicatura, especialmente en términos profesionales. La diversidad profesional reduce el "pensamiento de grupo" y la tendencia a la polarización de perspectivas, y ambas cosas configuran una fuente importante de fuerza epistémica.

La segunda línea de defensa se enfoca de manera miope en una supuesta superior competencia epistémica de los jueces, haciendo hincapié en el mayor tiempo de reflexión, la especialización de funciones, la cultura de principios que encarnan, olvidando que todos estos rasgos –además de ser vulnerables a cierto tipo de sesgos y de que no todos son exclusivos de los jueces– son sólo algunas de las variables que afectan al rendimiento epistémico, junto con el número y la diversidad. Una institución más numerosa y más diversa, como una Legislatura, puede fácilmente superar a un grupo minúsculo y menos diverso de jueces constitucionales ultra-competentes en materia de interpretación constitucional.

3. *La falsa promesa de que los jueces constitucionales ejercerán su poder para asegurar la DDE*

Finalmente, tenemos la última línea de defensa de un modelo robusto de revisión judicial, que dice que la autoridad final de los jueces constitucionales está justificada si, y sólo sí, éstos utilizan su poder para promover las condiciones que infunden valor epistémico de las decisiones políticas, vetando todas las leyes que socavan esas condiciones, así como las inspiradas por ideales perfeccionistas de virtud personal (habida cuenta que sobre estas cuestiones de moral privada la democracia no tiene valor epistémico).

El problema es que una defensa de un modelo robusto de revisión judicial *condicionada a un modo particular de ejercicio del mismo* no alcanza a justificar una propuesta o un esquema de organización institucional. Lo único que justifica es *una forma de usar* la revisión judicial asumiendo que los jueces trabajan en el marco de ése esquema de organización institucional. Para justificar, además, el modelo de organización institucional, la defensa condicionada debería ir acompañada de una afirmación fáctica que ofrezca razones y evidencias que sustenten la idea de que los jueces propenderán a usar la revisión judicial de conformidad con los cometidos señalados como apropiados por la DDE. Pero no existen razones y evidencias de peso que sustenten esa idea. Basta con mirar los manuales de derecho constitucional, las teorías de la argumentación jurídica que se enseñan en las facultades de derecho, los cursos que se enseñan en las escuelas de jueces, y los argumentos de una muestra representativa de sentencias. Salvando alguna excepción notable, difícilmente pueda encontrarse en todos esos ámbitos una preocupación manifiesta por convertir a los jueces constitucionales en motores de la DDE. Es obvio, desde la DDE, que no hay buenas razones para que las legislaturas impongan ideales de virtud personal a los particulares, ni decidan sobre cuestiones relacionadas con el ámbito de la moral personal, pero ¿qué razones existen, entonces, para autorizar al respecto la intervención del poder judicial?[24] Si las deliberaciones que se producen en las legislaturas no tienen valor epistémico respecto de estas cuestiones, entones tampoco la tienen los jueces. Eso significaría otorgarle una legitimidad "por defecto" que carece de fundamentación. Del mismo modo, es loable la aspiración normativa de custodiar las bases institucionales de la discusión

[24] Gargarella, Roberto, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El 'constitucionalismo' popular frente a la teoría de Nino", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, nota 2, pp. 381-403.

democrática, pero ¿qué razones hay para pensar que los jueces van a adoptar una posición normativa semejante (sobre todo cuando uno ve que la ideología judicial dominante está moldeada, al menos en parte, por la pertenencia de los jueces a grupos más o menos definidos en materia de clase social, raza o género)?

Esta última línea de defensa incurre, en definitiva, en una falacia muy común en quienes aspiran a justificar diseños institucionales, y es el pensamiento ilusorio o "*wishful thinking*", que consiste en querer que algo suceda para pensar que sucederá. El pensamiento ilusorio, además de ser un sesgo cognitivo y una forma incorrecta de tomar decisiones, supone incurrir en una falacia lógica: de desear que algo sea verdadero o falso se infiere que algo es verdadero o falso. De querer que los jueces constitucionales, bajo un modelo robusto de revisión judicial, usen el poder para promover la DDE no se sigue que es verdad que lo ejerzan de ese modo. Luego, un modelo robusto de revisión judicial no está justificado.

La conclusión, entonces, es que las razones que justifican la concepción epistémica de la democracia deliberativa no justifican, en ningún caso, el establecimiento de un modelo robusto de control judicial de las leyes, y ello en virtud de la superioridad epistémica de las legislaturas y de la objeción demográfica que siempre es razonable esgrimir para bloquear cualquier propuesta epistocrática. Por supuesto, las legislaturas también honran la igual dignidad política de los ciudadanos de un modo en que las cortes no lo hacen. Pero dado que la DDE debe ponderar ambas consideraciones por igual a la hora de justificar los arreglos políticos, es importante ver que no es la igualdad política la base exclusiva de la autoridad final de las legislaturas.

IV. Constitucionalismo débil e ingeniería institucional

Con todo, la superioridad epistémica de las legislaturas no necesariamente justifica la abolición de todo tipo de control judicial de constitucionalidad de la ley. Algunos esquemas alternativos que, aún cuando reservan algún papel a los tribunales en el control de constitucionalidad, confieren la autoridad final a las legislaturas, resultan por lo tanto preferibles si existen razones para pensar que promueven o son propensos a promover un diálogo democrático entre diferentes ramas de gobierno. Con todo, la autoridad final de las legislaturas es un aspecto crucial, porque ella está sustentada, en

última instancia, en el número y en la diversidad de perspectivas que los legisladores representan.

En otro lugar he examinado con detalle las posibilidades del diálogo democrático interinstitucional en diversos esquemas de control de constitucionalidad de la ley.[25] En esa oportunidad, examiné el esquema canadiense de la cláusula "*notwithstanding*", las declaraciones de incompatibilidad del sistema del Reino Unido después de la *Human Rights Act* (2000), y el diseño institucional de Israel, que combina una *constitución flexible* con la facultad judicial de declarar inválida una ley. Por razones de espacio aquí no voy a volver a tratar estos diseños institucionales, y me bastará con decir que todos ellos son congruentes con la idea de asegurar la autoridad final de las legislaturas. Sin embargo, no todos ellos propician un genuino diálogo interinstitucional, y todos tienen defectos que vale la pena considerar a la hora de optar por uno u otro a la luz de los presupuestos de la DDE. El sistema canadiense, según dije, permite que la Legislatura pueda prescindir de los argumentos de derechos a la hora de imponer sus preferencias, una opción que no se condice con un genuino diálogo.[26] El sistema inglés, por su parte, no obliga al Legislador a responder con argumentos a las declaraciones de incompatibilidad que emiten los jueces frente a casos judiciales concretos. El sistema de Israel, finalmente, obliga al Congreso a "constitucionalizar" cualquier respuesta a una decisión judicial, lo que tiene el peligro de ir transformando, poco a poco, una constitución de principios en una constitución "de detalle". Si creemos que es bueno que las constituciones formulen los principios básicos que, en materia de derechos fundamentales deben gobernar una sociedad, y que las constituciones sirvan como plataforma o guía para la deliberación, deberíamos entonces desconfiar del sistema Israelí.

[25] Linares, Sebastián, "El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas", *Revista mexicana de sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008, pp. 487- 539.

[26] No obstante, en la práctica la cláusula "*notwithstanding*" nunca ha sido utilizada por el Congreso federal canadiense. En los hechos lo que suele verse es una suerte de diálogo entre tribunales y Congreso que discurre por otros canales. En efecto, lo normal es que después de una declaración judicial de inconstitucionalidad el Congreso vuelva a insistir aprobando una ley que, aunque no sea idéntica a la declarada inválida, sí reintroduzca algunos puntos. En una segunda lectura judicial, los jueces constitucionales canadienses suelen deferir a la voluntad del Legislador en el intento de conjurar la amenaza de que, en una última movida legislativa, se eche mano de la cláusula "No obstante". Webber, G., "Dialectic Dialogue under the Canadian Charter", artículo presentado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Québec, Montreal, el 3 de mayo de 2005.

Creo que, en este terreno, todavía hay espacio para la ingeniería institucional. En otro lugar he propuesto un modelo de diseño institucional que, según creo, asegura la autoridad final de las legislaturas y ofrece posibilidades interesantes para el diálogo entre ramas de gobierno, aún cuando no garantice una genuina deliberación democrática. Mi propuesta delinea un esquema en el cual los jueces inferiores a la Corte Suprema (o Tribunal Constitucional) pueden pronunciar únicamente declaraciones de incompatibilidad (respecto de las leyes contemporáneas). En segundo lugar, el esquema autoriza a las cortes a declarar la invalidez de una ley o acto normativo. Un sistema como éste permite que las declaraciones de incompatibilidad de los jueces inferiores funcionen como un mecanismo de alerta, que le advertiría al Congreso que si el caso llega al alto tribunal, la decisión política tiene probabilidades de ser vetada. Con este esquema, el Congreso tiene tiempo para ensayar otras políticas alternativas, o comenzar a articular una defensa razonada de la política cuestionada. Además, bajo este sistema el Congreso *tiene incentivos para contestar*, porque sabe que, de no obrar responsablemente el alto tribunal puede terminar vetando la decisión política. Junto a ello, la Corte debería tener recursos a su disposición para mitigar las confrontaciones con el Congreso. En ese sentido, las declaraciones de inconstitucionalidad "con plazo de espera" o efecto retardado (esto es, sentencias que producen efectos invalidatorios después de transcurrido un cierto plazo) parecen sumamente apropiadas. Finalmente, y para salvar la autoridad final de las legislaturas, cabe pensar que, en el supuesto de que la Corte opte por invalidar la norma, el Congreso pueda echar mano de una suerte de cláusula "*override*" para hacer valer su postura. Según creo, la invocación de esa cláusula debería cumplir con ciertos recaudos. Así, cabría estipular la obligación del Congreso de responder públicamente, en una audiencia pública, a todos los argumentos vertidos por la Corte Suprema, incluso a los argumentos basados en derechos. Después de esta audiencia, una vez oídas todas las posturas, el Parlamento podría volver a debatir la cuestión y someterla a votación. Finalmente, cabría estipular que el uso de esta suerte de cláusula *override* tenga efectos temporales, es decir, cabría pensar que la decisión del Congreso que revalida una norma (previamente declarada inconstitucional por la Corte) tenga vigencia hasta la formación de una nueva Legislatura electa, que estaría obligada a ratificar la decisión del Congreso anterior. Un sistema como éste, ciertamente, no garantiza en absoluto el surgimiento de un genuino diálogo, pero ofrece incentivos para que la deliberación sea más *probable*, a la par que deposita la última palabra institucional en el Congreso.

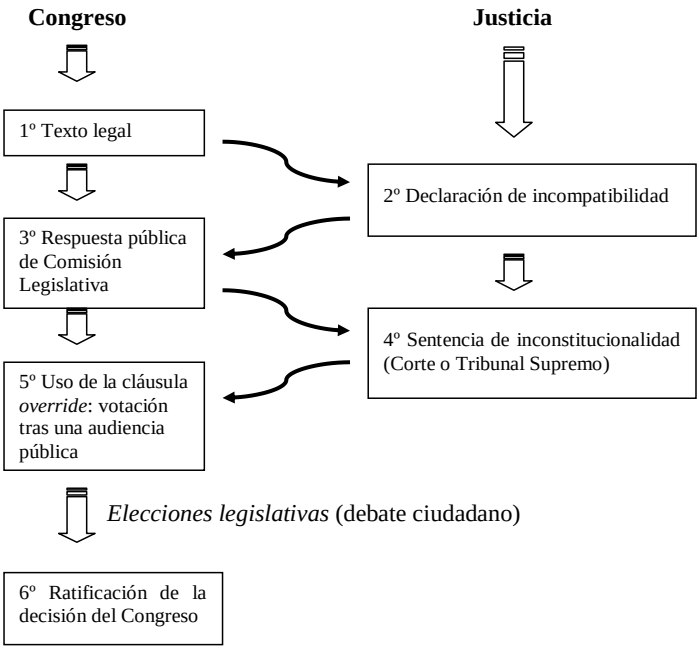

Figura 2. Propuesta de justicia constitucional[27]

Ahora bien, si la razón para depositar la autoridad final en las legislaturas (y no en los jueces) es epistémica y descansa en el número y la diversidad de perspectivas que las asambleas congregan, entonces tal vez exponiendo a los jueces constitucionales a un grupo más amplio de perspectivas diversas, antes de decidir sobre la constitucionalidad de una ley, podría salvar los defectos epistémicos de los que adolecen. Esta es la idea que está detrás de la propuesta de constituir "jurados constitucionales" seleccionando por azar una muestra de ciudadanos, a los que se encargaría la tarea de emitir un juicio de constitucionalidad de la ley, sea en un caso judicial concreto (en un sistema difuso como el americano) o bajo un sistema de control abstracto de constitucionalidad. Dicho juicio, dependiendo del diseño que quiera dársele, podría ser final y vinculante (como las

[27] Linares, *op. cit.*, nota 25.

propuestas de Spector[28] y Ghosh,[29]) o más bien de naturaleza consultiva, es decir, no vinculante, para las cortes, las cuales seguirían ostentando el poder de revisión judicial.

Un sistema de jurados final y vinculante incrementaría el número y la diversidad de perspectivas, pero perdería las supuestas ventajas epistémicas especiales que los jueces constitucionales pueden aportar. Resulta dudoso ver cómo esta propuesta puede mejorar en algún sentido un modelo de constitucionalismo débil que, como el sistema canadiense, o el británico, asegura la autoridad final de las legislaturas. Un sistema de jurados constitucional "consultivo" sería, en cambio, un esquema interesante de cara a mejorar el valor epistémico de la justicia constitucional, un esquema que añadiría a las supuestas ventajas de los jueces constitucionales (su especialización, formación educativa, tiempo de reflexión, cultura de principios, e independencia judicial) los ingredientes epistémicos de los que teóricamente carecen: la exposición a un mayor número y diversidad de perspectivas. Esto volvería más arduo el problema de resolver qué órgano merece la autoridad final a la luz de los presupuestos de la DDE. Los ingredientes epistémicos que ganarían los jueces constitucionales con esa suerte de "jurado constitucional" consultivo podrían sustentar razones para alegar que, bajo este hipotético esquema, los jueces superarían en valor epistémico instrumental a las legislaturas. De lo cual se seguiría que sería controvertido seguir manteniendo la superioridad epistémica de éstas últimas. Con toda seguridad las legislaturas seguirán encarnando una mayor igualdad política, pero la igualdad política es sólo un valor que habría que ponderarse junto con el valor instrumental de otro arreglo alternativo del que cabe presumir que no incurre en comparaciones odiosas.

V. Conclusiones

La concepción epistémica de la democracia deliberativa no justifica un modelo robusto de control judicial de las leyes. Las razones para sustentar esta posición radican, primero, en que siempre es razonable esgrimir la objeción de que un grupo reducido de jueces constitucionales puede exhibir sesgos manifiestos o latentes que distorsionan su capacidad de juicio

[28] Spector, Horacio, "Judicial Review, Rights, and Democracy", *Law and Philosophy*, vol. 22, núm. 3-4, 2003, pp. 285–334. Spector, Horacio, "The Right to a Constitutional Jury", *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 111-123.

[29] Ghosh, Eric, "Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010, pp. 327-359.

moral. Segundo, en que hay buenas razones para sustentar la idea de que las legislaturas son superiores en términos epistémicos a los jueces, debido al número y a la diversidad de perspectivas que permiten representar y ventilar en el proceso legislativo. Tercero, porque aún cuando tengamos una buena teoría normativa de cómo los jueces constitucionales debieran comportarse para preservar la DDE, no tenemos buenas razones fácticas para aventurar que los jueces vayan a comportarse así en los hechos.

La democracia deliberativa epistémica justifica, en cambio, los modelos propios del constitucionalismo débil, puesto que éstos aseguran la autoridad final de las legislaturas en materia de interpretación constitucional. Con todo, los modelos institucionales existentes asociados al constitucionalismo débil (el sistema canadiense, el británico, el israelí) resultan defectuosos a la hora de aspirar a lograr un genuino diálogo democrático entre ramas de gobierno. Por ello todavía hay margen para la ingeniería y la imaginación institucional. En este artículo he propuesto un modelo que intenta honrar la superioridad epistémica de las legislaturas al mismo tiempo que pretende hacer posible o facilitar el diálogo entre ramas de gobierno. También he considerado la idea de instaurar "jurados constitucionales consultivos" de cara a subsanar los defectos epistémicos de los que padecen los jueces constitucionales en comparación con las legislaturas. Ambas propuestas, a mi modo de ver, deberían ser ensayadas si queremos mantenernos fieles a nuestros compromisos con la deliberación democrática.

VI. Bibliografía

BAYÓN, Juan Carlos, "¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?", *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 9, 2008.

_____, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010.

BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, CT, Yale University Press, 1986.

ESTLUND, David, M., *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

FERRERES, Víctor, "El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010.

GALTON, Francis, "Vox Populi", *Nature*, vol. 74, 1907.

GARGARELLA, Roberto, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Nino", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, México, Editorial Trotta, 2010.

GHOSH, Eric, "Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, núm. 2, 2010.

HART, Paul, "Preventing Groupthink Revisited: Evaluating and Reforming Groups in Government", *Organization Behavior and Human Development Processes*, vol. 73, núm. 2-3, 1973.

HOGG, P. W., BUSHELL A., y WRIGHT, W., "The Charter Dialogue Revisited -or Much Ado about Metaphors", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2007.

JANIS, Irving, *Victims of Groupthink*, Boston, Houghton Mifflin, 1972.

LINARES, Sebastián, "El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas", *Revista mexicana de sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008.

_____, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

MARTÍ, J. Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2006.

_____, "The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness and Equal Political Liberty", en Besson, Samantha y Martí, J. Luis (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-National Challenges*, London, Ashgate, 2006.

NINO, Carlos Santiago, "On the Exercise of Judicial Review in Argentina", en Stotzky, Irwin (ed.), *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, Boulder, Colorado, Westview Press.

_____, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996.

SAGER, Lawrence, *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004.

SPECTOR, Horacio, "Judicial Review, Rights, and Democracy", *Law and Philosophy,* vol. 22, núm. 3-4, 2003.

_____, "The Right to a Constitutional Jury", *Legisprudence*, año 2009, vol. 3, núm. 1.

SUNSTEIN, Cass, "The Law of Group Polarization", John M. Olin Law & Economics Working Paper, University of Chicago Law School, año 1999, núm. 91.

THORNDIKE, Robert, "The Effect of Discussion upon the Correctness of Group Decisions: When the Factor of Majority Influence Is Allowed For", *Journal of Social Psychology*, vol. 9, núm. 3, 1938.

TURNER, Marlene; PRATKANIS, Anthony, "Twenty-Five Years of Groupthink Research: Lessons in the Evaluation of a Theory", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 73, núm. 2.WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

_____, "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006.

WEBBER, G., "Dialectic Dialogue under the Canadian Charter", artículo presentado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Québec, Montreal, el 3 de mayo de 2005.

ZURN, Christopher, "Judicial Review, Constitutional Juries and Civic Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law", *A Journal of Social & Political Theory*, vol. 58, núm. 127, 2011.

CAPÍTULO 55
CONSTITUCIONALISMO *VS.* DEMOCRACIA

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *¿Puede resolverse el conflicto entre constitucionalismo y democracia?* III. *La igualdad como presupuesto común.* IV. *Igualitarismo y democracia*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía utilizada*.

I. INTRODUCCIÓN

En este texto vamos a explorar la tensión que aparece entre los ideales del constitucionalismo y la democracia. En dicha tensión reside la principal potencia, y también la principal fuente de conflictos que encierra el derecho. En realidad, puede parecer extraño que exista un conflicto entre ambas ideas cuando es tan usual que hablemos de "democracias constitucionales," o cuando es tan común que uno se proclame, al mismo tiempo, y por ejemplo, demócrata y defensor de los derechos humanos. Pero lo cierto es que tales ideas se llevan mal, y que dicho desacuerdo repercute finalmente en nuestras discusiones públicas.

El conflicto entre ambas ideas surge, ante todo, del hecho de que ellas apelan a principios opuestos. Nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Mientras tanto, y por otro lado, ideas tales como las de Constitución o derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones de un grupo mayoritario.

En nuestras discusiones cotidianas, la tensión referida emerge de un modo especialmente gravoso. Ocurre que, por un lado, queremos y necesi-

* Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Buenos Aires. Universidad Torcuato Di Tella.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 1991-2010.

tamos aferrarnos al derecho: queremos estar sujetos a reglas impersonales, antes que a la voluntad discrecional de algún personaje todopoderoso. Sin embargo, y por otro lado, vemos que explotan nuestros ímpetus democráticos que, muchas veces, encontramos encorsetados, prisioneros, dentro del derecho. La mala noticia es que dicha tensión no es ficticia ni tiene una obvia resolución, pero lo interesante es que reconociendo este problema quedamos forzados a plantearnos cuestiones de enorme importancia.

Los orígenes de dicha tensión pueden encontrarse, por caso, en algunos célebres escritos anti-conservadores de Thomas Paine, proclamando el "derecho de los que están vivos" por encima de "la autoridad de los muertos," en su idea de que "cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que la precedieron, del mismo modo en que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos".[1] A través de esta afirmación, Paine se oponía a la idea conservadora –típicamente, defendida por Edmund Burke– que venía a rebelarse frente al valor del autogobierno y, en particular, frente al ideario revolucionario que los franceses habían puesto de moda. Para Burke, las tradiciones de la comunidad guardaban mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular. Paine, mientras tanto, y como mucho de sus contemporáneos, pensaba lo contrario.

Un viejo conocido de Paine, Thomas Jefferson, supo retomar aquellos reclamos para incorporarlos a la historia norteamericana. Como Paine, Jefferson también sostuvo que nada era más importante que el autogobierno colectivo. De allí, por ejemplo, que en sus "Notas para el Estado de Virginia" se manifestara en contra de la idea de dictar una Constitución permanente. La misma debía ser, en todo caso, "flexible": cada generación debía tener el derecho de rehacer el texto fundacional propio (de hecho, y calculando que las generaciones se recambiaban, más o menos, cada 20 años, Jefferson propuso la adopción de reformas constitucionales, al menos, con esa periodicidad). De este modo, tanto Paine como Jefferson mostraban la hostilidad que despertaban en los demócratas las ambiciones de los constitucionalistas.

[1] Paine, Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine* (edited by R. Carlile) vol. 1, pp. 8-9.

II. ¿PUEDE RESOLVERSE EL CONFLICTO ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA?

¿Es cierto, tal como lo sugiriéramos en las líneas anteriores, que no es posible resolver este dilema entre el constitucionalismo y la democracia? ¿Por qué es que no podemos afirmar, como lo hace una mayoría de juristas, la superioridad de la Constitución? ¿Por qué no podemos decir, simplemente, que la Constitución está "por encima de todo" y que, por tanto, ella se impone no sólo sobre la comunidad que la diseñó, sino también sobre las generaciones que la sucedieron? Los problemas en juego aparecen, según entiendo, por la "terquedad" del ideal del autogobierno. En efecto, a la hora de justificar cualquier solución que termine afirmando la primacía de la Constitución, el argumento del autogobierno reaparece firme, imbatible: ¿Qué puede haber por encima de tal derecho?

La fortaleza de este ideal es tal que aquellos interesados en defender la primacía de la Constitución han comenzado a dejar de lado su inclinación inicial –orientada a desplazar sin más el ideal democrático- para optar en cambio por una estrategia sustantivamente diferente, destinada a integrar al mismo o, al menos, a mostrar la compatibilidad de su propuesta con la afirmación del principio del autogobierno.

El primer argumento con el que nos encontramos, el más simple de todos, es el que nos dice que la comunidad debe sentirse sujeta a –limitada por– la Constitución porque esta última es el resultado de un acuerdo democrático. Aun asumiendo que siempre lo es –lo que no siempre es claro– el argumento no nos lleva demasiado lejos. Ello, en particular, cuando estamos hablando, como en este caso, del valor de una Constitución –un documento que, como tal, tiene la pretensión de perdurar con el correr de los años, y con el paso de las generaciones–. ¿Por qué es entonces que la comunidad que sucede a la nuestra debe sentirse limitada a partir de un acuerdo del que no ha tomado parte? Esta crítica es poderosa, y muestra el grado de conflicto que existe entre el valor del principio democrático y el valor de la Constitución. Sin embargo, los defensores del constitucionalismo tienen todavía varias réplicas a mano, que vamos a estudiar a continuación.

Ante todo, y por ejemplo, alguien podría sostener que las ambiciones del constitucionalismo –sobre todo, la de permanecer a lo largo del tiempo, generación tras generación– se justifican a partir de las circunstancias "peculiarmente democráticas" que rodearon a su nacimiento; léase, por caso,

la participación en su dictado de mayorías abrumadoras (o la existencia de un consenso extraordinario al momento de su escritura), un grado inalcanzado de reflexión en su diseño, o el puro ánimo público de quienes la redactaron. Este tipo de argumentos es muy habitual dentro del ámbito jurídico. Sin embargo, en una mayoría de casos, dicho relato enfrenta el serio inconveniente de basarse en dogmas o mitos que se disuelven apenas se los examina con un poco más de cuidado. Ocurre que la mayoría de los procesos constituyentes que conocemos tienen poco parecido con aquellas descripciones heroicas que suelen hacerse acerca de los momentos fundacionales de cualquier nación.[2] Aquellos tiempos fundacionales –típicamente, a fines del siglo XVIII o principios del XIX– tenían poco que ver con las referidas imágenes de consenso unánime y reflexiones desinteresadas. Más bien, ellos nos hablan de discriminaciones (hacia la mujer, hacia los pobres, hacia los esclavos), de presupuestos abiertamente elitistas (conforme a los cuales la mayor parte de la ciudadanía era vista como formando parte de una masa irreflexiva, más que como individuos con iguales capacidades que los constituyentes) y de decisiones con un claro componente de autointerés (lo que explica el status especial conferido a la propiedad privada, en todos los casos, incluyendo en muchos –como el norteamericano- el resguardo a la propiedad de los esclavos).

Admitido este hecho, esto es, el carácter originalmente poco democrático de una mayoría de constituciones, los abogados del constitucionalismo podrían apelar a una estrategia complementaria. Ellos podrían decir, por ejemplo, que la Constitución merece un respeto especial ya no a partir de la situación especial en la que tuvo origen, sino a partir del respaldo que fue obteniendo con el transcurrir del tiempo. Esto es, según esta postura, la Constitución –¿una mayoría de las constituciones que conocemos?– puede haber tenido un origen "dudoso", pero aun así haberse "purificado" con el paso del tiempo, ganando legitimidad democrática a través de los años. Esta idea, asociada a la noción lockeana de *consenso tácito*, también resulta muy popular entre los defensores del constitucionalismo. Ella nos viene a decir, entre otras cosas, que aquellos eventuales vicios de origen han sido limpiados a partir del extraordinario consenso que el texto constitucional pudo conseguir en su avance. Este consenso aparecería reflejado en la implícita adhesión que uno acostumbra a detectar en la comunidad, hacia

[2] Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, Macmillan, 1913.

la Constitución original y sus "padres fundadores", tanto como en la permanencia o no reforma de los rasgos esenciales de aquel texto. Sin embargo, como es bien sabido, los argumentos en favor del consenso tácito tienen poca fuerza. Y es que nunca podemos saber si lo que algunos llaman consenso tácito no debiera ser llamado, en verdad, *mera resignación*, o tal vez una aceptación basada simplemente en el acostumbramiento, en la certeza acerca de lo difícil de cambiar radicalmente dicho texto, o en la perplejidad o ignorancia acerca de lo que es posible. Tampoco podemos saber si la falta de una reforma de la Constitución, en sus rasgos esenciales, se debe al consenso generado por la misma o, más bien, a las propias dificultades impuestas por sus creadores para modificarla (como la exigencia habitual de una mayoría calificada en ambas Cámaras para obtener la autorización para la convocatoria a una convención reformadora).

Una alternativa estrechamente vinculada con la anterior, pero igualmente fallida, sería la de sostener que la Constitución se encuentra ya enraizada en las tradiciones más profundas de nuestra comunidad. El argumento, en este caso, retomaría el ideal democrático afirmando que los principios constitucionales ya se han "decantado" hasta el punto de formar parte, en la actualidad, de aquel "núcleo duro" que hace que nuestra comunidad sea lo que es, que configura su identidad. En un punto, el argumento es más ambicioso que el anterior, ya que el mismo trasciende la idea del consenso –que, en última instancia, podría cambiar de un momento a otro– para decir que nuestra comunidad no puede abandonar aquel cumulo de ideas sin dejar de ser lo que es. Sin embargo, claramente, dicho argumento es más vulnerable que el recién examinado. Y es que, por un lado, uno puede tomar algunas iniciativas destinadas a desentrañar la persistencia o no de aquel "consenso dormido", ¿pero qué hacer en cambio frente a la apelación de las tradiciones? ¿Cómo demostrar lo que parece definitivamente indemostrable? Lo que es peor, aun en el hipotético caso en que pudiéramos demostrar el profundo arraigo de las ideas que distinguen a nuestra vida constitucional: ¿Qué razones tendríamos para defender la perdurabilidad de aquellos rasgos? Claramente, podría darse la situación de que nuestra comunidad, por ejemplo, insista en resolver sus conflictos de modo sangriento, y que dicha forma de acción represente ya una "marca de identidad" de nuestro ámbito. Pero, resulta claro, dicho hecho no nos proporciona ninguna razón para darle algún estatus especial a aquella indeseable práctica. Necesitamos criterios claramente independientes del mero hecho de que una práctica habitual sea una práctica habitual, para

definir si merece apoyarse o, por el contrario, disolverse, combatirse, aquella repetida forma de acción.

El propio James Madison –tal vez la cabeza más notable en el desarrollo moderno del constitucionalismo– se vio acorralado, en su momento, frente a un dilema semejante. A él también le interesaba reafirmar el valor de la Constitución frente a quienes insistían en la importancia del valor del autogobierno. Madison estaba interesado en mostrar que las voces más criticas del constitucionalismo –en especial, su amigo Thomas Jefferson– se equivocaban al insistir con la idea del autogobierno colectivo. En su opinión, los propios demócratas debían advertir que, en ocasiones, el argumento democrático no podía ser defendido en su extrema radicalidad y ello, finalmente, en honor de una última preocupación por el valor de la democracia. La disputa entre Madison y Jefferson apareció frente a la sugerencia del último, portavoz de los sectores más democráticos de la comunidad, de resolver los problemas constitucionales más básicos –en especial, las situaciones de conflicto entre los diversos poderes– haciendo uso de la regla mayoritaria. Madison, particularmente preocupado por asegurar la estabilidad de un sistema político al que consideraba fundamentalmente frágil, pareció indignarse frente a la sugerencia del autor de las "Notas para el Estado de Virginia". Contra este ultimo, y en lo que hoy se conoce como el escrito n. 49 de los papeles de "El Federalista", Madison presento tres argumentos principales.

En primer lugar, Madison sostuvo que si los principales conflictos entre poderes tuvieran que ser resueltos a partir de una convocatoria popular, los mismos iban a tener un final previsible. En su opinión, dado que la Cámara legislativa era la rama del gobierno "más popular", resultaba obvio que cualquier convocatoria al pueblo contaba ya con una respuesta fija de antemano: el pueblo siempre tendería a inclinarse a favor de la rama que veía más cercana a sus intereses. Por lo tanto, sostenía Madison, la insistencia en el recurso al pueblo, para estos casos, era irrazonable. En segundo lugar, Madison afirmaba que la obsesión con la convocatoria al pueblo debía dejarse de lado si la misma podía poner en riesgo –como él presumía– a la propia estabilidad del gobierno democrático. En su opinión, las convocatorias frecuentes a la ciudadanía iban a socavar la legitimidad del gobierno –de cualquier gobierno. Finalmente, él alegaba que un reclamo como el formulado por Jefferson era irrazonable porque conlleva el riesgo de "encender las pasiones populares". Nuevamente, el argumento era que, en momentos de debilidad institucional como los que se vivían –y, podríamos agregar, como los que todavía se viven en una multiplicidad de naciones–

argumentos democráticos como los referidos se tornaban inaceptables, porque favorecían el surgimiento de nuevos conflictos, tensiones y divisiones dentro de la sociedad. Ello, cuando lo que más se precisaba era lo contrario, esto es, insistir con aquellas medidas capaces de amalgamar a la sociedad.

Como resulta habitual, las sugerencias de Madison guardan mucho del mejor sentido común, y son –como lo fueron– capaces de ganar la adhesión de sectores importantes de la población. Pero la pregunta es si las razones que daba en aquel momento son lo suficientemente poderosas como para desplazar posibles argumentos en su contra. Y la respuesta no parece nada clara. El atractivo de los argumentos de Madison resulta a partir de que extreman los de su contrario. Pero, ¿por qué pensar que una iniciativa como la de Jefferson, destinada a reafirmar la autoridad soberana del pueblo, implica un desgastante proceso de convocatorias populares? ¿Por qué esa desconfianza en las virtudes del debate público y, finalmente, en las capacidades reflexivas de la ciudadanía? ¿Por qué decantarse naturalmente por las decisiones del gobierno, en caso de tensiones entre este último y la ciudadanía? En definitiva, la estabilidad no es valiosa a cualquier precio, y aun si fuera cierto que alguna convocatoria ciudadana estimula los conflictos sociales, ¿por qué no pensar –como sostuviera Jefferson– que el estallido de determinados conflictos puede resultar valioso para la salud cívica de la comunidad, y preferible a un estado de tensión latente?

Habiendo llegado hasta aquí, de todos modos, conviene explorar un último y prometedor argumento a favor de la prioridad del constitucionalismo. El argumento en cuestión es especialmente interesante porque se orienta directamente a reafirmar lo que los críticos del constitucionalismo más valoran, esto es, el principio democrático. Lo que este argumento señala, entonces, es que la misma preocupación por el valor de la democracia debe llevarnos directamente a reconocer la primacía del constitucionalismo. Ello, fundamentalmente, en la medida en que la Constitución establezca las condiciones que permitan que la democracia funcione como tal.

El argumento es importante y vale la pena examinarlo con algún detalle. Lo que aquí se hace es poner cabeza abajo una mayoría de las críticas democráticas examinadas hasta ahora. En efecto, lo que nos ocurría hasta aquí es que, cada vez que invocábamos un argumento en favor del constitucionalismo, nos encontrábamos frente a alguna variante del argumento democrático que venia a peguntarnos cuál es la razón para quitarle libertad a la comunidad, para impedirle que sea ella misma la que decida como

quiere organizar su vida futura. Si usted valora el autogobierno, se nos decía, no tiene alternativa a la de reconocer el carácter subordinado, dependiente, de la Constitución. Lo que se nos dice ahora, en cambio, parece realmente novedoso. Aquí se nos sugiere que, *justamente porque nos interesa defender el valor del autogobierno*, es que tenemos razones para defender la primacía de la Constitución. Más precisamente, se afirma aquí que el constitucionalismo no debe verse –como lo veíamos hasta aquí– como una forma de "atarle las manos" a la sociedad –una forma de quitarle libertad, de ahogar el autogobierno–. Más bien, y por el contrario, se nos dice en este caso que el constitucionalismo debe ser visto como una forma de *ganar o potenciar* nuestra libertad como comunidad.

El argumento en cuestión reconoce una presentación elegante y muy sugerente a través de la metáfora de "Ulises y las sirenas".[3] En el relato tradicional, Ulises, como capitán de su navío, les exige a sus marineros que lo aten al mástil de la embarcación, porque temía perder el control de la misma una vez enfrentado al canto de las sirenas. Al dar aquella orden, Ulises sabía que iba a perder control sobre sus impulsos más inmediatos –esperablemente, él se vería tentado a desviar su embarcación, e incapacitado así de llegar al destino que se había fijado inicialmente–, pero ello no lo llevo a desdecirse. Ulises tomó su decisión de modo consciente, convencido de que de ese modo –atado al mástil, inmovilizado– podría conseguir el objetivo que se había propuesto en un principio. Por lo dicho, cualquier descripción de tal situación que pretendiera presentar dicho acto como una "pérdida de libertad" por parte de Ulises resultaría insensata. Ulises, podríamos decir, ganó libertad en lugar de perderla, cuando se ató al mástil: fue así, en definitiva, cómo consiguió llegar al destino prefijado. La moraleja parece clara: contra lo que nos sugiere consistentemente el sentido común –atarse las manos es sinónimo de perder libertad–, lo que el ejemplo nos demuestra es lo contrario: en ocasiones, ganamos en libertad cuando nos limitamos. O, para decirlo de otro modo, hay limitaciones que liberan, ataduras que nos capacitan.

El traslado de esta metáfora al campo constitucional parece obvio: del mismo modo en que Ulises pudo ganar libertad, en lugar de perderla, al incapacitarse para ciertas acciones, una sociedad también puede expandir

[3] Ver Elster, John, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979. Ver también Holmes, Stephen, "Precommitments and the Paradox of Democracy," en Elster, John y Slagstad, Rune (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. 1998.

sus capacidades auto-imponiéndose determinados límites. Este sería el rol de la Constitución –el poner limites "capacitadores" sobre las facultades de autogobierno de la sociedad–. Reconociendo los riesgos de caer en tentaciones inadmisibles (oprimir a grupos minoritarios, censurar a la oposición), una comunidad actuaría tan racionalmente como lo hiciera Ulises si decidiera fijar, de una vez, ciertos límites irrenunciables, capaces de potenciar la propia libertad futura.

La propuesta es atractiva, al menos en un punto importante: ella nos ayuda a dejar de lado la visión habitual conforme a la cual toda limitación, aun auto-impuesta, debe ser vista como una afrenta al autogobierno. Se nos dice aquí, con razón, que cierto tipo de limitaciones puede ser compatible con, y aun necesario para, asegurar el autogobierno. Ahora bien, admitido este punto, corresponde preguntarse hasta dónde es que este argumento permite afirmar la victoria del bando del constitucionalismo por sobre el bando de los demócratas. Lo cierto es que, pese a la espectacularidad del ejemplo de Ulises, el mismo termina probando menos de lo que pretendía.

En efecto, enfrentados a consideraciones semejantes, los defensores del autogobierno podrían replicar que, en verdad, dicha metáfora sugiere bastante poco: en definitiva, los demócratas no objetan la posibilidad de que una comunidad se auto-imponga determinados límites, tal como lo hiciera Ulises. Lo que objetan es la posibilidad de que una comunidad exija que los límites que se auto-impuso se preserven firmes frente a las generaciones futuras –algo tan inaceptable como que Ulises le exija a su hijo que se ate al mástil como él lo ha hecho–. Esto es lo que rechazan los demócratas, y lo que el ejemplo de Ulises es incapaz de probar. Dicho ejemplo, en todo caso, prueba lo obvio: la racionalidad del auto-paternalismo, pero no avanza en lo que más les interesa a los constitucionalistas, esto es, la justificación de una comunidad para imponer sus normas sobre otras comunidades diferentes.

La comparación entre la situación de Ulises y la que enfrenta una comunidad que quiere dictar su Constitución también registra otro tipo de diferencia notable. Las sociedades son cuerpos numerosos –compuestos, muchas veces, por millones de personas– y, lo que es más grave, no es para nada esperable que todos ellos participen del dictado de su propia Constitución. De allí que merece guardarse una mayor prudencia cuando se quiere comparar la situación de Ulises, auto-imponiéndose normas, con la de la sociedad, queriendo hacer lo propio: en este último caso, lo esperable es que un (muy pequeño) sector de la sociedad determine cuáles son las nor-

mas que van a regir para todo el resto. De allí que, en este caso, ni siquiera tiene sentido hablar de auto-paternalismo. En prácticamente ningún caso es cierto que "la sociedad se dicta su propia Constitución": lo que allí llamamos "la sociedad" no son sus millones de habitantes, actuando de modo conjunto, sino una pequeña elite, por mas representativa y honesta que sea. Este hecho abre, entre otros, algunos riesgos notables, ausentes en el caso de Ulises. Bien puede ocurrir, por ejemplo, que dicho sector encargado de dictar la Constitución se incline por dictar normas más favorables para sí mismo que para todo el resto. Esto es, para continuar con la metáfora ya empleada, puede ocurrir que los encargados de dictar la Constitución aten las manos de toda la comunidad, dejando desatadas las propias –una posibilidad inimaginable para el caso de Ulises, pero bastante habitual, de hecho, en la historia del constitucionalismo moderno–.[4]

III. La igualdad como presupuesto común

Una manera de moderar los devastadores efectos de esta tensión entre constitucionalismo y democracia puede ser la siguiente: explorar las notas que reúnen a ambas ideas, antes que aquellas que las diferencian. En este sentido, creo que existe un camino atractivo que transitar, a través del recorrido por lo que aparece como uno (tal vez el principal) de los presupuestos comunes de ambas nociones, y que se vincula con la idea de igualdad. En efecto, no es difícil llegar a la conclusión de que si nos interesa el constitucionalismo y si nos preocupa la democracia, ello se debe, ante todo, a que le asignamos un lugar importante a la idea de igualdad. Ello, en el sentido de que asumimos que todas las personas poseen una misma dignidad moral, y son iguales en cuanto a sus capacidades más básicas. Aprobamos el compromiso con el sistema democrático, justamente, porque rechazamos la idea de que existen clases de personas situadas –en sus conocimientos, en su intrínseca dignidad- por encima de todas las demás. Contra dicha propuesta, afirmamos que cada individuo tiene un igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad: todos merecen participar de dicho proceso decisorio en un pie de igualdad. Nuestro

[4] Años después de haber escrito *Ulises y las sirenas*, Elster advirtió la importancia y gravedad de esta posibilidad. Ver, por ejemplo, Elster, John, *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

compromiso con el constitucionalismo, del mismo modo, se desprende de este tipo de presupuesto igualitario. En efecto, queremos preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno llevar adelante su vida conforme a sus propios ideales; y queremos preservar una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás. La idea de igualdad, entonces, resultaría el fundamento último del constitucionalismo y la democracia.[5] La apreciación, cabe aclararlo, no parece descabellada cuando leemos algunos de los documentos esenciales en la materia, tales como la "Declaración de la Independencia" norteamericana –que reconoce en su primera línea la afirmación de que "los hombres son creados iguales"–; o la "Declaración de Derechos" francesa, que comienza haciendo una referencia a la libertad e igualdad que une a las personas.

La noción de igualdad presentada en las líneas anteriores responde, sin dudas, a una interpretación de entre las muchas posibles, de la idea de igualdad. Por ello, es importante que desde un comienzo especifique qué tipo de idea de igualdad es la que voy a tomar en cuenta de aquí en adelante. Ante todo, la noción de igualdad que tomo en cuenta se distingue por tener ciertos rasgos individualistas, en un sentido modesto del término: cada persona en sí misma nos resulta importante, a cada una de ellas merece asignársele un valor idéntico. Por otra parte, dicho compromiso con la suerte de cada persona implica, según entiendo, tratar a cada persona *como* un igual, más que tratar a cada persona igual: lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno.[6] Uno fallaría en su compromiso con la igualdad, en tal sentido, y por ejemplo, si no proveyera un tratamiento especial a la mujer en el ámbito del trabajo, en consideración de su embarazo; o no tomara medidas especiales para asegurar la protección de los intereses de la comunidad negra, luego de siglos de una indebida postergación alentada y mantenida por el Estado.

[5] Esta posición resulta obviamente tributaria de la sostenida por Dworkin. Ver Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977; Nagel, Thomas, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; o Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy: An Intruduction*, Oxford, Oxford University Press, 2001, en cuanto a que todas las teorías políticas plausibles reconocen como valor último el valor de la igualdad.

[6] Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 5; Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; y Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

Aunque son, evidentemente, muchas las formas posibles en las que pensar la idea de igualdad, en lo que sigue asumiré a la misma como vinculada con la perspectiva desarrollada en las últimas décadas por la filosofía política liberal igualitaria. Conforme a una lectura posible de dicha tradición, tratar a cada individuo como un igual conlleva una preocupación por asegurar que la vida de cada individuo dependa de las *elecciones* que cada individuo realiza, y no de las meras *circunstancias* en las que le toca nacer.[7] La vida de alguien resulta inapropiadamente definida por las circunstancias en las que le toca nacer cuando, por ejemplo, el sistema institucional permite que algunos reciban beneficios y otros resulten perjudicados por hechos que son ajenos a su responsabilidad (por ejemplo, por el hecho de que hayan nacido en condiciones de pobreza o riqueza; por el hecho de que hayan nacido con ventajas o desventajas intelectuales o físicas; o por el hecho de que pertenezcan a tal o cual género o grupo racial). Por ello, la debida preocupación por la igual dignidad de cada una –una preocupación que debe ser constitutiva de todo sistema institucional equitativo– resulta entonces violada cuando el Estado, por ejemplo, legitima o refuerza, en lugar de confrontar, aquellas injusticias "naturales" – injusticias que son producto, como dice Rawls, del "azar de la naturaleza." El objeto final de la acción pública debe ser, entonces, el de asegurar que nadie tenga acceso a un peor sistema educativo, a un peor servicio sanitario, o a un peor proceso educacional, por razones que son ajenas a su control. El objetivo final, en definitiva, es que el sistema institucional no distribuya "premios y castigos" en razón de factores *arbitrarios desde un punto de vista moral*, sino en razón de las elecciones que cada uno realiza.

Esta posición –conforme a la cual la vida de cada uno depende fundamentalmente de las decisiones de cada uno– aparecerá en lo que sigue como "ideal regulativo," o "punto de reposo" de muchas de las consideraciones que presente. Dicho ideal, conforme iré dejando en claro, será interpretado de un modo particular, asumiendo lo siguiente. En primer lugar, que tal ideal puede resultar violado tanto por acciones como por omisiones del Estado o, en ciertos casos, de otros particulares. En tal sentido, y por ejemplo, asumiré que el Estado no cumple con sus deberes de asegurar a todos un igual trato cuando meramente se abstiene de actuar, en una situación en donde algunos gozan de ventajas frente a los demás, y las

[7] Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971; y Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, nota 5.

mismas resultan ya sea de su buena fortuna, ya sea de previas acciones indebidas del Estado (por ejemplo, una indebida concesión de derechos, como la que podría resultar de una asignación de tierras que se hiciera sin consideración de los reclamos igualmente legítimos que otros individuos pudieron haber tenido en ese momento; o la concesión de licencias realizada sin atención a los intereses fundamentales de los demás). En segundo lugar, la idea de "respetar las decisiones de cada uno" la tomo como incompatible con la de asumir como "dadas" las pretensiones de cada uno. Para decirlo de otro modo, considero aquí que es muy habitual que nuestras pretensiones sean simplemente un reflejo de una estructura cultural conformada a partir de prejuicios, abusos y privilegios injustificados, por lo que el respeto por las decisiones de cada uno requiere, al menos, de un previo proceso de información y reflexión crítica sobre la propia situación de cada uno, y sobre sus relaciones con los demás y con el Estado. En tercer lugar, considero que el ideal de respetar a todos por igual, a pesar de su contenido individualista, no implica negar la posibilidad de tomar acciones en favor de colectivos determinados. Típicamente (y conforme a los mismos ejemplos arriba citados), en una sociedad en donde el estatus de la mujer o de alguna minoría racial se encuentra perjudicado por previas acciones u omisiones del Estado (como quien impidió a través de las leyes que dictaba que aquellos accedieran a estudios adecuados o a posiciones públicas de poder), el compromiso con el trato igual requiere de la toma de decisiones orientadas a remediar la situación de los colectivos indebidamente perjudicados. En tal sentido, el Estado no actuaría de un modo "debidamente neutral" frente a todos, si permitiera que la suerte de determinados individuos empeorara en razón de su pertenencia a determinados grupos previamente perjudicados por el activismo estatal.

IV. Igualitarismo y democracia

Una vez que reconocemos el valor último de la idea de igualdad, nos encontramos en mejores condiciones para proseguir nuestros estudios. En particular, y en lo que sigue, quisiera dedicarme a aclarar algunas ideas vinculadas con el compromiso democrático. Al respecto, y en primer lugar, me interesa *afirmar que la superioridad moral de la democracia no significa que debamos situar en el mismo plano a toda expresión de la voluntad ciudadana.* En efecto, para quienes asumimos que todos somos fundamentalmente iguales –y que nadie tiene, por tanto, el derecho de arrogarse el poder de decidir en nom-

bre de otro u otros– las *expresiones más directas* de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentren más mediadas institucionalmente. En tal sentido, y por ejemplo, tenemos razones para adjudicar mayor legitimidad democrática a la decisión de una legislatura que a la decisión de un juez; o a la decisión del Presidente que a otra tomada por un funcionario ministerial nombrado por él (lo cual no niega, por supuesto, que coyunturalmente podamos estar "más de acuerdo" con las últimas que con las primeras). Del mismo modo, las decisiones tomadas directamente por la ciudadanía merecen ser jerarquizadas por encima de las que pueda adoptar la misma legislatura que la represente (ello, contra lo que pudieron decir los propios "padres fundadores" en la Argentina o en los Estados Unidos).

Por otra parte, cuando reconocemos que nuestra racionalidad es limitada, no podemos sino asumir que todos y cualquiera de nosotros puede equivocarse en sus juicios y razonamientos, y que habitualmente no alcanzamos a manejar toda la información que necesitaríamos para decidir bien. De allí que no podamos considerar que todas las decisiones tomadas en respeto de la regla mayoritaria sean idénticas.

Porque respetamos a todos por igual, y *porque* asumimos que nadie tiene el conocimiento suficiente como para decidir en nuestro nombre (es decir, porque asumimos que todos podemos equivocarnos), es que necesitamos escuchar a todos los demás, y corregir nuestros juicios mutuamente. Cuanto menos oportunidades nos demos para llevar adelante este proceso de mutua clarificación, más riesgos correremos de decidir mal, esto es, a partir de *errores, prejuicios o falta de información*. Esto parece explicar por qué los gobernantes más autoritarios suelen ser los que más se entusiasman con las invocaciones a las mayorías; por qué Pinochet en los 80, o Fujimori en los 90 convocaron alegremente a la celebración de plebiscitos destinados a ratificar su presencia en la cúspide del poder (como lo hiciera, también, el ex gobernador Eduardo Duhalde en la provincia de Buenos Aires). Ocurre que, si se restringe la circulación de información y opiniones críticas, mientras se insiste con la propaganda en favor de quien está en el poder (como hicieran cada uno de los nombrados); si se prohíbe la existencia de sindicatos o partidos políticos (como ocurriera durante el régimen de Pinochet); o se permite que el debate público esté controlado por el poder y el dinero, luego, las posibilidades de que el convocante obtenga una victoria en la compulsa electoral se incrementan de un modo obvio. Así, quedamos sujetos a la peor situación posible: la autoridad de turno puede mostrar al mundo su autoridad reluciente, y fortalecida por la legitimación popular.

Por advertir lo anterior, es que quienes defienden un compromiso radical con la democracia tienen la especial responsabilidad de tomarse en serio el diseño de las reglas capaces de darle sentido al mismo.

Lo dicho lleva implícito una reflexión de teoría de la democracia, orientada a distinguir entre distintas formas en que es posible concebir a la misma. En particular, las consideraciones recién avanzadas implican el rechazo a una idea que tiene mucho predicamento dentro de los estudios de la democracia (vinculada con lo que se ha dado en llamar la concepción *pluralista* de la democracia[8]), y que sostiene o simplemente asume que el sistema político debe encargarse, fundamentalmente, de agregar las diferentes preferencias existentes dentro de la sociedad, para poner en practica aquellas que cuentan con mayor respaldo. Contra dicha visión, aquí se procura distinguir –como ya sugiriéramos– entre la *agregación* y la *transformación* de preferencias.[9] Lo que se afirma es que, justamente a partir de la señalada necesidad de no tomar como dados los errores, prejuicios o falta de información de cada uno, la democracia debe ser concebida como un ámbito destinado primordialmente a facilitar la reflexión crítica. Esta afirmación merece entenderse en un sentido fundamentalmente modesto: lo que se quiere significar es que el *status quo* no merece un tratamiento deferencial, por el hecho de serlo. Ello, en particular, cuando –tal como ocurre en una mayoría de sociedades modernas– las condiciones iniciales en las que se desarrolla la política no parecen especialmente justificadas.

La posición anterior, favorable a concebir la democracia como un proceso orientado a la "transformación" de preferencias, se ve reforzada por una multitud de estudios psicológicos que muestran de qué modo las decisiones y acciones de las personas resultan moldeadas a partir de las normas (jurídicas, sociales) que enmarcan la vida de cada uno.[10] Sin necesidad de abrir juicios acerca del grado de justicia e injusticia de las instituciones actuales resulta claro, al menos, que las sociedades modernas se han edificado sobre la base de múltiples e inaceptables injusticias, que incluyeron medidas racistas, sexistas y xenófobas, entre otras. De allí que haya razones adi-

[8] Ver Dahl, Robert A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1956.

[9] Sunstein, Cass, "Preferences and Politics", *Philosophy and Public Affairs*, año 1991, vol. 20, núm 1, pp. 3-34.

[10] Ver, por ejemplo, Sunstein, Cass, *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 38. Una buena colección de textos al respecto en Sunstein, Cass (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

cionales para someter a un proceso de examen crítico las posiciones iniciales de cada uno. Ocurre que, por ejemplo, es dable esperar que luego de largas décadas o siglos de racismo, muchas personas de color hayan desarrollado una visión muy degradada acerca de sus propias capacidades. Del mismo modo, es esperable que luego de una larga época en que se les privaba del voto o del mismo derecho a trabajar, muchas mujeres hayan comenzado a verse a sí mismas como incapaces de desarrollar tareas para las que están perfectamente calificadas. Así también, en contextos como los citados, es dable esperar que muchos empleadores o dirigentes políticos desarrollen visiones prejuiciadas acerca de aquellos grupos, y acerca de los derechos y obligaciones que pueden corresponderles. En definitiva, en una mayoría de casos, y muy especialmente frente a situaciones como las descriptas, caracterizadas por largos años de injusticia, tiene sentido poner en tela de juicio al *status quo*, y organizar conforme a dicho criterio a las instituciones democráticas. En otros términos, en situaciones como las citadas la democracia no merece ser pensada, meramente, como un instrumento orientado a la agregación de preferencias –un instrumento encargado en convertir las injusticias históricas en injusticias legitimas–.

Del mismo modo, consideraciones como las anteriores, que asumen el igual valor de cada individuo, tienden a reafirmar el presupuesto milleano conforme al cual cada individuo es "soberano sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente".[11] Con Mill, reconocen entonces que cada persona es el mejor juez de sus propios intereses. Conviene aclarar que, al afirmar una idea como la citada, uno no queda comprometido con ninguna de las dos ideas siguientes: que uno siempre está en lo cierto, en lo que concierne a su propia vida (por ejemplo, que uno siempre escoge el mejor camino alternativo posible, cuando se encuentra en una encrucijada vital); y que los demás no pueden tener razón (y aun, ocasionalmente, más razones que nosotros mismos) al pronunciarse acerca de nuestras elecciones personales. Lo que se quiere afirmar, más bien, es que cada persona se encuentra excepcionalmente bien situada para reconocer cuáles son sus propios intereses, cuáles son sus deseos y temores, cuál es la intensidad con la que abraza o rechaza ciertas opciones. Esa posición privilegiada convierte a cada uno en el "mejor juez" de su propio destino, y hace presumir que, tendencialmente, nadie vaya a saber sopesar mejor que uno los propios intereses.

[11] Mill, John Stuart, *On Liberty*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Co., 1956, p.13.

Dicho presupuesto tiene implicaciones muy significativas en materia de filosofía política. Fundamentalmente, el mismo nos sugiere que los problemas colectivos deben ser discutidos colectivamente, si lo que se pretende es adoptar decisiones que traten a todos imparcialmente, esto es, según voy a asumir aquí, decisiones que sepan balancear adecuadamente los intereses de todos. Afirmar esto implica rechazar, por ejemplo, una postura muy habitual entre quienes se ocupan del estudio y diseño de sistemas institucionales, conforme a la cual la mejor garantía para la adopción de decisiones imparciales está dada por la reflexión individual, aislada, de algunas personas bien instruidas (típicamente, los jueces). Esta posición *monológica* –epistémicamente elitista, según el lenguaje de Carlos Nino–[12] es desplazada aquí en favor de una diferente, *colectivista*, que vincula la imparcialidad con procesos de reflexión colectiva.[13]

Esta posición es fundamentalmente *inclusiva* en cuanto sostiene que el mejor método para garantizar que ningún punto de vista sea ignorado o supra o sub-valorado consiste en asegurar la intervención –y en definitiva, la *presencia*–[14] de todos los *potencialmente afectados* por la decisión en juego[15] en el proceso de toma de decisiones. Esto es decir, se afirma aquí que en la medida en que el proceso de toma de decisiones tenga menos que ver con un proceso inclusivo, del que toman parte todos aquellos interesados en la decisión, y desde un lugar igual, menos razones va a haber para pensar que la decisión finalmente adoptada sea una decisión imparcial.

Por supuesto, no se afirma aquí que nadie puede ni debe hacer el esfuerzo para situarse en el lugar de los demás. Es claro que todos tenemos cierta capacidad para la empatía, y que es muy valioso hacer ese esfuerzo por reconocer y entender el punto de vista de los demás. Lo que se dice aquí es que una comunidad mejora las chances de adoptar una decisión imparcial en la medida en que escucha efectivamente a aquellas personas o grupos que pueden ser afectados por la decisión en juego.[16] O, en otros

[12] Nino, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

[13] Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996.

[14] Phillips, Anne, *The Politics of Presence*, Oxford, Clarendon Press, 1995; y Williams, Melissa S., *Voice, Trust and Memory*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

[15] Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 13.

[16] Phillips, Anne, *op. cit.*, nota 14; Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

términos, se dice aquí que una comunidad reduce los riesgos de ignorar o pasar por alto la consideración de ciertos intereses relevantes, dejando que los propios afectados tengan la oportunidad de hacer uso de la palabra, y explicar a los demás por qué sostienen la posición que sostienen.

Llegamos así, entonces, a otra consideración clave para caracterizar a la posición que aquí tomaremos como punto de referencia. Y ésta es la importancia de la *deliberación colectiva* a la hora de determinar de qué modo deben tomarse las decisiones frente a problemas de índole colectiva. La deliberación se defiende aquí, ante todo, en razón de que los procedimientos de discusión resultan, en principio, adecuadamente respetuosos del principio según el cual todos merecemos un igual respeto –el principio que nos dice que nadie tiene el derecho de arrogarse el poder de tomar decisiones sobre todos los demás miembros de la sociedad–. Pero concurren varias otras razones en defensa de un procedimiento dialógico. Por una parte, dicho procedimiento nos ayuda a conocer alternativas que de otro modo podríamos tener dificultades en conocer; nos ayuda, así, a corregir nuestras propias posturas; nos permite entender por qué los demás están de acuerdo o no con nosotros; contribuye a que conozcamos puntos de vista que podríamos haber ignorado simplemente en razón de prejuicios; favorece la consolidación de una práctica conforme a la cual las decisiones se toman por consenso, y no como resultado de la imposición arbitraria de algún grupo. Finalmente, los procedimientos de discusión nos fuerzan a dar razones acerca de por qué defendemos una posición u otra. Si no lo hacemos –si decimos simplemente– "defiendo esta posición porque sí," o "porque me conviene a mí," seguramente tendremos dificultades en ver nuestra propuesta aprobada. Por supuesto, la discusión no hace un llamado a la hipocresía –a que cada uno indague, estratégicamente, de qué modo puede agradar o persuadir a los demás– aunque algunos vayan a hacer un uso meramente manipulativo de los argumentos. De lo que se trata es de reducir ciertos riesgos finalmente presentes en cualquier procedimiento de toma de decisiones, a la vez que proveer de mayores incentivos y posibilidades a alternativas que se consideran valiosas.

Lo dicho no implica entonces una defensa dogmática ni incondicional de la discusión: un debate del que algunos sectores se encuentren sistemáticamente excluidos; en donde la distribución de la palabra depende del dinero o capacidad de influencia de cada uno; en donde el uso de la palabra queda disociado de la toma final de decisiones, no es un debate que merezca mayor atención. Del mismo modo, defender la deliberación no implica sostener que la misma implica –o debe implicar, para tener senti-

do– el logro de un consenso unánime entre los participantes; o creer que un previo proceso deliberativo garantiza la imparcialidad final de la decisión en juego: lo que se mantiene, más bien, es que la deliberación es un procedimiento justificado, y capaz de favorecer una dinámica colectiva valiosa. Finalmente, la defensa de la deliberación no implica sostener la idea de que la deliberación va a llevar al logro de acuerdos armónicos, más que a la revelación o estallido de conflictos.[17] La deliberación puede generar tanto como disolver conflictos, y su sostenimiento se basa, en todo caso, en razones independientes, como las citadas más arriba.

V. Conclusión

En este trabajo, exploramos el conflicto entre constitucionalismo y democracia, y analizamos también una posible salida en torno al mismo, a través del valor de la igualdad. Ambos ideales –el del constitucionalismo y el de la democracia– encuentran allí su fundamento último, y la razón que les da sustento.

VI. Bibliografía utilizada

BREAD, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, Macmillan. 1913.

DAHL, Robert A., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1956.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

_____, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

_____,*Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

ELSTER, John, *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

_____, *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

[17] Przeworski, Adam, "Deliberation and Ideological Domination", en Elster, John (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen, Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy, Cambridge, MIT Press, 1996.

HOLMES, Stephen, "Precommitments and the Paradox of Democracy," in Elster, John and SLAGSTAD, Rune (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. 1998.

KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy*: *An Intruduction*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

_____, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, Indianápolis, Bobbs-Merrill Co., 1956.

NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

NINO, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

PHILLIPS, Anne, *The Politics of Presence*, Oxford, Clarendon Press, 1995; y Williams, WILLIAMS, Melissa S., *Voice, Trust and Memory*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

SUNSTEIN, Cass, "Preferences and Politics", *Philosophy and Public Affairs*, año 1991, volumen 20, núm 1.

_____, (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

_____, *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

WILLIAMS, Melissa S., *Voice, Trust and Memory*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

CAPÍTULO 56

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Riccardo GUASTINI*

SUMARIO: I. *¿Especificidad de la interpretación constitucional?* II. *Los intérpretes de la Constitución.* III. *Interpretación, aplicación y ponderación de principios constitucionales.* IV. *¿Cuestiones de interpretación constitucional?* V. *Interpretación y construcción en el juicio de legitimidad constitucional.* VI. *Bibliografía recomendada.*

I. ¿ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

1. *Introducción*

Es una idea ampliamente difundida en la doctrina que la interpretación de los textos constitucionales[1] es algo diferente de, e irreducible a, INTERPRE-

* Universidad de Genova, Italia. (Traducción de Piero Mattei-Gentili, Revisada por Jorge Luis Fabra Zamora).

[1] Con el vocablo "CONSTITUCIÓN" se denota habitualmente un conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos, incluso eventualmente las relaciones (ciertas relaciones fundamentales) entre Estado y ciudadanos, aquello que acertadamente se llama "Constitución en sentido material" (véase R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, p. 153 y ss.). Pero las normas en cuestión pueden ser tanto consuetudinarias (es el caso, por ejemplo, del Reino Unido), como escritas y reunidas en un "código" constitucional (es el caso de casi la totalidad de los estados contemporáneos). Entonces, dado que la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, cuando se habla de interpretación constitucional, la Constitución en cuestión no puede ser más que una Constitución escrita, una Constitución "formal", como ciertamente se dice. En efecto, la interpretación de una Constitución escrita y la "interpretación" de una Constitución consuetudinaria son cosas del todo heterogéneas. Cuando se trata de una Constitución consuetudinaria, aquello que llamamos "interpretación" consiste no en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento. Una costumbre, en última

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2011-2086.

TACIÓN la "normal" de las leyes y del resto de las FUENTES DEL DERECHO. Esto lo atestigua la existencia misma de una vasta literatura sobre la interpretación constitucional.[2]

---

instancia, no es otra cosa que un comportamiento humano, un comportamiento "regular" o habitual. Interpretar la costumbre constitucional quiere decir obtener normas del comportamiento habitual de los órganos del Estado, es decir, conjeturar que los órganos en cuestión se comporten en un cierto modo no por casualidad, o simplemente por hábito, sino con la intención de seguir una norma, que consideran existente y vinculante.

[2] La existencia misma de una importante literatura sobre la interpretación constitucional muestra cuán es difundida la idea de que la interpretación de un texto constitucional es cosa decididamente diferente de la interpretación de otros textos jurídicos (de la ley, en particular). En general, como ahora diremos, se supone que la interpretación de la Constitución exija métodos especiales, diferentes de aquellos normalmente utilizados en la interpretación de las leyes. Por otro lado, en la mayor parte de los casos esta idea es enunciada, pero no argumentada. En la vastísima literatura se puede ver por ejemplo: M. V. Tushnet (ed.), *Constitutional Law*, Aldershot, 1992, parte II; J.H. Garvey y T. Alexander Aleinikoff (eds.), *Modern Constitutional Theory. A Reader*, 3a. ed., St. Paul (Minn.), 1994, cap. II; S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, 1996; J. Goldsworthy, T. Campbell (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, 2002, III parte; E.W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, 2000, III parte, cap. 2; P. Häberle, *L'État constitutionnel*, Aix-en-Provence, 2004, pp. 125 y ss.; L. Prieto Sanchís, "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudioos Constitucionales*, núm. 9, 1991; J.J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, 1997; J.J. Moreso, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", en *Doxa*, núm. 23, 2000; P.E. Navarro, A. Bouzat, y, L.M. Esandi (eds.), *Interpretación constitucional*, Bahía Blanca, 1999; D. Mendonça, *Como hacer cosas con la Constitución. Una introducción al análisis constitucional*, Asunción, 1999; F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003, parte III; D. Mendonça y R.A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid-Barcelona, 2004; E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Interpretación constitucional*, México, 2005; M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, 2da ed., Bologna, 1988, pp. 39 y ss.; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 146 y ss.; A. Pace, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", en *Quaderni costituzionali*, 2001; A. Ruggeri, "Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale", en *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002; G. Bognetti, "Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica", en Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2002, *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004; F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005; P. Brunet, "Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle", en C. Grewe, O. Jouanjan, É. Maulin, P. Wachsmann (eds.), *La notion de "justice constitutionnelle"*, Paris, 2005; G.U Rescigno, "Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico", en *Diritto pubblico*, 2005, núm. 1; G. Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008; A. Vignudelli, *Interpretazione e costituzione. Miti, modi, e luoghi del pensiero giuridico*, Torino, 2011.

La tesis de la especificidad de la interpretación constitucional puede no obstante asumir dos formas distintas; puede asumir la forma de una tesis descriptiva, o en cambio, la de una tesis prescriptiva.[3]

(i) La tesis descriptiva consiste en que la interpretación de los textos constitucionales es, *de hecho*, algo diferente a la interpretación de las leyes: o bien porque (a) los intérpretes de la Constitución son diversos, o porque (b) las constituciones sacan a la luz problemas interpretativos *sui generis*, o porque (c) las constituciones son comúnmente interpretadas adoptando métodos hermenéuticos particulares a sí mismos.

(ii) La tesis prescriptiva señala que en la interpretación de los textos constitucionales *se deben* utilizar métodos o técnicas de interpretación diferentes de aquellos que convienen a la interpretación de la ley.

2. *La tesis descriptiva*

Se puede hacer hipótesis de que, de hecho, la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación de la ley bajo tres distintos perfiles (otros no los podría imaginar):

(a) Los intérpretes (los agentes de la interpretación);
(b) Los métodos interpretativos,
(c) Los problemas de interpretación.

En otras palabras, puede darse que la Constitución, a diferencia de las (otras) leyes, se encuentre sujeta no a la interpretación judicial (de los jueces comunes), sino a la interpretación de otros agentes. Puede darse que en la interpretación de los documentos constitucionales sea comúnmente adoptadas técnicas interpretativas específicas, diferentes de aquéllas que se utilizan para la interpretación de las leyes. En fin, puede darse que los textos constitucionales saquen a la luz problemas interpretativos diferentes de aquellos ordinarios, que nacen de la interpretación de las leyes.

A los intérpretes de la Constitución está dedicada la sección segunda de este trabajo. A dos técnicas características de la interpretación constitucional –la concretización y la ponderación de principios– está dedicada la tercera sección. La cuarta sección está dedicada a ciertos (presuntos) pro-

[3] Esta distinción es, aún en su banalidad, de gran importancia porque en la literatura sobre la interpretación (casi) nadie distingue entre cuestiones de hecho, y cuestiones normativas o de valor.

blemas de la interpretación constitucional. Para terminar, la sección quinta examina algunas operaciones interpretativas típicas y nomopoiéticas de los jueces constitucionales.

3. *La tesis prescriptiva*

En verdad, casi todos los discursos que, tan frecuentemente, se encuentran sobre la especificidad de la interpretación constitucional son discursos prescriptivos; en ocasiones, inconscientemente prescriptivos.[4]

Frecuentemente estos discursos se distinguen por su extrema oscuridad, vaguedad, y total inconclusividad. Quien lee bien comprende que, según tal o cual autor, en la interpretación constitucional se deben utilizar métodos interpretativos peculiares autónomos –a lo mejor distintos del método "literal", generalmente despreciado– pero comúnmente no comprende jamás en qué consisten concretamente tales métodos.[5]

La especificidad metodológica de la interpretación constitucional es a menudo argumentada, en modo prescriptivo, con alguna de la siguientes tesis:

(a) Los textos constitucionales –dicen algunos– son diferentes de cualquier otro texto jurídico porque no se limitan a formular "reglas", sino que proclaman "valores", establecen "principios", designan programas políticos a los legisladores y a los gobernantes. Lo que quiere decir que los textos constitucionales son doblemente peculiares: peculiares por el contenido (principios y valores más que reglas), y particulares también por su formulación (dado que, se sabe, las disposiciones de principio y programáticas son afectadas por una grave forma de indeterminación).

Obsérvese, sin embargo, que no todas las constituciones contienen disposiciones de principios y/o enuncian valores. Han existido y existen constituciones que se limitan a dar "forma" al Estado, regulando simplemente

[4] No es poco frecuente que los juristas –por una extraña forma de analfabetismo lógico– se muestren simplemente incapaces de distinguir entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo. Ocasionalmente es posible encontrar a alguno que demuestre conocer la distinción, pero sorprendentemente rechaza la relevancia de la misma.

[5] Ejemplo paradigmático: el método como interpretación "por los valores", propagado en Italia, por, entre otros A. Baldassarre, del cual vease "Constituzione e teoría dei valori", en *Politica del diritto*, 1991; además "L'interpretazione della costituzione", en A. Palazzo (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001. Pero véase también F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, *op. cit*.

la formación, la competencia, y las recíprocas relaciones entre los órganos supremos constitucionales.[6]

Por otro lado, el expresar valores, principios, y programas políticos no es exclusivo de los textos constitucionales. Principios y valores, en otras palabras, pueden también ser formulados por las leyes "ordinarias", como usualmente sucede. En la mayor parte de los países europeos, por ejemplo, muchos principios generales y valores fundamentales del ordenamiento jurídico se encuentran depositados en los códigos civiles (piénsese en el principio de la autonomía contractual), o también penales (piénsese en el principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"). En el ordenamiento italiano, no es poco frecuente que un documento legislativo comience con la enunciación de los principios que lo inspiran. Y además, de acuerdo al pensamiento jurídico común, toda ley (e incluso, toda disposición legislativa), aunque no la exprese, al menos implica una *ratio* que para precisar un principio, un valor o un fin a perseguir.

(b) Los textos constitucionales –dicen otros– son diferentes de cualquier otro texto normativo por su objeto: las normas constitucionales regulan en última instancia "relaciones políticas" entre órganos del Estado, entre Estado y ciudadanos, indirectamente entre los partidos (en los ordenamientos democráticos).[7] Ahora bien, las relaciones políticas son materia fluida y mutable, dado que la Constitución exige un método capaz de adaptar incesantemente el contenido normativo del texto al cambio de las relaciones reguladas.

Al respecto se puede observar que: (i) las regulación de las relaciones políticas evidentemente no es una facultad exclusiva de las normas constitucionales (basta pensar en la relevancia política de las leyes electorales[8]); (ii) no todas las normas constitucionales regulan relaciones políticas y sólo relaciones políticas; (iii) la variabilidad es un carácter común a las relaciones políticas, a las relaciones sociales, a las relaciones económicas, a las relaciones familiares, a las relaciones personales, etcétera.

[6] Ejemplos paradigmáticos son: la Constitución federal de los Estados Unidos antes de la aprobación de la *Bill of Rights*; la gran mayoría de las constituciones francesas, incluso la vigente de la llamada Quinta República (cuya parte "sustancial" se encuentra recluida en reenvíos contenidos en el preámbulo, el cual sin embargo era considerado privado de flujo normativo sino hasta la decisión del Conseil Constitutionnel, *Liberté d'association*, del 16 luglio 1971).

[7] Véase por ejemplo. F. Pierandrei, "L'interpretazione delle norme costituzionali", en F. Pierandrei, *Scritti di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, 1965; A. Barak, "Constitutional Interpretation", en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, *op. cit*.

[8] Sin embargo nadie sostiene que las leyes electorales, no obstante su contenido "materialmente constitucional", estén sujetas a métodos de interpretación diferentes de aquellos que convienen a otras leyes.

En cualquier caso, la tesis prescriptiva que se está discutiendo se presta para un fácil contraargumento exquisitamente político: aun admitiendo que las relaciones políticas cambian y que por ende exigen una regulación siempre nueva, los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por la vía interpretativa[9]; la adaptación de la Constitución a la realidad (política, social, etc.) es trabajo de la enmienda [*revisione*] constitucional, no de la interpretación. ¿Por qué, en la inercia del "legislador constitucional", la renovación (actualización) de la Constitución debería cumplirse por vía interpretativa, por ciertos ciudadanos (los juristas) y/o por órganos que no obstante no son competentes para enmendar la Constitución (los jueces constitucionales)?[10]

(c) Otros aún sostienen que los textos constitucionales, a diferencia de las leyes, son promulgados para durar un largo tiempo, son dirigidos a dotar de una organización estable a los poderes públicos así como a las relaciones entre Estado y ciudadanos.[11] Además, éstos son difíciles de enmendar o sustituir. Por lo tanto, deben ser interpretados ("dinámicamente") de modo que puedan adaptarse a los cambios de la sociedad, incluso en ausencia de enmiendas constitucionales.[12]

Se comprende que un argumento este tipo ha sido desarrollado especialmente por la doctrina estadounidense; donde la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 y la *Bill of Rights* de 1791, son textos aún vigentes. Pero la historia constitucional (por ejemplo) francesa muestra que una Constitución no debe necesariamente permanecer en vigor por siglos, todo lo contrario.[13]

[9] Se puede sostener que, bien vista, la interpretación evolutiva constituye una violación de la Constitución, en particular, de sus normas que regulan justamente la enmienda constitucional. "Une loi ne devrait pas se modifier d'elle-même par le seul effet de l'évolution sémantique": P.-A. Coté, *Interprétation des lois*, 3ra ed., Montréal, 1999, p. 338.

[10] Ésta es una tesis recurrente, por ejemplo en la literatura estadounidense, entre los defensores del originalismo en la interpretación constitucional. Véase por ejemplo. A. Scalia, "Notes on the Judicial Interpretation of American Constitution", *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 1991-1992, pp. 48 y ss.

[11] Véase A. Barak, "Constitutional Interpretation", en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle, op. cit.*

[12] Aún desde esta perspectiva, como en el precedente, se puede objetar que los intérpretes no tienen el título para adaptar la Constitución vigente al cambio social en ausencia de enmiendas constitucionales.

[13] En la historia constitucional francesa se cuentan, salvo error, no menos de trece constituciones –1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1946, 1958– pero un solo código civil (1804), aunque haya sido enmendado. Véase, entre muchos, M.

Por el otro lado, no todas las constituciones son difíciles de enmendar: Han existido y existen aún constituciones flexibles (la mayoría de las constituciones del siglo XIX eran consideradas como tales); y también las constituciones rígidas no son todas rígidas en el mismo grado (la rigidez es, de hecho, un concepto cuantitativo: es decir, es cuestión de grado.[14])

Si se añade el hecho de que no es cierto que toda ley tenga un carácter provisorio, evanescente:[15] no es este el caso de, por ejemplo, muchos códigos civiles (comenzando, evidentemente, por el Código Napoleónico de 1804, aún vigente), que en ocasiones han sido destinados a durar incluso más tiempo que la Constitución.[16]

En todo caso, dejo al lector juzgar la plausibilidad y el peso de estos argumentos. Aquí importa notar que, considerando todos los factores, la disputa en torno a los métodos de la interpretación constitucional parece reducirse a dos oposiciones principales:

(i) Por un lado, la oposición entre una doctrina "literalista" y una doctrina "intencionalista";[17]

(ii) Por el otro, la oposición entre una doctrina "estática" y una doctrina "dinámica".[18]

Cualquiera de las doctrinas mencionadas, por supuesto, conoce no pocas variantes. Pero el punto interesante aquí es que se trata exactamente de las mismas doctrinas que desde siempre, en la historia de la cultura jurídica, han estado en disputa en materia de la interpretación *de las leyes*. Como tales, éstas no exigen un trato independiente.

Morabito, D. Bourmaud, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris, 1991. Véase también los volúmenes hasta ahora editados por la serie, publicada por Fayard, Paris, "Histoire des Constitutions de la France", y precisamente: F. Furet, R, Halévi, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791* [1996]; M. Troper, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795* [2006]; P. Rosanvallon, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830* [1994]; F. Luchaire, *Naissance d'une constitution: 1848* (1998).

[14] Véase R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, p. 177 y ss.

[15] *Cfr.* G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

[16] El mismo código civil italiano vigente, aun cuando marginalmente emendado, data del año 1942, con la Constitución de la República entrando en vigor el primero de enero de 1948.

[17] *Cfr.* por ejemplo B. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 2a. ed., London, 1999, capítulo XIV.

[18] J. Wróblewski, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", en *Archives de philosophie du droit*, vol. 17, 1972 (fascículo monográfico: *L'interprétation dans le droit*), y, J. Wróblewski, *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Juridica, 32, 1987.

II. Los intérpretes de la Constitución

1. *Introducción*

¿Quiénes son los intérpretes de la Constitución? Obviamente, cualquiera puede interpretar cualquier texto normativo, y por lo tanto también una Constitución: un juez, un abogado, un ciudadano común, etc. Pero, cuando uno se pregunta por los intérpretes de la Constitución, se busca identificar a sus intérpretes, por así decirlo, "privilegiados", aquellos sujetos cuya interpretación es "auténtica" en el sentido kelseniano,[19] es decir, que "cuenta" o produce efectos jurídicos.[20]

Ahora bien, de forma general, los intérpretes "auténticos" de todo texto normativo son los órganos competentes para aplicarlo: un tipo particular son aquéllos competentes para aplicarlos en última instancia, decir aquéllos cuyas decisiones interpretativas no puedan ser contradichas o revocadas por nadie.

Las leyes y los reglamentos son aplicados por la administración pública y, en último análisis, por los jueces (civiles, penales, administrativos, etc.): en particular, por los jueces supremos (en una u otra jurisdicción). Y bien, ¿se puede decir la misma cosa de la Constitución? La respuesta es que ello depende de diversas variables: la estructura de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, y la concepción política de la Constitución.[21]

[19] Kelsen utiliza la expresión "interpretación auténtica" en modo diferente al común; llama "auténtica" (no sólo a la interpretación realizada por el propio legislador mediante ley sucesiva, sino también) a la interpretación realizada por los órganos de la aplicación, para señalar el hecho de que –no diferente de los legisladores (cuando emana una ley interpretativa), pero a diferencia de la CIENCIA JURÍDICA– los órganos de la aplicación, interpretando, crean normas (individuales), y por lo tanto, en un sentido, crean nuevo Derecho. Véase H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto* [1960], Torino, 1966, cap. VIII.

[20] Aquello que O. Pfersmann llama la "interpretación orgánica" ("La notion moderne de constitution", en L. Favoreu (ed,), *Droit constitutionnel*, 3a. ed., Paris, 2000, pp. 113 y ss.).

[21] R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 271 y ss.; R. Guastini, "Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, 2006; R. Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, 2008. Otras particularidades de la interpretación constitucional desde el punto de vista de los intérpretes son analizados por M. Troper, "L'interprétation constitutionnelle", en F. Mélin-Soucramanien (ed.), *L'interprétation constitutionnelle, op. cit.*; M. Troper, "Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes", O. Pfersmann y G. Timsit (eds.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, 2001.

2. *El contenido de la Constitución*

La primera variable es el contenido de la Constitución. Debemos distinguir entre:

(a) Las constituciones que se limitan a diseñar la "forma del Estado", es decir, a regular la organización de los poderes estatales (su formación, su competencia, sus relaciones recíprocas, etcétera), y

(b) Las constituciones que también contienen disposiciones "sustanciales": una declaración de los derechos y/o de las disposiciones teleológicas, que formulan "principios" y programas políticos.

Ahora bien, evidentemente una Constitución "breve", que contiene sólo normas organizacionales, no es susceptible de aplicación jurisdiccional. Las normas en cuestión no disciplinan en modo alguno las relaciones (llamadas "verticales") entre ciudadanos y el Estado, y menos aún las relaciones sociales (llamadas "horizontales") entre los ciudadanos. Se dirigen exclusivamente a los órganos constitucionales supremos (el parlamento, el gobierno, el jefe de Estado, etc.); los únicos competentes para aplicar –y por ende, para interpretar "auténticamente"– la Constitución.

Solo una Constitución "larga", que contenga también normas "sustanciales", puede, en ciertas circunstancias, ser aplicada por los órganos jurisdiccionales. Pero ¿por cuáles órganos y en cuáles circunstancias exactamente? Esto nos conduce a la segunda variable.

3. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*

La segunda variable atañe a la garantía jurisdiccional de la Constitución y sus modalidades de organización. Ante todo, debemos distinguir entre:

(i) Las constituciones –flexibles o rígidas, poco importa– que no prevén un control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes (como, por ejemplo, la primera Constitución italiana, 1848; la Constitución francesa de la Tercera República, 1875; o la Constitución de los Estados Unidos, 1787, que sí era rígida, pero no tenía garantía, sino hasta la decisión de la Corte suprema en *Marbury*, 1803), y

(ii) Las constituciones –necesariamente rígidas– que prevén tal control, como del resto casi todas las constituciones contemporáneas.[22]

[22] Rigidez constitucional y garantía jurisdiccional de la Constitución no necesariamente van de la mano. La rigidez es condición necesaria de garantía (no puede ser garantizada una Constitución flexible), pero no suficiente (una Constitución rígida no por ello tiene una

Por otro lado, en el seno de las constituciones del segundo tipo (con garantía jurisdiccional), tenemos que distinguir también entre:

(ii.a) Las constituciones que organiza el control de sus leyes de forma "difusa" –todos los jueces están autorizados para pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de las leyes en ocasión de cualquier controversia sobre presentada a él o ella– como en los Estados Unidos, y

(ii.b) Las constituciones que organizan el control de forma "concentrada" ["*accentrata*"] –el poder de juzgar de la legitimidad constitucional de las leyes es reservado a un órgano especializado, un tribunal constitucional– como en la mayor parte de los países europeos.[23]

Cualquier Constitución (flexible o rígida) que no prevea alguna garantía jurisdiccional sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, evidentemente, no está sujeta a ninguna aplicación jurisdiccional. Poco importa su contenido, si también incluye una declaración de derechos y normas de principio y/o programáticas, la aplicación de la Constitución entera es competencia exclusiva de los órganos supremos constitucionales, por lo tanto, de órganos políticos. Su interpretación de la Constitución[24] es "auténtica", siempre en el sentido kelseniano, dado que no puede ser contestada o contradicha por nadie.

Por el contrario, cuando la Constitución tiene garantía jurisdiccional, hay que distinguir entre dos conjuntos de normas; las normas "formales" sobre la organización de los poderes públicos, y las normas "sustanciales" sobre los derechos.

En general, las normas de organización no pueden ser aplicadas si no es por los órganos constitucionales supremos.

---

garantía; es el caso de la Constitución federal estadounidense, antes de la decisión *Marbury* de la Corte Suprema [1803], así como de varias constituciones francesas).

[23] Y aún, en el seno de las constituciones que organizan el control de forma concentrada, tendríamos que distinguir posteriormente entre: (b.1) las constituciones que prevén un control "*a posteriori*", que se ejercita sobre leyes que ya están en vigor, como sucede en la mayor parte de los países europeos; y (b.2) las constituciones que, como la Constitución francesa (antes de la enmienda del 2008, sobre la cual véase por ejemplo P. Costanzo, *La "nuova" costituzione della Francia*, Torino, 2009, pp. 467 y ss.), prevén un control "*a priori*", que se ejercita sobre textos sin promulgar aún. Esta distinción es de hecho importante desde el punto de vista de la eficacia del control, pero no parece tener ninguna relación con el punto que nos interesa en este momento (es decir, la identificación de los intérpretes "auténticos" de la Constitución).

[24] O, mejor dicho, la interpretación de la Constitución que resulta de la interacción "política" entre estos órganos (*Cfr.* M. Troper, "L'interprétation constitutionnelle", *op. cit.*).

Sin embargo, en algunas constitucionales (en Italia y en Alemania, por ejemplo), el tribunal constitucional es competente para juzgar –además de la legitimidad constitucional de las leyes– también los "conflictos" entre los poderes del Estado, entre el parlamento y una autoridad jurisdiccional, etc. En estas condiciones, también las normas de organización son susceptibles de aplicación jurisdiccional, no por parte de cualquier juez, sino sólo por parte del juez constitucional.

Respecto a las normas sustanciales, que confieren derechos subjetivos y/o establecen principios generales, hay que distinguir ulteriormente.

(a) Si el control sobre leyes es concentrado, entonces sólo el tribunal constitucional es intérprete "auténtico" en última instancia de las normas constitucionales en cuestión.

Es cierto que tales normas son interpretadas (aunque sea solo implícitamente) también por el legislador en el momento en que aprueba una ley,[25] pero el tribunal constitucional tiene el poder de contradecir y de derogar la interpretación del legislador, declarando la ilegitimidad constitucional [*legittimità costituzionale*][*] de aquella ley. A su vez, la interpretación del tribunal constitucional no puede ser anulada por nadie. Una enmienda [*revisione*] constitucional ciertamente puede derogar su decisión de ilegitimidad constitucional[26], pero no su interpretación del texto; la enmienda constitucional consiste, precisamente, en cambiar, ya no la interpretación de la Constitución, sino su texto.

Además, hay que advertir que la misma enmienda constitucional no siempre logra anular la decisión del tribunal constitucional: sucede, de hecho, en algunos ordenamientos, que el tribunal constitucional se considere competente para juzgar, paradójicamente, la legitimidad constitucional –bajo el perfil sustancial– de las mismas leyes de enmienda constitucional.[27]

[25] Se supone que el legislador no *pretende* violar la Constitución, y que la viola, cuando la viola, no intencionalmente.

[*] *N. de. T.* También puede ser traducir por "constitucionalidad", es decir, si una norma legislativa o administrativa está acorde con los mandatos constitucionales. Para mantener la integridad del texto original y algunas figuras utilizadas por el autor, se dejó la traducción más literal.

[26] Dando vestimenta ("fuerza") constitucional –mediante el proceso de enmienda– a la norma de ley sostenida como constitucionalmente ilegítima por el tribunal constitucional.

[27] Aludo a la doctrina de los principios constitucionales "supremos" absolutamente inmodificables, sostenida, por ejemplo, por la Corte constitucional italiana. Véase Corte cost. 1146/1988. Una crítica de los fundamentos teóricos de este tipo de jurisprudencia, véase, M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001, cap. XIII.

(b) Por el contrario, si el control sobre leyes es difuso, entonces, en principio, todo juez es competente para aplicar las normas constitucionales en cuestión.

Sin embargo, dado que el control difuso se combina con el principio del precedente vinculante "vertical" del *common law*, como sucede (por ejemplo) en los Estados Unidos, la Corte suprema dispone prácticamente del mismo poder que el de un tribunal constitucional. De hecho, aún sí en principio una decisión suya de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] produce sólo efectos "*inter partes*", validos sólo para la controversia específica sobre la cual es pronunciada, su interpretación de la Constitución es al mismo tiempo vinculante para los jueces inferiores, que también estarán obligados a considerar inconstitucional la ley declarada inconstitucional por la Corte suprema.

4. *La concepción de la Constitución*

La tercera variable es el modo de concebir la función política de la CONSTITUCIÓN difundida en la cultura jurídica.[28] Hay que distinguir, en particular entre:

(a) La concepción (liberal clásica), sugerida por el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789),[29] según la cual, la función de toda Constitución es la organización, la distribución, y –en últimas, el análisis– la limitación del poder político, con el propósito de proteger las libertades de los ciudadanos, y

(b) La concepción (moderna, de hecho, contemporánea) según la cual, la función de la Constitución es organizar a la sociedad civil (y no solamente a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no únicamente las relaciones entre el Estado y los ciudadanos).

Ahora bien, la concepción clásica de la Constitución como límite del poder político implica la idea de que las normas constitucionales se dirigen sólo a los órganos del Estado, que de hecho ejercen las funciones políticas. Ésta implica, además, la idea de que las normas constitucionales "sustanciales" regulan solo las relaciones "verticales" entre Estado y ciudadanos, y nunca las relaciones "horizontales" entre ciudadanos. Esta concepción, en

[28] Véase M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione, op. cit.*

[29] "Una sociedad, en la cual no sea asegurada la garantía de los derechos y no sea efectiva la separación de los poderes, no tiene una Constitución".

otras palabras, excluye en línea de principio que las normas constitucionales puedan ser aplicadas por los jueces para resolver las controversias "inter-privadas" es decir, aquellas entre individuos particulares.

Por el contrario, la concepción que he llamado "moderna" –la idea, por así decirlo, de que la Constitución contiene un proyecto de "sociedad justa"[30]– favorece evidentemente la aplicación directa por parte de cualquier juez en cualquier controversia (la *Drittwirkung* de la jurisprudencia alemana). Por ejemplo, la Constitución proclama el "derecho inviolable a la salud"; el juez civil acepta una demanda de resarcimiento por un "daño biológico", o incluso "existencial", en cuanto a lesión de un derecho constitucional, si bien ello se encuentra expresamente previsto (o incluso, expresamente excluido) en el código civil.[31]

Una concepción de este tipo es la que hoy se difunde en el pensamiento jurídico occidental: Ésta encuentra argumento en el contenido de muchas constituciones contemporáneas, sobre todo en las posteriores a la segunda guerra mundial, que –junto a las normas de la organización política del Estado– incluyen, de hecho, principios generales y normas programáticas susceptibles de múltiples "concretizaciones" ["*concretizzazioni*"].[32]

5. *La "constitucionalización" del ordenamiento*

El punto de vista mencionado en el parágrafo precedente, según el cual la función de la Constitución es no sólo dar forma al Estado (organizar los poderes públicos y sus relaciones recíprocas), sino modelar la sociedad civil misma –dar forma por ende, no sólo a las relaciones políticas entre los órganos supremos constitucionales, sino a las mismas relaciones sociales entre individuos– es un potente factor de "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. Y es una constatación ya común entre los estudiosos que muchos ordenamientos jurídicos europeos han vivido un intenso proceso

[30] G. Bonetti, "Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica", Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2002, *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

[31] Aludo al Derecho italiano en materia de responsabilidad extracontractual para los daños así llamados "biológicos" y "existenciales". Un examen analítico de este Derecho se lee en E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, cap. VII.

[32] V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1985; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, 2a. ed., Paris, 1998; F.J. Laporta, "Filosofía del derecho y norma constitucional: una aproximación preliminar", en F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003.

de constitucionalización después de la Segunda Guerra Mundial,[33] ¿Pero en qué sentido exactamente?

La expresión "constitucionalización del ordenamiento jurídico" puede ser utilizada al menos tres significados.

(1) En un primer sentido –y es éste posiblemente el significado intuitivo más común– se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera Constitución *escrita* en un ordenamiento que anteriormente no tenía.[34]

(2) En un segundo sentido se habla también de Constitución para referirse a aquel proceso histórico-cultural que (entre el siglo XVII y el siglo XVIII) ha transformado en relación jurídica la relación existente entre los detentadores del poder político y las personas sujetas a tal poder.[35] Nótese, que este fenómeno es diferente del precedente, dado que no siempre el proceso en cuestión se ha resuelto en una *codificación* constitucional, es decir, en la adopción de una Constitución escrita.[36]

(3) En un tercer sentido, se habla hoy de constitucionalización para dar a entender ese proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente penetrante, invasiva, desbordante.

Es precisamente este sentido de la expresión la que nos interesa en el presente contexto. En un ordenamiento jurídico no constitucionalizado, las normas constitucionalizadas –conforme a las doctrinas del constitucionalismo clásico, siglos XVIII-XIX– tienen un rango de acción limitado: disciplinan los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y las relaciones recíprocas entre los órganos que se encuentran investidos con éstos), como máximo, determinan los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los

[33] *Cfr.* L. Favoreu, "La constitutionnalisation du droit", B. Mathieu, M. Verpeaux (eds.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, 1998; R. Guastini, "La 'costituzionalizzazione'" dell'ordinamento", en T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002.

[34] En este sentido algunos invocan la "constitucionalización" del Reino Unido (que, justamente, está privado de una Constitución escrita).

[35] *Cfr.* G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto, op. cit.*, p. 22.

[36] En este sentido, Inglaterra ha vivido un proceso precoz de constitucionalización, que no obstante no se tradujo en la adopción de un "código" constitucional.

poderes públicos, y nada más.[37] Por el contrario, en un ordenamiento constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, las relaciones privadas.[38]

En un ordenamiento constitucionalizado, se abandona de la cultura jurídica la tesis de que la Constitución –y en particular sus disposiciones de principio y programáticas– no es más que un tipo de programa o "manifiesto" político, cuya actuación y concretización es labor exclusiva del legislador (dado que las normas constitucionales se encuentran privadas de cualquier efecto jurídico inmediato, y no están sujetas a aplicación jurisdiccional). Por el contrario, la Constitución sí es un conjunto de genuinas NORMAS JURÍDICAS, vinculantes para todos sus destinatarios y productivas de efectos jurídicos.

La legislación, por lo tanto, está condicionada por la Constitución en el sentido en que es ya es no más concebida como una actividad "libre en el fin", sino al contrario, como una actividad "discrecional",[39] dirigida para efectivizar la Constitución. Dicho de otro modo, el legislador no puede elegir libremente los *fines* a perseguir, sino puede únicamente elegir los *medios* más oportunos y/o más eficientes para realizar fines heterónomos preconstituidos; aquéllos establecidos en la Constitución.[40]

La jurisprudencia está condicionada por la Constitución en el sentido que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar directamente la Constitución en las controversias presentadas ante ellos, y no sólo las leyes (civiles, penales, etcétera).[41]

[37] Este rol es circunscrito por el Derecho constitucional es sobrentendido por el art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), citado anteriormente.

[38] Además, se podría agregar, el estilo doctrinal y la acción de los actores políticos.

[39] Análoga a la propia de la administración pública. De aquí nace la problemática del así llamado "exeso de poder legislativo", sobre el cual puede verse, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5ta ed., Padova, 1984, pp. 367 y ss. (Véase, además, DISCRECIONALIDAD).

[40] Trazos de este punto de vista se encuentran, por ejemplo, en F. Modugno, *L'invalidità della legge*, 2 vol., Milano, 1970.

[41] Según la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana (a partir, por lo menos, de la sentencia 122/1970), los derechos subjetivos garantizados por la Constitución –incluidos los derechos de libertad no son "derechos públicos" en el sentido de la doctrina alemana del siglo XIX, es decir, derechos dirigidos exclusivamente "contra el Estado"; al contrario, son derecho garantizados *erga omnes*, en confrontación frente a cualquiera. Esto significa que las normas constitucionales son aplicables no sólo en las controversias que oponen a un ciudadano frente a un poder público, pero también en las relaciones "interpretativas", entre ciudadanos. En consecuencia, todos los jueces tienen el poder –y el deber– de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias que tienen que juzgar.

Las mismas relaciones inter-privadas, en consecuencia, están condicionadas por la Constitución, en el sentido que las normas constitucionales regulan ya no sólo las relaciones "verticales" entre Estado y ciudadanos sino también las relaciones "horizontales" entre ciudadanos, es decir, las mismas relaciones "inter-privadas", como se suele decir.

De forma más general, en un ordenamiento jurídico constitucionalizado está difundida entre los operadores jurídicos (en jurisprudencia y en doctrina) la tendencia a la "sobre-interpretación" del texto constitucional. Me refiero a aquel conjunto de técnicas de interpretación –o, para decirlo mejor, de integración del Derecho– que consisten en manipular un texto normativo para así obtener gran cantidad de normas inexpresas.[42]

Toda Constitución es un texto (por más largo que sea) "finito", cumplido, limitado. Toda Constitución –es inevitable– contiene lagunas. En ese sentido, del todo banal (y pre-teórico), una Constitución nunca puede regular la totalidad de la vida social y política. Existe por lo tanto una amplia parte de la vida social y política que no se encuentra regulada, a nivel constitucional, por alguna norma jurídica. En este espacio jurídicamente "vacío"[43] –vacío, entiéndase bien, a nivel constitucional– toda conducta está "permitida";[44] el legislador, en particular, es libre de disponer en un sentido, o disponer en el otro, o de no disponer en absoluto. En los ámbitos que no están disciplinados por alguna norma constitucional una ley inconstitucional no es siquiera concebible: en el espacio vacío de Derecho constitucional la discrecionalidad política del legislador es sustraída de todo control jurisdiccional posible (por parte del tribunal constitucional), en ausencia de un parámetro de legitimidad constitucional.[45]

Ahora bien, la sobre-interpretación de la Constitución es una postura interpretativa que tiende en cambio a descartar que el Derecho constitu-

[42] Véase, sin embargo, U. Eco, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 1995. En referencia a la sobre-interpretación de textos normativos, véase F.J. Laporta, *El imperio de le ley. Una visión actual*, Madrid, 2007. Sobre la sobre-interpretación de la Constitución, se puede ver, por ejemplo, M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione, op. cit.*, pp. 75 y ss. Algunos ejemplos manifiestos de sobre-interpretación de la Constitución vigente en la jurisprudencia constitucional en R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi, op. cit.*, pp. 289 y ss.

[43] K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 371 y ss.; S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925 (ahora también en S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969).

[44] De forma más precisa: permitida en sentido débil, es decir, no prohibida.

[45] Es decir, una norma constitucional con la cual confrontar la ley para valorar la conformidad respecto de la Constitución.

cional sea lagunoso, y por lo tanto evita (previene) las lagunas constitucionales, o al menos elabora normas inexpresas para colmarlas. La sobre-interpretación permita la extracción de normas idóneas del texto para regular (básicamente) cualquier aspecto de la vida social y política.

Cuando la Constitución es sobre-interpretada no quedan espacios vacíos de –es decir, "libres" del– Derecho constitucional: toda decisión legislativa está pre-regulada (posiblemente, incluso minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional.[46] No existe, por ende, ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no hay espacio para alguna DISCRECIONALIDAD legislativa; no hay cuestión de legitimidad constitucional de la que se pueda decir que es sólo una *political question*, una cuestión puramente política, extraña a la cognición del juez de la legitimidad constitucional de las leyes.

III. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. *Introducción*

Si se observa la práctica interpretativa de los constitucionalistas y de los tribunales constitucionales, resulta evidente que la tesis de la especificidad metodológica de la interpretación constitucional –en cuanto a tesis descriptiva– es absolutamente infundada: banalmente falsa. En la interpretación de la Constitución comúnmente se utilizan exactamente los mismos métodos que se usan en la interpretación de la ley.[47] Con la única excepción de la interpretación llamada "adecuadora" o "conforme", la cual consiste en atribuir a un texto normativo un significado compatible con el de una norma (material o axiológicamente) superior; la interpretación adecuadora no es practicable sobre el texto constitucional por la obvia razón de que no se presentan normas (material o axiológicamente) superiores a las normas constitucionales.[48]

[46] *Cfr.* por ejemplo V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995.

[47] Véase los ejemplos citados en R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi, op. cit.*, pp. 277 y ss.

[48] Incluso cuando no faltan en la jurisprudencia y en la doctrina intentos torpes de interpretación adecuadora… "al revés"; es decir,, intentos, no de adecuar el significado de las leyes al significado (previamente decidido) de la Constitución, sino, al contrario, de interpretar la Constitución a la luz de la (de una o de la otra) ley, es decir, de armonizar el significa-

Sin embargo, es innegable que la concretización y la ponderación de principios, de la que ahora hablaremos son técnicas características –aunque no exclusivas– de la interpretación constitucional, latamente entendida,. No obstante, nótese que ni una ni la otra de estas dos operaciones son propiamente actividades interpretativas en sentido estricto, dado que una cosa es decidir el significado de una disposición que manifiesta un principio (interpretación propiamente dicha), otra cosa es concretizar el principio mismo (construyendo normas inexpresas), otra cosa aun es balancearlo con otros principios (para elegir el principio aplicable en presencia de un conflicto entre diferentes principios). Estas dos últimas operaciones pertenecen sobre todo al dominio de la "construcción jurídica", es decir, a la elaboración de normas inexpresas por parte de los intérpretes.

2. *Reglas* vs. *principios*

En la doctrina –y aún más en la teoría general del Derecho– es común decir que todo ordenamiento jurídico incluye dos tipos de normas, "reglas" y "principios" (ya sea sin adjetivos, o adjetivados ocasionalmente como "generales", y en otras como "fundamentales").[49] Pero ¿cómo distinguir entre principios y reglas? La distinción depende obviamente de los conceptos utilizados; del concepto de regla o del concepto de principio.

Ahora bien, se puede acordar que una regla es un enunciado condicional que conecta alguna consecuencia jurídica con una clase de hechos. "Si F, entonces G".

El concepto de principio, por el contrario, es algo más complicado, es, además, controvertido.[50] Se puede conjeturar que en nuestra cultura jurídi-

---

do de la Constitución con el significado (previamente decidido) de la ley. Véase por ejemplo; en la jurisprudencia italiana, Corte const. 138/2010 en el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo.

[49] Nótese, la distinción puede tener relevancia no sólo teórica, sino también dogmática, cuando existan (como sucede en el ordenamiento italiano) disposiciones de Derecho positivo vigente que, precisamente, hagan referencia a los principios como algo distinto del resto de las normas.

[50] La literatura sobre el argumento es vastísima. Me limito a señalar algunas contribuciones que, a mi parecer, revisten un especial interés. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2da ed., London, 1978; G.R. Carrió, "Principios jurídicos y positivismo jurídico", en G.R. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4a. ed., Buenos Aires, 1990, pp. 197 y ss.; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las*

ca se considera principio a toda norma que presente conjuntamente dos características:

(A) por un lado, que tenga carácter fundamental, y

(B) por el otro, que se encuentre afectada por una peculiar forma de indeterminación.[51]

A. *Los principios en cuanto normas fundamentales*

La primera –y esencial– característica respecta a la "posición" de las normas en cuestión dentro del ordenamiento jurídico o en un subsector de éste (un subconjunto de normas, como por ejemplo el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho penal, el Derecho administrativo o, incluso, el Derecho contractual, el Derecho electoral, el Derecho de ubicación de inmuebles urbano para uso de vivienda, etcétera).

Todo complejo de normas –unidas por un mismo objeto de disciplina– presupone o sobrentiende valores, decisiones políticas caracterizantes, ideas

---

piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona, 1996; G.B. Ratti, *Norme, principi e logica*, Roma, 2009, cap. III; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, capítulo III. (véase, además, NORMA JURÍDICA, y CONFLICTOS NORMATIVOS).

[51] Como decía, el concepto de principio es de hecho controvertido en la literatura. Posiblemente la única idea que todos los autores parecen compartir es que los principios son normas indeterminadas. No obstante, la indeterminación no es una característica suficiente para distinguir los principios de otras normas. Esto por al menos dos razones: (a) En primer lugar, en el lenguaje corriente de los juristas, el uso del vocablo "principio" tiene un evidente componente axiológico, que el concepto de indeterminación no captura en algún modo. Con este vocablo los juristas parecen referirse a normas –constitucionales, pero también de Derecho civil, penal, etc.– que ellos consideran en algún sentido "fundamentales", es decir, dotadas de una importancia especial desde el punto de vista axiológico (dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, o en un sector o subsector de éste, el Derecho civil, el Derecho penal, el Derecho de las obligaciones, el Derecho contractual, el Derecho de la prueba, etc.). La idea subyacente es que, desde el punto de vista valorativo, las normas jurídicas no son todas del mismo tipo; algunas expresan los valores ético-políticos que caracterizan la fisonomía –mejor, la identidad axiológica– del ordenamiento, y en este sentido son "supraordinadas" (axiológicamente supraordinadas) del resto. (b) En segundo lugar, la indeterminación –en particular la llamada "*open texture*", la vaguedad semántica– es una característica propia de toda norma jurídica, desde el momento en que toda norma está necesariamente formulada a través de de "términos generales clasificatorios" como se suele decir (técnicamente, predicados en sentido lógico, es decir, términos que se refieren a categórias). Es una ilusión formalista la idea de que sólo los principios son indeterminados, y que en cambio las "reglas" (es decir, el resto de las normas) tengan un contenido claro y preciso, susceptible de ser identificado por vía de la interpretación. Ahora bien, si todas las normas son indeterminadas, los principios deben ser indeterminados de algún modo especial, o al menos característico, que se trata de identificar.

de la justicia: por ejemplo, la igualdad entre los ciudadanos, la paz entre las naciones, la llamada certeza del Derecho (es decir, previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones propias y, además, estabilidad de las relaciones agotadas), la libertad contractual (o autonomía privada), la tutela de quien actúa de buena fe, y así se puede seguir ejemplificando. Y bien, dado un complejo de normas cualquiera (que puede también coincidir con todo el ordenamiento), se consideran principios aquellas normas que incorporan tales valores, sentimientos de justicia, decisiones políticas.

En el Derecho italiano, por ejemplo, el principio de tutela de la buena fe funda y justifica las disposiciones sobre el error como causa de anulación del contrato (art. 1428 cod. civ.), las disposiciones sobre los efectos de la simulación respecto a terceros y a los acreedores (art. 1415 y 1416 cod. civ.), las disposiciones que limitan la oponibilidad a terceros de la modificación o revocación de la fiscalía (art. 1396 cod. civ.). El principio de división de los poderes justifica la atribución al Parlamento de la función legislativa (art. 70 const.) y a la magistratura la función jurisdiccional (art. 102, párrafo 1, const.), etc. El principio de conservación de los actos negociales viciados funda y justifica las disposiciones sobre la conservación del contrato (art. 1419 cod. civ.), sobre la conversión del contrato nulo (art. 1424 cod. civ.), sobre la anulabilidad y la resolución del contrato plurilateral (art. 1446 y 1459 cod. civ.).

En suma, los principios son normas "fundamentales"[52] en cuanto son *fundantes y no fundadas*; es decir, dan fundamento, y no tienen fundamento en otras normas.[53]

(a) En primer lugar, son normas fundamentales en el sentido que dan fundamento y/o justificación axiológica (ético-política) a otras normas: usualmente, todo principio constituye el fundamento axiológico de una multiplicidad de otras normas.

[52] V. Crisafulli, "Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione* [1955], ed. Corregida y apliada por G. Crifò, 2 vols., Milano, 1990, vol. II, pp. 851 y ss. *Cfr.* C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 262: "En la estructura de los sistemas los principios son aquellas normas que son consideradas por el legislador, la doctrina y/o de la jurisprudencia como *fundamento* (en uno de los posibles sentidos del término; se hablara entonces de 'fundamento' político-ideológico, lógico-deductivo, axiológico, teleológico, o más genéricamente de "fundamento" justificativo) de un conjunto de otras normas ya emanadas o por emanar (los llamados principios programáticos)".

[53] Por ello mismo, si una norma está fundada, entonces no puede ser fundamental; será fundamental en cambio la norma de la cuál toma su fundamento.

(b) En segundo lugar, son normas fundamentales en el sentido en que no tienen y no exigen a su vez algún fundamento axiológico, alguna justificación ético-política, dado que son percibidas, en la cultura jurídica existente, como normas evidentemente "justas" o "correctas".

En otras palabras, los principios son normas que, ante los ojos de quien habla, revisten una especial "importancia", o aparecen como normas "caracterizantes" del ordenamiento o de una parte de éste, esenciales a su identidad o fisonomía axiológica. Piénsese, por ejemplo, en Derecho constitucional, en el principio de la división de poderes; en Derecho civil, en el principio de la autonomía privada; en Derecho penal, en el principio de "*nullum crimen, nulla poena sine legge*"; en el ordenamiento jurídico complexivo [*complessivo*], en el principio "*lex posteriori derogat priori*" o, aún, en el principio de no retroactividad de las leyes.[54]

B. *Los principios en cuanto normas indeterminadas*

La segunda característica respecta no a la posición de las normas en el sistema jurídico, sino al contenido mismo de las normas y/o su estructura lógica.

Un principio es una norma "indeterminada". Naturalmente, como hemos visto, toda norma jurídica es indeterminada, vaga, *open textured*, pero aquí –se puede sostener– tenemos que tratar con una indeterminación peculiar, que puede asumir al menos tres formas distintas:

(a) el caso abierto,

(b) la "derrotabilidad" o "derogabilidad" (*defeasibility*), y

(c) genericidad

a. Los principios en cuanto normas de caso abierto

Las reglas son normas con antecedente "cerrado" (o caso cerrado), mientras los principios son normas con antecedente "abierto" (o caso abierto),[55] en el sentido siguiente.

El antecedente (el caso) de una norma es cerrado cuando la norma enumera exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce

[54] Naturalmente, cualquiera de estos principios puede ser argumentado (y, en este sentido, ulteriormente "fundado"), pero sólo aduciendo razones de orden ético-político, y por tanto extrajurídicas.

[55] O de hecho, como piensan algunos, sin más, privados de caso; una norma privada de caso es una norma (no hipotética, sino) categórica (algo como "Se debe hacer X en cualquier circunstancia").

la consecuencia jurídica que esta misma dispone. Por el contrario, el antecedente (el caso) es abierto cuando la norma *no* enumera exhaustivamente los hechos en presencia de los cuales se produce una consecuencia jurídica correspondiente.[56]

En suma, el antecedente de una norma está cerrado en el mismo sentido en que pude decirse cerrada una enumeración exhaustiva (o taxativa), o abierto en el mismo sentido en que puede decirse abierta una enumeración meramente ejemplificativa.[57] Dada una norma que disponga "Si A o B, entonces Z", si se le considera como a caso cerrado, entonces está excluido que la consecuencia Z se encuentre conectada a hechos diferentes de A y B; si se le considera como a caso abierto, entonces A y B no agotan el conjunto de hechos a los que está conectada la consecuencia Z.

b. Los principios en cuanto normas "derrotables"

Las reglas son normas "no derrotables", mientras los principios son normas "derrotables" o "derogables" (*defeasible*).[58] Me explico.

Una norma es no derrotable (no derogable) cuando no admite excepciones o, mejor dicho, cuando no admite excepciones aparte de aquellas que eventualmente se encuentran establecidas de modo expreso en la norma misma o en otras normas del mismo ordenamiento. Por el contrario, una norma es derrotable cuando admite excepciones inexpresas, no establecidas en la norma misma ni en ninguna otra norma del ordenamiento, y por lo tanto totalmente indeterminada.

[56] Véase además el ejemplo del art. 3, fracción 1, de la Constitución Italiana, de la forma en que es interpretado por el juez constitucional.

[57] Pero nótese que, en general, la decisión respecto del carácter abierto o cerrado de una lista (o de la norma que lo contiene) tiene carácter discrecional, dado que depende de la interpretación. *Cfr.* G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 139 y ss. Un buen ejemplo (referido a una disposición que sin embargo no parece expresar un principio) es el siguiente: la jurisprudencia constitucional italiana, aún en ausencia de cualquier base textual, considera meramente ejemplificativo y no taxativo la lista de causas de exclusión del referéndum revocante, contenido en el artículo 75, fracción 2, const. (Corte const. 16/1978) en otras palabras, la Corte interpreta a la disposición en cuestión como una norma a caso abierto.

[58] *Cfr.* E. Alchourrón, "Sobre derecho y lógica" [1996], en *Isonomía*, vol. 13, 2000, 24. Véase también M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, 3a. ed., Torino, 2008, pp. 132 y ss.; G.B. Ratti, *Norme, principi, e logica, op. cit.*, especialmente, caps. V y VIII; por último también R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, cap. VI (y bibliografía citada).

Una norma derrotable no puede ser aplicada mediante un simple razonamiento deductivo del tipo "Los ciudadanos deben pagar el impuesto sobre la renta. Fulano es un ciudadano. Por lo tanto Fulano debe pagar el impuesto sobre la renta". De hecho, una norma que admite excepciones implícitas no especificadas *no* se aplica a *todos* los hechos a los que se refiere el antecedente (por ejemplo: la norma en cuestión no se aplica a todos los ciudadanos), tanto esto es así que el verificarse de uno de los hechos contemplados en el antecedente (el hecho de que Fulano sea un ciudadano) *no* es condición *suficiente* para que siga la relativa consecuencia jurídica.[59]

En Italia, por ejemplo, algunos sostienen que la norma constitucional que confiere al Presidente de la República el poder de reenviar las leyes a las Cámaras para una nueva deliberación, no se aplica (excepción implícita) a las leyes de rango constitucional. Otros sostienen que la norma constitucional (artículo 33, fracción 1), que proclama solemnemente la libertad de la ciencia y del arte, encuentra un límite en la "buena costumbre" y en el "orden público constitucional"; sostienen, en suma, que la libertad en cuestión no está garantizada sin excepciones (implícitas). La Corte constitucional ha sostenido que el art. 5o. del código penal - "Nadie puede invocar para excusarse la ignorancia de la ley penal" - está sujeta a la excepción implícita en virtud de la cual la ignorancia de la ley penal puede ser adoptada como excusante dado que ésta (la ignorancia) pudo haber sido inevitable.[60]

[59] Dicho de forma técnica, una norma derrotable no admite un razonamiento en *modus ponens*, ni admite el refuerzo del antecedente. Supongamos que se tenga que aplicar la norma "Los contratos deben ser cumplidos". (i) Si tal norma es una condicional no derrotable, ésta, en conjunción con la proposición "X es un contrato", se puede válidamente concluir (por *modus ponens*) "X debe ser cumplido". Por el contrario, si la norma es una condicional derrotable, tal conclusión *no* es permitida, dado que la norma está sujeta a excepciones (innominadas), ya que no todos los contratos deben ser cumplidos, la conclusión de un contrato no es condición suficiente para que subsista una obligación de cumplimiento. (ii) Además, si la norma es una condicional no derrotable, de ésta, en conjugación con la proposición "X es un contrato sacrílego", se puede válidamente concluir (por refuerzo del antecedente) "X debe ser cumplido" (como decir "los contratos sacrílegos son, no obstante, siempre contratos, y la norma no distingue"). Por el contrario, si la norma es una condicional derrotable, tal conclusión no está permitida, dado que la norma, de nuevo, está sujeta a excepciones (innominadas), ya que, nuevamente, la conclusión de un contrato no es condición suficiente para que exista una obligación de cumplimiento (la obligación podría no valer para contrato sacrílegos).

[60] Corte const. 364/1988.

c. Los principios en cuanto normas genéricas

Las reglas son normas (relativamente) "precisas", circunstanciadas, mientras que los principios son normas "genéricas",[61] en el sentido siguiente.

Una norma "precisa" –y por tanto una "regla"– es una norma inmediatamente susceptible de aplicación a casos concretos, una norma que puede ser utilizada como premisa mayor en un silogismo jurisdiccional ("Todos los asesinos deben ser castigados. Fulano es un asesino. Entonces Fulano debe ser castigado"). Una norma "genérica" –y por tanto un "principio"– es en cambio una norma que:

(a) en un aspecto, requiere la formulación de otras normas –que la "concreticen", le den "actuación" o "ejecución"– sin la cual no es apta para resolver casos concretos, pero

(b) por otro lado, puede ser ejecutada, exigida, o concretizada en modos muy diversos y alternativos.

Por ejemplo, supongamos que una norma constitucional estatuya que el jefe del Estado es el órgano elegido. Y bien, en primer lugar, una norma de este tipo no es aplicable en ausencia de otras normas que determinen las modalidades de elección del jefe del Estado; pero, en segundo lugar, las modalidades de elección del jefe del Estado pueden ser de lo más variadas (sin que el principio sea violado).

O incluso, tomemos una norma constitucional que confiera un "derecho social", como el derecho al trabajo o el derecho a la salud: se trata de una norma programática o teleológica, que recomienda al legislador el perseguir un cierto objetivo; si bien una norma así realizada requiere otras normas (legislativas) que den concreción al derecho conferido, pero del otro lado, evidentemente, el derecho en cuestión puede ser concretizado en modos muy diferentes.

Posiblemente –intencionalmente utilizo un tono dubitativo– se podría definir un principio como una norma que presente conjuntamente las dos características siguientes:

(1) tener carácter "fundamental" (en el sentido que se ha intentado precisar), y

[61] En la doctrina italiana se refiere a normas de este tipo cuando se discute sobre sentencias constitucionales "aditivas de principio". *Cfr.* G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

(2) tener un contenido indeterminado en una de las formas siguientes (ninguna de las cuales se identifica con la vaguedad que es propia de las reglas), es decir:

(2.1) tener un antecedente abierto, o

(2.2) ser derrotable, o

(2.3) ser genérico.

Pero hay que advertir que ninguna de estas tres formas de indeterminación puede realmente considerarse característica *exclusiva* de los principios. El Derecho está lleno de normas con antecedente abierto y/o derrotables y/o genéricas, que no obstante son comúnmente consideradas reglas, no principios. Ya que, al final, la sola peculiaridad de los principios, en cuanto normas distintas de las reglas, resta su posición en el ordenamiento jurídico, su carácter fundamental, su capacidad de justificar otras normas (que a su vez puedan ser reglas, pero también principios, por así decirlo, de rango inferior).

3. *Los principios en cuanto fruto de interpretación*

Ante lo ya dicho, habría que aclarar, en caso de que no fuese evidente, que el carácter fundamental o marginal de una norma, su carácter derrotable o no derrotable, posiblemente también la genericidad, y (en muchos casos) el carácter abierto o cerrado de un caso no son, digámoslo así, datos objetivos, preconstituidos a la interpretación. Por el contrario, dependen de la interpretación o son fruto de interpretación (entendida latamente).

El carácter fundamental de una norma depende evidentemente de un juicio de valor de los intérpretes. Es claro que puede tratarse de una valoración generalmente compartida (por la comunidad jurídica), pero el consenso no basta para hacerla objetiva o verdadera.

Por otro lado, la identificación del contenido de toda norma (de forma más precisa, de todo texto normativo) depende de la interpretación, y la interpretación[62] no es una actividad puramente cognitiva, presupone la adhesión a una u otra doctrina, la elección de uno u otro método interpretativo, ciertas ideas de justicia, etc.

En consecuencia, la identificación de una norma como regla o como principio (la adscripción de una norma a la clase de las reglas o a la clase de

[62] Con la única excepción de una interpretación no decisoria, sino puramente cognitiva ("científica" diría Kelsen), que se limite a ilustrar las diversas posibles opciones interpretativas, sin tomar partido por ninguna de éstas.

los principios) depende de la interpretación, y es por lo tanto una cuestión discrecional, en el sentido que, llevado a sus últimas consecuencias, todo enunciado normativo (o casi) puede ser considerado como formulación ya sea de una regla, ya sea de un principio.

Un ejemplo muy claro en este sentido es ofrecido por una disposición como la del art. 3o., fracción 1, de la Constitución italiana, el cual establece que todos los ciudadanos son iguales frente a la ley sin distinción de raza, sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Nada impide interpretar esta disposición como una regla,[63] a caso cerrado y no derrotable, con la consecuencia de considerar, sin más, inconstitucional cualquier ley que distinga entre ciudadanos sobre la base de uno u otro de estos criterios (sexo, raza, etc.), y de considerar no constitucional toda ley que distinga sobre la base de criterios diferentes de aquellos enumerados.

No obstante, acorde a la interpretación estándar de la Corte constitucional,[64] esta disposición expresa ya no una regla, sino un principio (a) con antecedente abierto y (b) derrotable. Dado que, por un lado, una ley puede ser inconstitucional por distinguir entre ciudadanos por razones diferentes a las expresamente enumeradas, por ejemplo la edad (antecedente abierto); por el otro, una ley puede ser no inconstitucional aun distinguiendo entre ciudadanos por una de las razones expresamente enumeradas, por ejemplo el sexo (derrotabilidad, excepción implícita).

Es verdad que la cláusula "condiciones personales" es omnicomprensiva, y permite considerar que la norma tenga antecedente abierto aún a la luz de la simple interpretación literal. Pero no existen bases textuales para sostener que la norma sea también derrotable; las excepciones implícitas (por las cuales, por ejemplo, en ciertas circunstancias una distinción sobre la base del sexo puede, a pesar de todo, ser constitucionalmente justificada) dependen enteramente de juicios de valor de los intérpretes.

La verdad es que cualquier disposición puede ser convertida en una norma con antecedente abierto y/o derrotable mediante los mecanismos interpretativos adecuados.[65]

[63] *Cfr.* por ejemplo, Corte const. 28/1957. En rigor, se trata no ya de una sóla regla, sino de bien siete reglas distintas, la primera prohíbe la discriminación acorde al sexo, la segunda prohíbe la discriminación de acuerdo a la raza, etc.

[64] A partir de los sesenta años. *Cfr.* por ejemplo, Corte const. 15/1960

[65] Pero, sin que por esto necesariamente se le considere un principio. Es conveniente repetir que la derrotabilidad no es característica exclusiva de los principios. En verdad, cual-

La técnica apropiada para hacer abierto el antecedente de una norma (para introducir en ésta excepciones implícitas) es la disociación, que consiste mucho simplemente en introducir, en la clase de casos (literalmente) considerados en el antecedente, distinciones "nuevas", no tomadas en consideración por la autoridad normativa, para restringir el campo de aplicación de la relativa consecuencia jurídica.[66]

4. *Construcción de principios inexpresos*

Los principios pueden ser clasificados en diversos modos bajo distintos puntos de vista. Sin embargo existe una distinción que reviste una importancia crucial: la distinción entre principios expresos y principios inexpresos.

Los principios expresos son aquellos que son primordialmente formulados en una disposición normativa especial (constitucional o legislativa), de la cual pueden ser extraídos (como cualquier otra norma) mediante interpretación.

Los principios inexpresos –fruto de construcción jurídica– son aquellos "privados de disposición",[67] es decir, no explícitamente formulados en ninguna disposición normativa (constitucional o legislativa), pero elaborados o "construidos" por los intérpretes. Éstos se derivan de los operadores jurídicos, ya sea de reglas singulares, o de un conjunto más o menos vasto de reglas, en ocasiones del ordenamiento jurídico en su totalidad.[68]

(i) De forma general, un principio inexpreso se infiere de una o más reglas –o, mejor dicho, se "construye" a partir de una o más reglas– mediante una *conjetura* en torno a la "*ratio*", a la razón de ser, al fin, de la regla o de las reglas en cuestión.

Así construido, el principio no es otra cosa que una norma de estructura teleológica –es decir, una norma que prescribe un fin a alcanzar (o un valor a perseguir) del tipo: "Se debe tutelar a quien actúa de buena fe en las rela-

quier disposición puede ser transformada en derrotable mediante la técnica de la disociación, como veremos inmediatamente.

[66] Véase R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi, op. cit.*, pp. 163 y ss.; R. Guastini, "Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008. Pero sobre la técnica de la disociación retornaré en su debido momento.

[67] La expresión es de V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *op. cit.*, 1984.

[68] En el párrafo siguiente veremos cómo.

ciones contractuales"– la cual constituye una justificación axiológica[69] de las reglas que se promulgan para alcanzarlo.[70]

Sin embargo, nótese que toda conjetura en torno a las razones del legislador tiene un carácter discrecional, y depende de valoraciones. Es extraño que una regla (observada y/o aplicada) responda a un fin unívoco y bien definido. Se puede asumir en abstracto que todo resultado que una regla es idónea para producir es la razón de ser de aquella regla. Si una determinada regla es idónea para producir conjuntamente dos resultados distintos, R1 y R2, se puede sostener que la *ratio* de la regla en cuestión sea, indistintamente, la realización de R1 como también la realización de R2.[71] La elección entre R1 y R2, como la *ratio* (conjetural) de la regla, es fruto de valoración (por ejemplo, una valoración de "razonabilidad").

Por ejemplo, se pueden atribuir indistintamente al menos dos fines a la regla (constitucional) italiana que exige la firma ministerial como condición de validez de todos los actos presidenciales (art. 89, fracción 1, const.): liberar al Jefe del Estado de toda responsabilidad jurídica y política, o garantizar un control gubernativo sobre los actos del Presidente. La regla (o, si se quiere, el principio) que estatuye la obligatoriedad de la acción penal (art. 112 const.) se puede ser justificada: o con el principio (más general) de igualdad frente a la ley (art. 3o., fracción 1, const.); o con el fin de perseguir todos los delitos, independientemente de cualquier consideración de utilidad; o con el fin de garantizar la NEUTRALIDAD política del ministerio público. Se pueden atribuir tres fines diferentes al art. 11, fracción 1, disp. preliminar del código civil (que expresa a su vez un principio, el de no retroactividad de la ley en general): garantizar la estabilidad de las relaciones consumadas, asegurar la tutela de los llamados derechos adquiridos, y garantizar a todos la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones. Una regla que establece un impuesto sobre la renta puede ser entendida como dirigida indistintamente a aumentar los ingresos del Estado, a redistribuir la riqueza, o (¿por qué no?) a desincentivar las actividades productoras de ingresos. Una regla penal puede ser entendida indistinta-

[69] O "fundamento". Véase *supra*, sección 2.

[70] G. Carcaterra, "Indizi di norme", en *Sociologia del diritto*, 2002, pp. 134 y ss.; G. Tuzet, "L'abduzione dei principi", en *Ragion pratica*, vol. 33, 2009, pp. 517 y ss.; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza, e ragionamento*, Roma, 2010, primera parte; G. Carcaterra, "Sulla logica della costruzione dei principi generali", en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. I, pp. 499 y ss.

[71] G. Carcaterra, "Analogia", en *Enciclopedia giuridica*, vol. II, Treccani Roma, 1988, p. 15.

mente como dirigida a la represión o, en cambio, a la prevención del comportamiento calificado como delito, o (¿por qué no?) como dirigida a incrementar la población carcelaria.[72] Y podría continuar ejemplificando.

Los últimos dos ejemplos ilustran muy bien lo que se decía antes a propósito del carácter valorativo de toda conjetura en torno a la *ratio legis*: es probable que a muchos les parezca "irrazonable" que el legislador quiera desincentivar la producción de ingresos, y que suene en cambio "razonable" que el legislador quiera redistribuir el ingreso producido; muchos sostendrán "razonable" el intento de reprimir ciertas conductas e "irrazonable" el querer aumentar la población carcelaria. Pero, obviamente, "irrazonable" e "irracional" son conceptos de valor.

(ii) En ocasiones un principio inexpreso es, en cambio, el resultado de un procedimiento de abstracción, generalización, o universalización a partir de reglas particulares.[73]

Supongamos que tenemos tres reglas estructuradas de la siguiente manera:

R1: Si A y B, entonces Z
R2: Si A y C, entonces Z
R3: Si A y D, entonces Z.

Las tres reglas estatuyen una misma consecuencia jurídica (Z) para tres casos moleculares diferentes pero con un elemento atómico en común (la circunstancia A). Se puede inferir –inductivamente, conjeturalmente– la regla más general, es decir el principio, según el cual todos los casos que comparte el elemento A deben tener la misma consecuencia jurídica:[74]

P: Si A, entonces Z.

El principio P, a su vez, permite inferir (deductivamente, en esta ocasión, por refuerzo del antecedente) un número indeterminado de reglas particulares[75], como por ejemplo:

[72] *Cfr.* E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 415.

[73] Es el mismo procedimiento intelectual a través del cual, por ejemplo en la cultura jurídica del *common law*, de una decisión individual y concreta se obtiene una norma general abstracta (la *ratio decidendi*).

[74] *Cfr.* G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, pp. 327 y ss.

[75] Bien dice U. Scarpelli ("Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica", en S. Caprioli, F. Treggiari (eds.), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Perugia, 1992, p. 39): "los principios

R4: Si A y F, entonces Z
R5: Si A y G, entonces Z
R6: Si A y H, entonces Z, etc.

Por ejemplo, de los artículos 1573 (el arrendamiento no puede estipularse por un tiempo superior a treinta años), 2097 (el contrato de trabajo no puede estipularse por una duración superior a cinco o diez años), etc. del código civil italiano, la jurisprudencia extrae el principio según el cual las relaciones obligatorias deben tener una duración limitada.[76] De lo que sigue, obviamente, que no solo el arrendamiento y el contrato laboral, sino cualquier otra relación obligatoria está sujeta a la misma disciplina (salvo que la ley no disponga algo diferente de modo expreso).

Otro ejemplo, extraído del Derecho civil italiano:

> El art. 1768 del cod. civ. dispone que el depositario debe utilizar en la custodia la diligencia del buen padre de familia, pero agrega: "si el depósito es gratuito, la responsabilidad por culpa es valorada con menor rigor". Una atenuación análoga de la responsabilidad es dictada por los arts. 789 y 798 del cod. civ. a propósito de la donación, y de los arts. 1710, 1812, 1821 del cod. civ. respecto del mandato gratuito, del comodato, del mutuo gratuito. De estas disposiciones se extrae inmediatamente un principio general: quien hace una prestación gratuita se encuentra sujeto a una responsabilidad menos rigurosa respecto a quien proceda correspondientemente. Entonces, pasando a un caso inexpresamente previsto, si alguien otorga gratuitamente información y ésta es errada, su responsabilidad tendrá que valorarse de modo menos severo, con base a una aplicación analógica de las normas previamente citadas[77].

(iii) En otras ocasiones un principio inexpreso es una norma que se supone instrumental para la actuación de otro principio (expreso): se asume la existencia de una norma en el ordenamiento jurídico bajo el argumento de que en ausencia de ésta el principio expreso sería ineficaz, y, así es elevada al grado de principio sin mucha argumentación. Obviamente, no todas las normas que son condición necesaria para la actuación de un principio pueden considerarse por ello existentes; y por el otro lado, cuando las normas en cuestión se afirman existentes, no por ello necesariamente tienen el valor de principios.

---

fungen de matrices y generadores de normas, para obtener con resultado a una interpretación ético-política de especificación algún principio en el contexto en que debe operar".

[76] *Cfr.* G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970, p. 7.

[77] P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 6ta. ed., Milano, 1983, p. 14.

Se encuentra un ejemplo en la jurisprudencia constitucional italiana en el tema de la igualdad de las partes en el proceso: la *par condicio* de las partes (o "paridad de las armas") es considerada por la Corte constitucional un principio, en ausencia del cual no encontraría plena actuación el derecho de defensa, que se encuentra en el art. 24, frac. 2, constitucional.[78]

5. *El uso de los principios en la interpretación del Derecho*

Los principios –sobre todo los principios expresos y, entre estos, la especie de aquellos de rangos constitucional– son utilizados en general para justificar una interpretación "adecuadora", para obtener así un ordenamiento generalmente armonioso.[79]

Supongamos que una disposición admita dos interpretaciones contradictorias, N1 y N2, tales que N1 se encuentre conforme a un principio y N2 sea opuesta a con éste. Bien, se hace una interpretación adecuadora interpretando la disposición en cuestión en el sentido de N1 y rechazando el sentido de N2,[80] aduciendo precisamente el argumento de que N2 es incompatible con el principio.

Se sostiene, en particular, que la interpretación de la ley, donde sea posible, debe ser adecuada a los principios constitucionales (de modo que, cuando es practicable una interpretación adecuadora, no existe razón para sacar a la luz cuestiones de legitimidad constitucional); que la interpretación de la ley regional (en la materias de competencia concurrente) deba ser adecuada, si es posible, a los principios fundamentales de la materia establecidos por leyes estatales; que la interpretación de los decretos legislativos delegados deba ser adecuada, donde sea posible, a los principios establecidos en la ley que delega.

En general, en el terreno de la interpretación, argumentar por principios consiste en hacer una apelación a una norma (expresa o inexpresa), de la cual se asume la "superioridad" –dependiendo el caso, material o mera-

[78] El art. 24, fracción 2, const. Siendo éste mismo una disposición de principio. *Cfr.* A. Pizzorusso, "Le principe d'égalité dans la doctrine et dans la jurisprudence italienne", en *Études et documents du Conseil d'État*, vol. 48, 1997, p. 459.

[79] E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale, op. cit.*, p. 443. Pero sobre la interpretación de adecuación tendremos que regresar.

[80] E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale, op. cit.*, p. 427: "En la interpretación los principios son utilizables para precisar, extender o restringir el significado de enunciados que expresan reglas; el argumento interpretativo con el cual los principios son así utilizados es el argumento de la conformidad de los principios".

mente axiológica– respecto a la disposición a interpretar, con el fin de adecuarla al significado de ésta.[81] Y tratar una norma como principio significa de hecho asumir su superioridad –al menos la superioridad axiológica– respecto a otra.

Por ejemplo, adoptando esta técnica argumentativa, una disposición que pueda ser entendida por igual como retroactiva y como no retroactiva, será preferiblemente entendida en el segundo sentido, de acuerdo con el principio general expreso de no retroactividad (art. 11 disposición preliminar del cod. civ.).[82]

6. *El uso de los principios en la integración del Derecho*

El art. 12, fracción 2, de las disposiciones preliminares del código civil italiano dispone: "Si una controversia no puede ser decidida con una disposición precisa, se debe observar a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece en duda, se decide de acuerdo a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado".[83]

Las controversias que no pueden ser decididas con una "disposición precisa", es decir, con una norma expresa, configuran algunas de las tantas lagunas del Derecho (en cualquier sentido del vocablo "laguna"). Los principios, por ende, son llamados aquí instrumentos de integración del Derecho en presencia de lagunas:[84] ante éstas el juez está obligado a hacer

[81] E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale, op. cit.*, p. 317 s. Véase algunos ejemplos en G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici, op. cit.*, pp. 14 y ss.

[82] Un ejemplo entre miles se lee en Corte de Casación 22.4.1975, n. 1575, *Giurisprudenza civile*, 1975, I, 1086, "Dado el carácter excepcional de las limitaciones al canon según el cual la ley dispone para el futuro, se entiende que la voluntad del legislador de poner en práctica tal limitación, cuando no sea explícitamente afirmada, puede ser obtenida por el intérprete sólo si el significado de la norma es incompatible con la destinación normal de la ley a tener en cuenta sólo para el futuro".

[83] E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale, op. cit.*, pp. 427 s.: "En la integración [del Derecho] los principios son utilizados para introducir excepciones a la disciplina legislativa, a través del argumento de la disociación, o para colmar las lagunas, a través del argumento de la *analogia juris* (o también, a veces, como sustento al razonamiento cumplido utilizando el argumento de la *analogia legis* o el argumento *a contrario*)".

[84] En la jurisprudencia italiana, un buen ejemplo de uso de los principios generales para colmar lagunas puede verse en Corte de Casación S. U., 1464/1983, sobre el cual véase F. Sorrentino, "I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto", en *Diritto e società*, 1987, pp. 186 y ss.

recurso después de haber inútilmente experimentado el argumento analógico.[85]

Por otro lado, generalmente, los principios no son por sí mismo idóneos para ofrecer la solución de controversias específicas:[86] como explicaremos de mejor forma dentro de poco, éstos exigen "concretización".[87] Para presentar un ejemplo de miles posibles: dado que el llamado "daño biológico" no constituye un daño no-patrimonial (en los sentidos del art. 2059 cod. civ. italiano), y que por lo tanto el código civil no dicta disciplina alguna en torno a su recuperabilidad, se puede colmar la laguna recurriendo al principio de tutela de la salud (art. 32 const. italiana).[88] Pero evidentemente tal principio no es en sí suficiente para resolver algunas controversias en la materia, dado que nada dice respecto de la recuperabilidad del daño biológico. Se puede utilizar el principio en cuestión para resolver una controversia en materia de daño biológico, sólo con la condición de obtener de éste una regla *inexpresa* –"El daño biológico debe ser reparado"[89]– idónea, ésta sí, para colmar la laguna y para regular el caso que se trata disciplinar.[90] La construcción de esta regla constituye de hecho "concreción" del principio.

[85] Por otro lado también la aplicación analógica de una norma cualquiera supone la búsqueda de un principio; precisamente, de aquel principio que constituye la razón, el fin, el motivo (la *ratio*, como suele decirse) de la norma en cuestión. Por lo tanto, se puede decir que, cuando el Derecho presenta una laguna, el intérprete está obligado por el art. 12, fracción 2, disp. prel. cod. civ. a colmarla recurriendo a de un principio "particular" que sea fundamento de una norma específica (llamada *ratio legis*) o, a falta de este, a un principio "general", que sea fundamento de un complejo entero de normas. En un caso, se suele decir, la laguna está colmada mediante analogía *legis*; en el otro, ésta es colmada mediante una analogía *juris*.

[86] *Cfr.* G. Lazzaro, *Argomenti dei giudici, op. cit.*, pp. 4 y ss.

[87] E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione, op. cit.*, vol. II, p. 846, observa "el rechazo que los principios generales oponen a una formulación precisa preceptiva, en cuanto afirma orientaciones e ideales de política legislativa, capaces de una indefinida y, casi se diría, inagotable virtualidad". Escribe C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 58: los principios "logran guiar concretamente los afiliados sólo en la medida en que fungen de "generadores de normas de comportamiento"". Véase también en esto, p.184: los principios como "matrices de normas".

[88] Tribunal de Génova, 25 de mayo 1974, en *Giurisprudenza italiana*, 1975, I, 2, 54. A propósito, E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale, op. cit.*, cap. VI.

[89] *Grosso modo*, mediante un razonamiento del siguiente tipo: la salud constituye un derecho fundamental; el daño biológico constituye una lesión al derecho a la salud; toda lesión de un derecho fundamental constituye un daño injusto; por lo tanto el daño biológico debe ser reparado.

[90] A propósito, G. Alpa, *I principi generali*, Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, pp. 197 y ss.

Pero, por el otro lado, no existe regla que pueda ser obtenida de un principio con un razonamiento puramente deductivo, y es por tanto persuasivo, sin la adición de premisas ulteriores de cualquier género.[91] La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad del intérprete.

Generalmente, un principio puede sólo constituir la premisa (una de las premisas) de un razonamiento –habitualmente *no deductivo*– cuya conclusión debe ser una regla inexpresa, elaborada y formulada por el intérprete.[92] El punto puede ser explicado de forma un poco más extensa como sigue.

En el seno del RAZONAMIENTO JUDICIAL se pueden distinguir dos "niveles" de justificación o argumentación.[93]

A nivel inferior –llamado "justificación interna"– es una razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla: "El homicidio debe ser castigado con reclusión. Tal persona ha cometido homicidio. Por lo tanto tal persona ha de ser recluida". La regla aplicada (en el ejemplo "El homicidio debe ser penado con la reclusión") constituye una premisa normativa de un razonamiento de este tipo.

El nivel superior –llamado "justificación externa"– es el conjunto de razonamientos –más o menos persuasivos, pero a menudo *no* deductivos– mediante los cuales el juez justifica las premisas de la justificación interna, en esto, incluida la premisa normativa.

Ahora bien, normalmente la premisa normativa del razonamiento decisorio es una regla expresa, que constituye el significado (uno de los posibles significados) de una disposición.[94] Pero, obviamente, en presencia de una

[91] A. Costanzo, B. Montanari, *Teoria generale del diritto. Regole, casi, teorie*, Torino, 1998, pp. 10 y ss.

[92] E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale, op. cit.*, p. 434, 446.

[93] M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, cap. V; J. Wróblewski, "Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale" (1974), en P. Comanducci, Guastini, Riccardo (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; M. Atienza, *Las razones del derecho*, Madrid, 1991; P. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, 1992, p. 195 y ss. Véase, además, TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA y RAZONAMIENTO JURÍDICO.

[94] Dado que la justificación externa de tal premisa consiste *grosso modo* en aducir que (a) la disposición D es formalmente válida; (b) tal disposición expresa la norma N; (c) la norma N es, a su vez, materialmente válida. A su vez, las afirmaciones (a) y (c) pueden ser ulteriormente argumentadas haciendo referencia a los criterios de VALIDEZ (formal o material) propios del ordenamiento jurídico del que se trate. La afirmación (b), que constituye un enunciado interpretativo (de la forma "D significa N"), puede ser argumentado haciendo una apelación a una u otra técnica interpretativa de las aceptadas comúnmente en la cultura jurídica existente).

laguna, tal premisa no puede ser una regla expresa, si existiese una regla expresa aplicable al caso concreto, no existiría laguna. La premisa normativa de la justificación interna del razonamiento puede sólo ser una regla *inexpresa*.[95] Y esta puede ser –a menudo es– obtenida precisamente de un principio (expreso, o a su vez inexpreso).

Los principios –a causa de su contenido normativo indeterminado– no son idóneos para cumplir el papel de premisa normativa de la justificación interna. Estos cumplen un papel, más que nada, en la justificación externa de la premisa normativa. Esto es, se utilizan para argumentar la existencia de normas inexpresas, estas sí idóneas para justificar deductivamente la decisión.

Cuando se usa una regla inexpresa como premisa normativa de la justificación interna, hay que mostrar persuasivamente que tal regla es (materialmente) válida, aunque no esté formulada o se encuentre "privada de disposición". Y bien, esto se puede realizar reconduciendo la norma en cuestión a un principio, expreso o inexpreso, que constituya fundamento axiológico.

Por ejemplo, se puede sostener que una norma inexpresa N encuentra fundamento en un principio P dado que N es lógicamente deducible de P (con la adición, eventualmente, de premisas oportunas). O se puede sostener que una norma inexpresa N encuentra fundamento en un principio P dado que N es un medio para conseguir el fin prescrito por P. En el primer caso, se dirá que N constituye "expresión", "especificación", o "aplicación" de P. En el segundo caso, se dirá que N constituye "actuación" de P.

Se entiende que, cuando el juez da aplicación a un principio inexpreso, éste integra el Derecho dualmente: por un lado, elaborando el principio en cuestión, por el otro lado, elaborando, a partir de éste, la regla, igualmente inexpresa, que hace las veces de premisa normativa de la justificación interna.

7. *Cuestiones de interpretación de los principios constitucionales*

Muchas constituciones contemporáneas, si no todas, están repletas de disposiciones de principios en cuya formulación se utilizan expresiones que evocan valores morales (o políticos, o ético-políticos), tales como la dignidad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, el progreso, la paz, entre otros.

[95] Es evidente que, en estos casos, la justificación externa de la premisa normativa debe asumir una forma diferente de aquella indicada en la nota precedente.

De esta forma, de acuerdo a un punto de vista hoy difundido, los principios constitucionales hacer "reenvío" a la moral, o "incorporan" valores morales en el Derecho constitucional –o en la "regla de reconocimiento",[96] como alguno prefiere decir– en cuanto criterios de validez sustancial de las leyes.[97] Esta tesis no persuade por diversas razones.

(i) La primera razón es simple. Los conceptos, que se pretenden "morales", utilizados para formular principios constitucionales, siendo incorporados en un texto jurídico, son "positivizados"; ya, por lo mismo, conceptos de Derecho positivo, cuanto "contrato", "testamento", "propiedad", "usucapión", "juicio", "causar la muerte de un hombre", "procurar un daño injusto", "buena fe", y así ejemplificando.

Los conceptos en cuestión, de hecho, no son conceptos morales. Al menos en el sentido en que, estando ya sujetos a la elaboración dogmática de los juristas, fatalmente tienden a adquirir en el lenguaje jurídico un sentido que no necesariamente coincide con aquel o aquellos de tienen en el lenguaje (de la filosofía) moral, es decir en el lenguaje de la ética normativa.

(ii) La segunda razón es igualmente simple. Los principios constitucionales en cuestión –se dice– "hacen reenvío" a la moral y, por esta vía, "incorporan" la moral en el texto constitucional. Ahora bien:

(a) El término "incorporación" se encuentra, sin más, fuera de lugar. ¿Quién diría que una norma de Derecho internacional privado italiano, que requiere en ciertas circunstancias la aplicación de la ley francesa, "incorpore" la ley francesa en el ordenamiento italiano? Nadie. La tesis de la "incorporación" es simplemente fruto de un uso inapropiado del lenguaje.

(b) Pero también el término "reenvío" no es del todo apropiado. En rigor, una norma de reenvío es un enunciado meta-lingüístico que incluye en su formulación la mención –con "nombre y apellido", por así decirlo– de otra fuente, de otra disposición, o de otro ordenamiento normativo.[98]

[96] Esta expresión surge de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1ra ed. Oxford, 1961.

[97] *Cfr.* por ejemplo. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2da ed., Oxford, 1994, Postscript; W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, 1994; J. L. Coleman, *The Practice of Principles*, Oxford, 2001; J,J. Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Torino, 2001. La doctrina en cuestión es claramente tributaria de las ideas de R. Dworkin, del cual véase *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Cambridge (Mass.) and London, 1996. (Vease POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO, DERECHO Y MORAL)

[98] "La materia M está regulada por la ley", "Al caso F se aplica el Art. X de la ley Y", "Al caso F se aplica la ley del ordenamiento G", etc.

Un ejemplo paradigmático (de nuevo): las normas de Derecho internacional privado.

Los principios constitucionales en cuestión, sin embargo, no mencionan disposición o norma alguna, ni algún sistema normativo determinado, ya que tal no es "la moral".[99]

Además, tomemos una disposición normativa que haga uso del término "propiedad". Este término admite una pluralidad de interpretaciones, dependientes de las diferentes "teorías" de la propiedad elaboradas por la dogmática jurídica. Y bien, ¿quién se atrevería a decir que la autoridad normativa, utilizando el término "propiedad", haya realizado un reenvío a la dogmática de la propiedad –a una u otra doctrina de la propiedad– o incluso la haya incorporado?

(iii) La tercera razón es más compleja. Es bastante cierto que la interpretación del contenido de significado de las disposiciones constitucionales de principio es una variable dependiente de valoración moral. Pero, hay que preguntarse, ¿de qué moral estamos hablando exactamente?

El vocablo "moral", de hecho, puede hacer referencia a dos cosas bien distintas: (a) la moral llamada "social", es decir, los principios éticos generalmente aceptados en la sociedad (en la "comunidad") de la que se trata; o bien (b) la moral llamada "ideal" o "crítica", es decir, los principios éticos privadamente elaborados o de hecho aceptados por alguien.[100]

Si por "moral" se entiende la moral crítica, la aplicación de las cláusulas constitucionales de las que estamos hablando requiere de las valoraciones morales –de los juicios de valor, fatalmente subjetivos– de parte de los intérpretes. Es como decir que la interpretación (o la concretización, como dentro de poco diremos) de las disposiciones constitucionales que contienen conceptos "morales" está enteramente sujeta a sentimientos morales, a las ideas de justicia, y por tanto a la discrecionalidad de los jueces (como en el caso de los jueces constitucionales).

[99] A menos que se piense, se entienda, que "la" moral –una presunta moral "objetiva", esto es, universalmente "válida", "verdadera" (casi como si los enunciados del discurso prescriptivo y/o valorativo pudiesen tener valores de verdad)– constituya en sí misma un ordenamiento normativo determinado, identificable, y cognoscible en su contenido, tanto como si se tratara de un ordenamiento jurídico nacional.

[100] Insisto (véase la nota precedente): *tertium non datur*. No obstante a opinión de muchos, no existe de hecho una cosa como una "moral objetiva", independientemente de las convicciones morales de alguien. Sostener la existencia de una moral objetiva no es distinto de sostener que las normas morales puedan llamarse falsas o verdaderas (de modo que son verdaderas las normas de la moral presunta objetiva, y falsas las de cualquier otra moral). Desgraciadamente, las normas no tienen valores de verdad (no pueden decirse ni verdaderas ni falsas).

Si por "moral" se entiende la moral social, las cláusulas constitucionales de las que estamos hablando exigen a los intérpretes no propiamente valoraciones morales, sino más bien la constatación empírica ("sociológica") de las convicciones morales difusas en la sociedad. Excepto que, por decir lo menos, los juristas (incluidos los jueces) no parecen culturalmente preparados para desarrollar indagaciones empíricas de este tipo. Y, por el otro lado, el proceso (por ejemplo, el proceso constitucional) no parece la sede apta para investigaciones de este género. Es fácil conjeturar que un juez que pretenda dar voz a la moral social esté simplemente atribuyendo a la colectividad las opiniones morales propias.

Sobre todo, ahí donde las opiniones morales socialmente compartidas no se encuentren –y a menudo no existen sobre cuestiones de hecho seriamente controvertidas y/o en sociedades caracterizadas por un elevado grado de pluralismo– la constatación de la moral social es simplemente imposible por falta de objeto, ya que es fatal que las valoraciones morales de los intérpretes se sustituyan a la neutra, imparcial, constatación de las valoraciones de los otros.[101]

En suma, los conceptos "morales" utilizados en la formulación de principios constitucionales son, banalmente, conceptos (a) jurídicos (b) altamente indeterminados –que llaman a causa las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes– cuya interpretación es, en consecuencia, altamente discrecional.[102]

8. *Los principios constitucionales en el razonamiento jurídico*

Según diferentes autores, los principios –y esto vale sobre todo para los principios constitucionales– se distinguen de las reglas no ya (o no solo) por su estructura o por su contenido, pero (también) por el hecho de que las dos clases de normas funcionan en modos diversos dentro del RAZONAMIENTO JURÍDICO.

[101] Además, los conceptos "morales" no son una peculiaridad de los textos constitucionales; basta pensar en las cláusulas generales que se encuentran en las leyes civiles, de las cuales "daño injusto" (art. 2043 del cod. civ. italiano) constituye un ejemplo paradigmático. Y sin embargo un jurista competente sabe bien que los juicios de valor pueden condicionar la interpretación de cualquier texto normativo que presente una cierto tipo de forma de equivocidad, o de indeterminación semántica. Sería una ingenuidad sorprendente pensar que los juicios de valor intervienen sólo en la interpretación de conceptos "morales" utilizados en los textos constitucionales.

[102] Recuérdese lo que hemos dicho en su momento respecto de las "cláusulas generales".

Por ejemplo, de acuerdo a una tesis muy conocida, los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican en la manera de "todo o nada",[103] dado que tienen una dimensión (desconocida para las reglas) del "peso" o de la "importancia" relativas.[104] Esta idea no es muy precisa, pero, no obstante todo, no es tan mala, ya que alude a tres fenómenos importantes conectados con la aplicación jurisdiccional de principios, en particular de principios constitucionales.

En primer lugar, el hecho de que los principios constitucionales no tienen un campo de aplicación determinado[105], con la consecuencia de que la aplicabilidad de un dado principio a un cierto caso concreto es a menudo controvertida.

En segundo lugar, el hecho de que los principios constitucionales, aun cuando su aplicabilidad no es controvertida, no determinan soluciones univocas a las cuestiones de Derecho.[106]

En tercer lugar, el hecho de que a veces un principio constitucional, sin importar su aplicabilidad (no controvertida) a un cierto caso concreto, no obstante puede no ser aplicado y así ser descartado, apartado.

Todo esto puede ser aclarado un poco mediante el análisis lógico de dos tipos característicos de razonamiento judicial; por un lado, el razonamiento que los jueces cumplen para dar aplicación a un principio constitucional; por otro lado, el razonamiento que éstos cumplen para resolver un CONFLICTO (una antinomia, una "colisión" como dicen algunos) entre principios constitucionales.

9. *Concretización de principios constitucionales*

Los principios constitucionales pueden ser aplicados esencialmente en dos tipos de circunstancias: (a) por el juez constitucional, para decidir la conformidad respecto de la Constitución de una norma de ley; (b) por el juez común (civil, penal, administrativo) para colmar una laguna (por lo más axiológica) en la ley.[107]

[103] Esto es, o se aplican (dado que el caso del que se trata recae en su campo de aplicación), o no se aplican de hecho (porque el caso en cuestión no recae en su campo de aplicación). Esto es como decir que las reglas no son derrotables, los principios son derrotables.

[104] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, cap. II. (véase, NORMA JURÍDICA).

[105] O porque tienen un caso abierto, o porque son derrotables, o porque son genéricos.

[106] Por las mismas razones que se mencionan en la nota precedente.

[107] Sobre la aplicación directa de normas constitucionales por parte de los jueces civiles, se puede véase G. Zagreblesky, *La giustizia costituzionale*, 2da ed., Bologna, 1988, p. 39 y ss.;

Sin embargo, en ambos casos, los principios constitucionales, a causa de su indeterminación, no son susceptibles de aplicación sin una previa "concretización".[108] Mejor, decir "aplicar" un principio significa concretizarlo.

La concretización no es una operación interpretativa en sentido estricto, es más que nada una operación "constructiva". En el lenguaje común de los juristas se tiende a llamar genéricamente "interpretación" al discurso de la doctrina o de la jurisprudencia en su total. Este modo de expresarse, no obstante, tiene el grave defecto de opacar la variedad de operaciones intelectuales efectivamente cumplidas por los operadores jurídicos.

Concretizar un principio, a su vez, significa usarlo como premisa en un razonamiento cuya conclusión es la formulación de una "regla", una *nueva* regla, hasta ese momento inexpresa, que constituye "actuación" o "especificación".[109]

(1) En la mayor parte de los casos, el juicio de legitimidad constitucional exige la confrontación no ya entre dos reglas (una regla constitucional y una regla legal), sino entre una regla (legal) y un principio (constitucional).[110]

Ahora bien, dada la peculiar vaguedad de los principios, reglas y principios son normas heterogéneas en su estructura lógica, ya que la confrontación directa es imposible. ¿Una regla que atribuye a los extranjeros el derecho a votar en las elecciones comunales es compatible, o no, con el principio de soberanía nacional (proclamado en la Constitución francesa)? ¿El principio de igualdad (entre sexos) es compatible, o no, con la obligación de inserir en las listas electorales una cuota de candidatos del sexo femenino? ¿El principio de laicidad del Estado excluye o admite la exposición de símbolos religiosos en las aulas escolares y/o en las aulas de la justi-

---

S. Bartole, "I principi costituzionali", en A. Vignudelli (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011. *Cfr.* también R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006, pp. 272 y ss.

[108] De concretización de "standards" habla F. Schauer, "The Convergence of Rules and Standards", en *New Zealand Law Review*, 2003, pp. 315 y ss.

[109] Véase U. Scarpelli ("Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica", *op. cit.*, p. 39): "los principios fungen de matrices y generadores de normas, a ser reunidas como resultado de una interpretación ético-política especificante de algún principio en el contexto en que debe operar. No reconocemos por tanto en los principios las premisas de conclusiones normativas adscriptivas de derechos, sino índices y criterios para conseguir normas capaces de fungir de premisas a conclusiones normativas adscriptivas de derechos".

[110] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 125 y ss.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959, pp. 40 y ss. En el texto se alude a la distinción entre "reglas" y "principios" ya intoducida con anterioridad.

cia? Evidentemente, el principio de soberanía nacional no dice nada del electorado activo en las elecciones comunales. El principio de igualdad no dice nada respecto a la composición de las listas electorales. Y el principio de laicidad del Estado nada dice en torno a la exposición de símbolos religiosos en lugares públicos.

Para hacer posible la confrontación entre un principio y una regla, es necesario derivar del principio una regla (inexpresa) –a caso cerrado, no derrotable, no genérica– que tenga el mismo antecedente (esto es, que regule la misma clase de casos) que la regla de la cuya legitimidad constitucional se discute.

(2) El núcleo de la motivación de las decisiones jurisdiccionales, se sostiene, tiene (no puede no tener) estructura deductiva: "Los asesinos deben ser castigados. Juan es asesino. Por lo tanto Juan debe ser castigado".[111] La premisa normativa es una regla que conecta a una clase de caso (el asesino) una consecuencia normativa (la pena).

Los principios, no obstante –de nuevo, a causa de su particular forma de indeterminación– no son idóneos para funcionar de premisa normativa en la motivación de una decisión jurisdiccional. El principio de la tutela de la salud no dice nada respecto a la resarcibilidad del daño llamado "biológico". El principio del derecho a la defensa no dice nada en torno a la presencia del abogado en el interrogatorio del imputado, etcétera.

Para que un principio pueda contribuir en la motivación de una decisión jurisdiccional (civil, penal, etc.), es necesario extraer de éste una regla (inexpresa), dotada de un antecedente (relativamente) determinado, es decir, a caso cerrado, no derrotable, y no genérica.

En breve, la aplicación de un principio exige concreción, y de hecho "aplicar" un principio consistentemente en concretarlo.

La concreción de un principio es un razonamiento –a menudo no deductivo, y por tanto no constringente– que (a) tiene entre las premisas el principio en cuestión y (b) tiene como conclusión una regla (inexpresa).

[111] Esta inferencia deductiva es lo que se llama "justificación interna" de la decisión jurisdiccional (a ésta ya hemos hecho referencia en una sección precedente): se trata del conjunto de premisas necesarias y suficientes para fundar la decisión (el contenido del la parte resolutiva). Se dice en cambio "justificación externa" al conjunto de premisas necesarias y suficientes para fundar la premisa de la justificación interna. La distinción entre justificación "interna" y justificación "externa" de las decisiones judiciales se debe a J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, Helsinki, 1983; J. Wróblewski, "Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche", en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, pp. 203 y ss. Véase infra, parte tercera, cap. III.

10. *Conflictos entre principios constitucionales*

Los conflictos constitucionales tienen la despreciable tendencia a entrar en conflicto unos con otros. De hecho, de acuerdo a algunos autores, todo principio está, por definición y por ende necesariamente, en conflictos con otros principios; el encontrarse en conflicto con otros principios sería una característica definitoria del concepto mismo de principio.[112] Dado que, toda controversia, en la cual fuese aplicable un cierto principio P1, existiría siempre otro principio P2, igualmente aplicable e incomprensible con P1.

En cualquier caso, los conflictos entre principios constitucionales – incluso a causa de la pluralidad de valores ético-políticos incorporados en todas las constituciones contemporáneas[113]– son de hecho frecuentes. Un ejemplo clásico, común a varias constituciones, es el conflicto entre libertad de prensa y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la privacidad, el derecho a la identidad personal, etc.). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y el derecho constitucional de los usuarios. Se puede también especular que alguna ley, la cual imponga una obligación a los ciudadanos, con el fin de concretizar una u otro principio constitucional, se resuelva en una lesión o limitación de algún derecho constitucional de los mismos ciudadanos, y se encuentre por lo tanto en conflicto con algún (otro) principio constitucional.

Es más, en la Constitución italiana se encuentran algunos conflictos emblemáticos, como por ejemplo, el conflicto ente el principio de igualdad (llamada "formal"), que excluye toda forma de discriminación, y el principio de igualdad llamada "sustancial", que admite algunas discriminaciones "positivas" (*affirmative actions*) con el fin de eliminar las desigualdades sociales; o el conflicto entre el principio de igualdad, que excluye todo trato diferenciado de los ciudadanos, y el principio de la autonomía legislativa de las Regiones, que implica la posibilidad de un trato diferenciado entre los ciudadanos de las diferentes regiones.

[112] *Cfr.* por ejemplo L. Gianformaggio, "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.

[113] Fruto de la convergencia de (o del compromiso entre) doctrinas políticas diferentes e incompatibles.

Entonces, de forma general, todo conflicto entre principios constitucionales presenta las características siguientes.[114]

(a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que (a menudo) han sido promulgadas en el mismo momento.[115]

(b) En segundo lugar, se trata de un conflicto de normas que tienen, por así decirlo, el mismo estatus formal, la misma posición en la jerarquía de las FUENTES DEL DERECHO.

(c) En tercer lugar, se trata de un conflicto "en concreto", no identificable en sede de la interpretación textual; una antinomia, en suma, que se muestra únicamente en ocasión de la aplicación de las normas involucradas en un caso particular.

(d) En cuarto lugar, se trata de un discurso "parcial bilateral", en el sentido en que las clases de casos regulados por sendas normas se sobrepongan parcialmente, en modo tal que algunos, pero sólo algunos, de los casos regulados por una norma coincidan con algunos, pero sólo algunos, de los casos regulados (incompatiblemente) por la otra norma.

Todo esto tiene consecuencias notables. Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos entre normas. No se puede utilizar el principio "*lex posterior*" dado que sendos principios son contemporáneos. No se puede utilizar el criterio "*lex superior*" dado que ambos principios tienen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No se puede aplicar siquiera el criterio "*lex specialis*" puesto que las dos clases de hechos regulados por los dos principios no mantienen una relación de género a especie, sino que se cruzan.

Y bien, la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que a la que se le suele llamar "ponderación" o "balance". La metáfora es transparente, se trata de hecho de poner los principios en conflicto sobre platos

[114] R. Guastini, "Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali", *Ragion pratica*, vol. 26, 2006; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pp. 175 y ss.; L. Prieto Sanchís, "El juicio de ponderación constitucional", en F.J. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosoficos, op. cit.*, pp. 221 y ss; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, pp. 99 y ss.

[115] Usualmente, dado que no se puede excluir que uno de los principios en conflicto sea fruto de enmienda constitucional y sea por tanto "*lex posterior*" respecto del otro. En el ordenamiento italiano vigente, se podría imaginar, por ejemplo, un conflicto entre un principio contenido en la primera parte de la Constitución (hasta ahora no tocada por ninguna enmienda) y uno de los principios introducidos en el art. 111 const. de la ley de enmienda 2/1999. Pero, incluso en tales circunstancias, dudo que el juez constitucional se incline a aplicar el criterio cronológico ("*lex posterior*", justamente) de solución de antinomias.

de una "balanza", de "pesarlos" por lo tanto, y de ver cuál "pesa" más, esto es, tenga más valor.

11. *Ponderación*

La ponderación (o balance) consiste en establecer entre ambos principios en conflicto una jerarquía que presenta dos caracteres notorios: es una jerarquía (i) axiológica y (ii) móvil.[116]

(i) Una jerarquía axiológica, como se recordará, es una relación de valor creada (no ya por el derecho mismo, como la jerarquía material de las fuentes, sino) por el juez constitucional, mediante un juicio de valor comparativo, es decir, un juicio de valor dotado de la fórmula lógica "el principio P1 tiene más valor que el principio P2". Instituir una jerarquía axiológica se resuelve por lo tanto en el atribuir a uno de los dos principios en conflicto un "peso", un valor, una "importancia" ético-política, mayor respecto del otro.[117]

En consecuencia, el principio que tiene "más valor" prevalece sobre el otro, éste es aplicado, mientras que el otro es apartado.[118] Obsérvese, los criterios de solución de conflictos "*lex posterior*" y "*lex superior*" no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe, si bien es

[116] En la ya vasta literatura véase R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*; B. Celano, "Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?", en S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Torino, 2002; L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 175 y ss.; G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale, op. cit.*, p. 99 y ss.; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi, op. cit.*, pp. 216 y ss.; D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación normativa*, Madrid, 2007; J.J. Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, 2009; M. Carbonell, P.P. Grández Castro (eds.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, 2010; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale, op. cit.*, cap. VII; D. Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, 2010, cap. IV; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011. En referencia a la ponderación en la jurisprudencia constitucional italiana, veáse, entre muchos, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

[117] Ha acertado justamente R. Dworkin, *Taking Rights Seriously, op. cit.*, cap. II, en subrayar que los principios tienen una dimensión –aquélla del "peso" o de la "importancia" relativa– normalmente desconocida para las reglas.

[118] G. Pino, *Diritti e interpretazione, op. cit.*, p. 183: "el balance consiste en hacer una norma [un principio] derrotable; a través del balance se introducen excepciones en una norma [en un principio] con el fin de asegurar la aplicación de otra norma [de otro principio]".

apartado o no es aplicado, no es para nada declarado abrogado o inválido. En otras palabras, éste sigue "vivo", en vigor, en el sistema jurídico, listo para ser aplicado en otras controversias.

(ii) Una jerarquía móvil, por el otro lado, es una relación de valor inestable, mutable; una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase específica de casos), pero que podría ser derrumbada –y que a menudo es derrumbada– en un caso concreto diferente o en una clase de casos diferentes.

El hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no valora el "valor" de dos principios "en abstracto", de una vez por todas. No instituye, entre sendos principios, una jerarquía fija o permanente (del tipo: en toda circunstancia P1 siempre prevalecerá sobre el principio P2). Ni siquiera aplica –como incluso abstractamente podría– el criterio "i", reconstruyendo los dos principios de modo que uno de los dos haga excepción del otro para *siempre*, en todas las circunstancias (el principio P1 hace siempre excepción al principio P2). El juez se limita a valorar la "justicia" de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio en la controversia presentada ante él o ella.

El conflicto por ende no es resuelto definitivamente, toda solución es válida sólo para una controversia particular –para una (pretendida) antinomia entre la Constitución y una ley específica– dado que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras, en las cuales se encuentran involucrados los mismos principios pero una ley diferente.

Se entiende que el juicio de legitimidad constitucional, ahí donde se desarrolla una forma "concentrada" (como en general sucede en los ordenamientos europeos), aún si es ocasionado "incidentalmente" por una controversia concreta (como en el ordenamiento italiano), tiene por objeto (no la controversia misma, sino) la conformidad con la Constitución de una norma de ley (aplicable en la controversia dada). Ya que, en ordenamientos como el vigente [en Italia], el juez constitucional decide no propiamente "casos" –en el sentido de casos concretos (ni siquiera cuando la cuestión de legitimidad nace en vía incidental, en el desarrollo de un proceso que tiene como objeto, éste sí, un caso concreto)– sino *clases de casos*. Por el contrario, en los sistemas de control difuso, el juez constitucional decide casos concretos.

Para aclarar el punto será útil ofrecer un par de ejemplos.

Primer ejemplo: en algunas ocasiones la Corte constitucional italiana ha sostenido que el principio de la autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad, declarando inadmisible una confrontación entre

normas estatales y regionales, o entre normas de regiones diferentes, para valorar la eventual violación del principio de igualdad;[119] en otras ocasiones, ha sostenido en cambio que el principio de la autonomía regional deba ceder frente al principio de igualdad, sosteniendo a la ley regional como incompetente en materia de relaciones civiles y de sanciones penales.[120]

Segundo ejemplo: hasta ahora la Corte ha sostenido que el principio de igualdad (llamada "formal", i.e. igualdad *tout court*), del cual el art. 3o., fracción 1, const., debe prevalecer sobre el principio así llamado de igualdad "sustancial", del cual el art 3o., fracción 2, const., declarando ilegítima la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres, como incluso la previsión de cuotas femeninas en las listas electorales.[121] en ocasiones ha sostenido al contrario que el principio de igualdad "sustancial" debe prevalecer sobre el principio de igualdad "formal", sosteniendo como legitimas ciertas acciones positivas para el espíritu de empresa femenil, y declarando legítimo un trato más favorable para los trabajadores en seno del proceso del trabajo.[122]

Se debe notar que la ponderación consiste en el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional. Es, de hecho, una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los dos principios en conflicto. Y es igualmente una operación discrecional el cambio de valor comparativo de los dos principios a la luz de una controversia nueva y diferente a resolver.

Una última observación. La ponderación de principios *no* es una operación interpretativa en sentido estricto, pertenece más bien al dominio de la "construcción jurídica". La decisión de que el principio P1 prevalezca, en un caso de cierto tipo, sobre el principio P2, y que P2 deba ser apartado, no dice nada sobre el contenido normativo de las disposiciones que expresan los dos principios en conflicto; no es una decisión interpretativa. La interpretación se encuentra en el fondo, es obvio, pero aquí no se trata de

[119] *Cfr.* por ejemplo, Corte const. 234/1988, 143/1989, 103/1991, etc.

[120] *Cfr.* Corte const. 58/1959, 142/1969: incompetencia de las Regiones en materia penal; Corte const. 109/1957, 6/1958: incompetencia de las Regiones en materia de relaciones civiles.

[121] *Cfr.* Corte const. 210/1986: ilegitimidad de la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres; Corte const. 422/1995: ilegitimidad constitucional de las cuotas (femeninas) en las listas electorales.

[122] *Cfr.* Corte const. 109/1993: legitimidad de acción positiva para el espíritu de empresa femenil; Corte const. 13/1977: legitimidad constitucional de un trato más favorable para los trabajadores en seno del proceso del trabajo.

decidir cuál sea el significado de una u otra disposición constitucional (que es el problema interpretativo verdadero y propio), se trata de decidir si, dada una cierta interpretación (cual sea) de las dos disposiciones en cuestión, una deba ser aplicada y la otra desechada, o viceversa. En otras palabras, la ponderación sirve no ya para aplicar uno u otro principio, sino para escoger el principio aplicable.[123]

12. *Ponderar y atemperar*

Es una idea difundida que la ponderación es un tipo de "conciliación" o "atemperamiento" [*contemperare*], que consiste en "poner de acuerdo", como hasta ahora se dice, ambos principios en conflicto, o en encontrar un punto de "equilibrio", o una "vía media", entre éstos.[124] Las cosas no son exactamente así.

Otra cosa es *abalanzar* dos principios, "sopesarlos", para decidir cuál de los dos –teniendo mayor "peso" o valor– deba ser aplicado y cuál en cambio –teniendo menor "peso" o valor– deba ser puesto de lado, otra cosa es *atemperar* dos principios,[125] es decir, "mezclarlos en justas proporciones", para encontrar un tipo de macro-principio que, conciliándolos, los contenga a ambos.

Sucede distinguir el efecto (sincrónico) del balance entre dos principios en una sola decisión del efecto (diacrónico) del balance *repetido* entre los mismos principios en la jurisprudencia de una misma corte.

Si se hace examen de una sola decisión. Se nota que la ponderación (el balance) tiene como fin el sacrificio de uno de los principios en conflicto y la aplicación del otro. No se trata de la aplicación o del sacrificio *parcial* de ambos.[126] Simplemente, uno de sendos principios es aplicado, el otro es

[123] Es una idea extendida, por el contrario, que las reglas se aplican mediante subsunción y los principios mediante ponderación, que por ello la ponderación constituye (no selección de principios a aplicar, sino) aplicación de principios.

[124] Véase por ejemplo. Pino, *Diritti e interpretazione, op. cit.*, p. 182 y ss, y bibliografía citada.

[125] Como ejemplo de atemperamiento o conciliación entre principios (no constitucionales), se puede mencionar la regla según la cual la parte que ha interrumpido las negociaciones, decepcionando así las expectativas de la contraparte, deba resarcir los gastos sostenidos y/o el daño sufrido por haber renunciado a ocasiones más favorables (*Cfr.* por ejemplo, en la jurisprudencia civil italiana, Corte de Casación 430/1981, 340/1988). Los principios atemperados son obviamente el de libertad contractual y el de obligación de rectitud en las negociaciones.

[126] Que, de otra forma, no se comprende en qué cosa pueda exactamente consistir.

(momentáneamente) puesto de lado, no aplicado.[127] Aquí hablar de atemperamiento o conciliación se encontraría fuera de lugar.

Si se examina la evolución de la jurisprudencia en el tiempo, al contrario, se encuentra que el principio P1 a veces cede de frente al principio P2, en otras ocasiones prevalece sobre éste; en ciertas circunstancias, por ejemplo, la libertad de prensa cede frente al derecho a la privacidad (no es lícito, pongamos, publicar noticias sobre las inclinaciones sexuales de un ciudadano privado), mientras en otras circunstancias prevalece sobre éste (es lícito publicar noticias sobre la vida privada de sujetos que detentan cargos públicos).

Es precisamente este fenómeno que provoca un efecto –o, posiblemente, una impresión– de "comportamiento" entre los principios es cuestión; a la distancia, si así se puede decir, ambos principios son "parcialmente" aplicados y ambos son "parcialmente" sacrificados. Parcialmente, no en el sentido en que, en todo caso en lo particular, un dado principio sea en parte aplicado y en parte desaplicado,[128] pero en el sentido en que un mismo principio es a veces aplicado, y a veces no.

En otras palabras, el atemperamiento es el efecto del carácter *móvil*, inestable, de la jerarquía axiológica que se instaura entre ambos principios en conflicto.

A la luz de diversas ponderaciones (mutables) de dos mismos principios, cumplidas en la jurisprudencia, la doctrina (o la jurisprudencia extensa) puede construir un macro-principio que incluya en su formulación –y en este sentido "concilie"– sendos principios confluyentes así como las excepciones (cruzadas) de las que ambos son sujetos.

13. *Otros usos de los principios constitucionales*

Además, el uso de principios constitucionales en el razonamiento jurídico no se agota en la concreción (de los principios mismos) y en la ponderación (de principios en conflicto). En general, los principios constitucionales desarrollan la función de orientar las decisiones interpretativas.

[127] Un buen ejemplo se encuentra en Corte const. 126/1996, donde, el balance entre "valor" de la imposibilidad de sindicalización parlamentaria y el "valor" de la jurisdicción, "el primero es estado exaltado y el segundo totalmente cancelado" (así escribe A. Pace, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 58, nota 82).

[128] Insisto, el cual no se siquiera qué puede significar. ¿Qué cosa puede significar aplicar (y, simétricamente, desaplicar) un principio al 50%, o algo por el estilo?

Esto sucede de modo particularmente evidente en el caso de la interpretación llamada "adecuadora" de la ley, es decir, la interpretación de la ley en sentido conforme a la Constitución.[129]

De frente a un texto de ley que admite dos interpretaciones alternativas, una de las cuales se encuentra en conflicto con un principio constitucional, mientras que la otra es conforme, el juez constitucional escoge normalmente esta segunda interpretación, descartando la primera (y así pronunciando una sentencia "interpretativa", típicamente una interpretativa de rechazo). Y el principio constitucional en cuestión es adoptado precisamente como argumento para justificar la interpretación elegida.

De este modo, el juez constitucional (pero ocasionalmente también el juez ordinario) hace dos cosas notorias: por un lado,

(a) preserva la coherencia lógica o la armonía axiológica del ordenamiento, y por el otro,

(b) conserva la validez de un texto legislativo que, de ser interpretado de forma diferente, debería ser declarado inválido (inconstitucional).

IV. ¿CUESTIONES DE "INTERPRETACIÓN" CONSTITUCIONAL?

1. *Introducción*

Es una idea bastante difundida –se ha mencionado ya– que los textos constitucionales presentan problemas de interpretación diferentes de, e irreducibles a, los problemas "comunes" de interpretación de las leyes. ¿Pero en verdad se trata de genuinos problemas interpretativos? Es lícito dudar.

Hay que recordar que una cosa es interpretar en sentido estricto, es decir, adscribir un significado a un texto normativo ("T significa S"), y otra cosa es elaborar teorías o doctrinas generales destinadas a orientar la interpretación y, aún más, a proveer argumentos para la construcción de normas inexpresas.

A continuación examinamos, a título de ejemplo, algunos clásicos problemas de los llamados de "interpretación" constitucional. Resultará claro, creo, que todos los problemas mencionados son propiamente problemas dogmáticos –problemas de "construcción jurídica"– y no problemas de interpretación en sentido estricto.

[129] R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi, op. cit.*, pp. 173 y ss.

2. *¿Límites conceptuales a la enmienda constitucional?*

¿Existen límites conceptuales para la enmienda constitucional?[130]

El poder de enmienda constitucional es –como todo poder constituido– un poder limitado, circunscrito por las normas que lo regulan. Entre los diferentes límites que pueden circunscribir la enmienda constitucional bajo el perfil material o sustancial de pueden distinguir los siguientes:[131]

(i) Llamaremos límites *expresos* –o, mejor, textuales– a aquellos expresamente estatuidos por el mismo documento constitucional interpretado literalmente. Por ejemplo, en la Constitución italiana (art. 139) y en la francesa (art. 89, última fracción), constituye límite expreso a la enmienda constitucional la prohibición de modificar la "forma republicana" del Estado (la forma republicana *en sí misma*).

(ii) Llamaremos límites *inexpresos* a todos los demás.

Excepto en el seno de los límites inexpresos conviene ulteriormente distinguir:

(a) Llamaremos límites *implícitos* a aquellos que se deducen del texto constitucional mediante otras –más controvertibles– técnicas de interpretación textual (interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica, y otras).

Por ejemplo, en la doctrina italiana, algunos observan –aduciendo como prueba al art. 1o., fracción 1, const. ("Italia es una República democrática")– que en el ordenamiento italiano república y democracia forman una *hendiadys* indisoluble. Otros amplían la noción de república hasta incluirle el principio de la soberanía popular (expresamente estatuida por el art. 1o., fracción 2, const.). En ambos casos, la conclusión es que la prohibición de enmienda de la forma republicana implica también la prohibición de la forma democrática.

(b) Llamaremos límites *conceptuales* –y por tanto necesarios, no contingentes– a aquellos que no pueden ser derivados del texto constitucional mediante las usual técnica de interpretación y/o integración, pero que se asume que derivan del concepto mismo de Constitución y/o de enmienda

[130] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, 2a. ed., Padova, 1970, pp. 100 y ss. Subrayo que aquí y en adelante se habla de límites "sustanciales" o "materiales" (esto es, relacionados al contenido normativo de la enmienda), no de límites "formales" (relacionados al procedimiento de enmienda): estos últimos no parecen sacar a la luz especiales problemas teóricos (salvo el que señalaremos en el párrafo sucesivo).

[131] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, pp. 370 y ss.

constitucional, y por lo tanto son inherentes *cualquier* Constitución (del todo independiente de su interpretación textual, del todo independiente de su contingente contenido normativo).

Los límites "conceptuales" por lo tanto no deben ser confundidos con los límites "implícitos" a la enmienda.

Un límite implícito es un norma inexpresa, que puede –si puede– ser tomada de un determinado texto constitucional con los usuales argumentos que se utilizan en la interpretación (o mejor, de integración) del derecho cada vez que se construyen, de hecho, como normas "implícitas": normas inexpresamente formuladas en alguna disposición. La cuestión de si existen límites implícitos en la enmienda constitucional es por lo tanto un problema "común" de interpretación de un documento constitucional determinado; ésta no admite una respuesta de orden teórico-general o trans-ordenamiento, válido para cualquier Constitución. Los límites implícitos, en otras palabras, son contingentes (no necesarios), propios de una Constitución determinada, y no necesariamente de todas.

Por el contrario, los límites "conceptuales" a la enmienda, justamente en virtud de su naturaleza conceptual, son *necesarios* (no contingentes) –intrínsecos a *cualquier* Constitución– y, por lo mismo, obviamente "absolutos", insuperables.

En general, los límites conceptuales derivan –se supone– del concepto mismo de enmienda constitucional y/o del concepto mismo de Constitución. Naturalmente, a condición de que los conceptos en cuestión sean oportunamente modelados, dado que todo concepto implica lógicamente nada más y nada menos de aquello que se ha "puesto dentro" para definirlo (posiblemente tácitamente, como habitualmente sucede).

(1) la existencia de límites constitucionales a la enmienda puede ser argumentada distinguiendo entre *enmienda* de la Constitución existente e *instauración* de una nueva Constitución en el modo siguiente.[132]

El concepto de enmienda constitucional supone que el texto constitucional, aun enmendado, conserva no obstante su identidad (como una persona no pierde su identidad cuando se le amputa o trasplanta un miembro, así, la Constitución no pierde su identidad cuando es puesta en enmienda). Por el contrario, el concepto de instauración constitucional supone que la

[132] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, *op. cit.*, pp. 103 s. Sobre la literatura reciente: A. Pace, "L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale", en AA. VV., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 2000.

Constitución preexistente sea sustituida, y que por tanto la Constitución vigente cambie de identidad.

En suma, la enmienda constitucional no puede alterar la identidad de la Constitución, sin que con ello se trasforme en otra cosa;[133] la instauración de una nueva Constitución. Hay entonces que aclarar cuál es el criterio de identidad de la Constitución.

Si bien, según este modo de ver las cosas, el criterio de identidad de una Constitución –el "espíritu de la Constitución", por así decirlo– es dado por el conjunto de principios fundamentales (de hecho "supremos", como se suele decir) que la caracterizan y la distinguen de otras constituciones. Por lo tanto, constituye simple enmienda constitucional toda mutación de la Constitución que sin embargo *no* altera sus principios fundamentales. Mientras que constituye genuina instauración constitucional todo cambio de la Constitución que abrume o distorsione los principios fundamentales. Por definición, entonces, la enmienda constitucional en ningún caso puede extenderse hasta modificar los principios fundamentales de la Constitución existente. Una sedicente "enmienda" que modificase los principios fundamentales sería una instauración de un nuevo ordenamiento constitucional disfrazado.

Por el otro lado, una cosa es el poder constituyente, y otra cosa es el poder de enmienda constitucional. El poder constituyente es un poder originario, *extra ordinem*, mientras que el poder de enmienda es un poder constituido, derivado. Un poder de enmienda que se extendiese hasta instaurar una nueva Constitución se convertiría en un genuino poder constituyente. La enmienda constitucional –por definición– no puede por lo tanto extenderse tan al fondo que sustituya la Constitución existente, alterando los cánones esenciales.[134]

[133] De la misma forma en que un triángulo no puede tener cuatro lados sin transformarse en un cuadrilátero.

[134] Parece que esta es la doctrina que sostiene la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana (Corte cont. 1146/1988), según la cual "La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni por las leyes de enmienda constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son, tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de enmienda constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const.), así como los principios que, aun no siendo expresamente mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de enmienda constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución italiana… No se puede, por lo tanto, negar que esta Corte sea competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de enmienda cons-

(2) Desde este punto de vista se puede objetar en al menos dos maneras distintas.

(i) El primer argumento es elemental. La idea misma de un límite "conceptual" a la enmienda de la Constitución –y, por lo demás, a cualquier otro acto jurídico– se encuentra privada de sentido.[135] La enmienda constitucional no puede ser sujeta a los límites jurídicos, no conceptuales. Pero un límite jurídico solo puede derivar de una norma de derecho positivo que lo estatuya. Si no hay una norma, el límite jurídico simplemente no existe.

(ii) El segundo argumento es más complejo. El "espíritu de la Constitución" (al cual sugestivamente alude el art. 112, fracción 1, de la Constitución noruega de 1814, para declararlo intangible) es una cosa totalmente evanescente. Después de todo, una Constitución no es otra cosa que un conjunto de normas. Que, de estas normas, algunas sean "caracterizantes" o tengan el valor de principios fundamentales es fruto de un opinable juicio de valor. Pero, si dejamos de lado las valoraciones, toda conjunto puede ser definido extensivamente,[136] es decir, por simple enumeración de los elementos que lo componen,[137]

Ahora bien, hay tres tipos posibles de enmienda de la Constitución, como de cualquier otro texto normativo del resto: (a) la introducción de una nueva norma; (b) la supresión de una norma preexistente; (c) la sustitución de una norma preexistente (la supresión de una vieja norma, combinada con la introducción de una nueva norma).[138] Pero cualquier enmienda –sea aditiva, supresora, o sustitutiva– supone siempre, desde el punto de vista extensivo, la *modificación* del conjunto preexistente, y la modificación de un

---

titucional y de otras leyes constitucionales Aún en las confrontación de los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuese así, por lo demás, se caería en el absurdo de considerar al sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo justo en relación con sus normas del más elevado valor". No escapará que ninguna de las tesis sostenidas por la Corte (la existencia de límites inexpresos de la enmienda, la intangibilidad absoluta del art. 139, la supraordenación axiológica de los principios supremos a las normas constitucionales restantes) está argumentada.

[135] La lógica, por ejemplo, prohíbe las contradicciones. ¿Pero, quién podría impedir al legislador contradecirse?

[136] Una definición extensiva consiste en enumerar todos los elementos de un conjunto (o, eventualmente, en enumerar algunos agregando la fórmula "etc."). Es en cambio intensiva una definición que determina las condiciones necesarias y suficientes de pertenencia de una entidad individual a un conjunto.

[137] E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1995, p. 79.

[138] E. Bulygin, "La paradoja de la reforma constitucional", en A. Squella, R. Vernengo (eds.), *Alf Ross. Estudios en su homenaje*, vol I., Valparaiso, 1984 (vol. monográfico de la *Revista de ciencias sociales*, vol. 25, núm. I, 1984), pp. 332 y ss.

conjunto de lugar a un conjunto extensivamente *diferente*; diferente porque diferentes son los elementos que lo componen.

Desde este punto de vista, toda enmienda constitucional –por cuanto "marginal" desde un punto de vista axiológico– produce una Constitución "nueva". Ya que enmienda constitucional e instauración constitucional son –desde un punto de vista *wertfrei*, libre de valoraciones– cosas, simplemente, indistinguibles.

Con ello no se quiere decir que sean indistinguibles el poder constituyente y el poder de enmienda constitucional. Se quiere decir que la distinción entre éste y aquél debe ser buscada en las maneras –las formas– de ejercicio del poder, no en el contenido de las normas respectivamente producidas.

Es poder de enmienda constitucional aquel que se ejercita en las formas previstas por la Constitución. Es poder constituyente aquel que se ejercita *extra ordinem*, es decir, de forma ilegítima.[139] Dado que cualquier cambio *ilegítimo* de la Constitución –por cuanto marginal– establece el ejercicio del poder constituyente. Y, simétricamente, cualquier cambio *legítimo* de la Constitución –por cuanto profundamente incida en la Constitución existente– constituye por lo tanto ejercicio del poder de enmienda.[140]

En cualquier caso, debe quedar claro que el problema aquí discutido no es para nada un problema de interpretación constitucional, sino que es más bien un problema de "teoría" constitucional, es decir, un problema dogmático. Como es evidente, no está en discusión el significado a atribuirse a una disposición constitucional cualquiera, aún por la banal razón de que no se está hablando de un texto constitucional determinado, sino de la Constitución en general: aquí están en discusión los conceptos dogmáticos de Constitución y de enmienda constitucional.

3. *La enmienda de la norma sobre el procedimiento de enmienda*

¿Puede el procedimiento de enmienda constitucional ser utilizado para modificar la misma norma que lo regula?[141]

[139] A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, pp. 97 y ss.

[140] R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, p. 19 y ss.

[141] A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 78 y ss.; A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, ed. de A. Febbrajo y R. Guastini, Bologna, 1982, pp. 205 y ss.; H.L.A. Hart, "Self-Referring Laws", en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 170 y ss.; N. Hoerster, " On Alf Ross' Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind*,

(1) La tesis negativa –la norma sobre el procedimiento de enmienda es irrevisable– fue argumentada sosteniendo que una norma no puede sensatamente referirse (también) a sí misma, bajo pena de producirse una contradicción insoluble.[142] En otras palabras, la disposición que regula la enmienda –si bien *prima facie* tiene por objeto (la enmienda de) todo el documento constitucional, de la que ésta forma parte– no puede ser sensatamente interpretada como si se refiriese también a sí misma.

Pongamos que la norma sobre el procedimiento de enmienda, N1, disponga: "El procedimiento de enmienda es P". Pongamos que, adoptando el procedimiento P, la norma N1 sea sustituida por una nueva norma sobre el procedimiento de enmienda, N2, la cual disponga: "El procedimiento de enmienda es R". Y bien, por un lado, N1 constituye el fundamento de validez de N2; pero, por otro lado, N2 contradice (y es incompatible con) N1. ¿Puede una norma contradecir su fundamento de validez? Parecería justamente que no, por lo tanto, el procedimiento P nunca jamás puede ser utilizado para modificar N1, esto es, la misma norma que lo prevé.

(2) La tesis positiva –la norma sobre el procedimiento de enmienda es susceptible de enmienda– puede ser sostenida argumentando que la contradicción entre N1 y N2, si existe, es irrelevante. Esto por dos razones diferentes.

En primer lugar, el fenómeno de una norma que contradice la norma de la cual acarrea dinámicamente validez, no es para nada extraño.

1972; J. Raz, "Professor A. Ross and Some Legal Puzzles", en *Mind*, 1972; R.A. Guibourg, "La autoreferrencia normativa y la continuidad constitucional", en E. Bulygin, M.D. Farrell, C.S. Nino, E.A. Rabosi (eds.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, 1983; E. Bulygin, "La paradoja de la reforma constitucional", *op. cit.*; J.J. Moreso, "Disposiciones de reforma constitucional", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 10, 1991; F. Modugno, "Il problema dei limiti alla revisione costituzionale", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1992; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi, op. cit.*, pp. 136 y ss.; C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, 1996, cap. VI; S. Colloca, "Revisione costituzionale. Due contributi analitici", en *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. II, p. 995 y ss. Véase también K.R. Popper, "Autoriferimento e significato nel linguaggio ordinario" [1954], en K.R. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972, vol. II.

[142] Una línea argumentativa diferente (ingeniosa) se lee en J.J. Moreso, "Disposiciones de reforma constitucional", *op. cit.*, el cual, por un lado, interpreta las disposiciones sobre la enmienda como "reservas de ley constitucional" (que no plantean grandes problemas) y, por el otro lado, sin embargo, construye tales reservas de competencia normativa como reserva *de procedimiento* (y es esta la idea original). Si la enmienda constitucional es consentida *sólo* con un dado procedimiento, se sigue, *a contrario*, que con ningún otro procedimiento es permitida la enmienda. Por lo tanto, el procedimiento en cuestión no puede ser legítimamente utilizado para "delegar" la enmienda a un procedimiento distinto; ello constituiría violación de la reserva.

Tomemos el caso de una Constitución flexible. La Constitución contiene, en hipótesis, una norma, NC, sobre el procedimiento legislativo, la cual dispone "El procedimiento de aprobación de la ley es X". Pero, dado que la Constitución es flexible, la norma NC puede ser legítimamente sustituida por una norma de ley NL –puesto que aprobada justamente acorde al procedimiento X– la cual disponga: "El procedimiento de aprobación de la ley es (de ahora en adelante) Y". Y esto, no obstante el hecho de que NL trace validez justamente de NC.

Se quiere decir, en suma, que, la contradicción entre dos normas es inadmisible sólo cuando una de las dos sea "rígida" –es decir, materialmente subordinada– respecto de la otra. Pero la Constitución, incluida la norma sobre la enmienda, no está subordinada a las leyes de enmienda constitucional (sino desde el punto de vista meramente estructural), de forma diferente, éstas no podrían modificarla. En ausencia de relaciones de jerarquía material, una norma que contradiga a otra abroga esta última, o es abrogada, según el principio "*lex posterior*", que regula la sucesión en el tiempo de normas pares-ordenadas.[143]

En segundo lugar, y en consecuencia, las normas N1 y N2 no son vigentes en el mismo momento.[144] N1 es norma vigente antes de la enmienda. N2 es norma vigente a la enmienda realizada. En el mismo momento en que N2 entra en vigor, N1 pierde vigor, siendo tácitamente abrogada (por N1).[145]

Ante la evidencia, también este problema, como aquel discutido en el párrafo anterior, no es para nada un problema de "interpretación" constitucional –no está en discusión el significado a atribuirse a un texto constitucional determinado– cuanto en cambio un problema teórico-general o dogmático.

4. *La enmienda de las normas que prohíben la enmienda*

¿Las normas que prohíben la enmienda de algunas disposiciones constitucional –son ejemplos el art. 139 de la Constitución italiana y el art. 89,

[143] Los conceptos de jerarquía estructural y de jerarquía material han sido introducidos en II.4

[144] F. Modugno, "Il problema dei limiti alla revisione costituzionale", *op. cit.*

[145] En suma: N1 y N2 pertenecen, por así decirlo, a dos constituciones diferentes. Véase E. Bulygin, "La paradoja de la reforma constitucional", *op. cit.*, p. 333. Véase también E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi, op. cit.*, pp. 76 y ss.

fracción última, de la Constitución francesa, los cuales prohíben (cada uno en su propio ordenamiento, se entiende) la enmienda de la forma republicana del Estado– son, a su vez, susceptibles de enmienda –y, en particular, de abrogación– para así remover la prohibición? En otras palabras, ¿los límites a la enmienda constitucional dispuestos por la Constitución misma son "absolutos" o "relativos"?

Se suele decir "absoluto" a un límite de la enmienda constitucional que no pueda ser superado –o removido– en forma legal. Por el contrario, un límite "relativo" existe en tanto no sea válidamente abrogada la disposición constitucional que lo estatuya. Un límite absoluto no es en algún modo superable, dado que la disposición constitucional que lo dispone no es susceptible de enmienda o abrogación si no es en formas ilegales, revolucionarias, en suma, *extra ordinem*.

(1) La tesis de que los límites (sustanciales) expresados para la enmienda constitucional tengan carácter absoluto puede ser sostenida argumentando, más o menos, como sigue.

Parece obvio que la prohibición de enmienda no pueda ser válidamente violada mientras que exista. Por lo tanto, para superar el límite de la enmienda sería necesario proceder en dos fases distintas (distintas desde el punto de vista lógico, no necesariamente del cronológico). En una primera fase, sería necesario remover el límite para la enmienda, abrogando la norma que lo estatuye. En una segunda fase, se podrían poner en enmienda aquellas disposiciones cuya enmienda estaba previamente vedada.

Excepto que este procedimiento en dos fases sería sólo un modo fraudulento de eludir o evitar la prohibición, por lo tanto un recurso para violarlo sustancialmente sin darlo a ver. Si la disposición que estatuye tal prohibición pudiese ser abrogada, entonces ésta permanecería prácticamente privada de cualquier efecto (aquello que no podría ser la voluntad de los padres constituyentes).

Por otra parte, es necesario que los límites expresos para la enmienda constitucional se relacionen –como en Italia y en Francia– no a disposiciones marginales de la Constitución, sino justamente a aquellas disposiciones, cruciales, que determinan la forma del Estado. En estas circunstancias, el carácter absoluto de los límites en cuestión puede ser sostenido, como a menudo sucede, también con argumentos *lato sensu* políticos, del tipo: la violación (o la elusión) de la prohibición de enmienda sería como resultado un cambio de la identidad del Estado, una fractura en la continuidad del Estado; se trataría por lo tanto de un acto intrínsecamente revolucionario, incluso si se cumplió en formas exteriormente legales.

(2) La tesis contraria –los límites (sustanciales) expresados para la enmienda constitucional son superables mediante ley de enmienda constitucional– puede en cambio ser sostenida con un argumento de estricto derecho positivo.

Se puede sostener que una cierta norma N1 es sustraída de la abrogación si, y sólo si, existe otra norma positiva, N2, que prohíba la abrogación de N1. Pero las disposiciones constitucionales que contienen prohibiciones de enmienda se refieren no a sí mismas, en cambio a otras normas constitucionales.

Así, por ejemplo, el art. 139 de la Constitución italiana prohíbe abrogar o modificar aquellas disposiciones constitucionales de las que depende la forma republicana del Estado;[146] no prohíbe modificarse o abrogarse a sí mismo. En ausencia de normas que expresamente prohíban la abrogación del art. 139, tal disposición debe sostenerse susceptible de abrogación como cualquier otra.[147]

Una vez más conviene subrayar que el problema presentado aquí no es un genuino problema de interpretación, sino un problema dogmático. Es una discusión no ya del contenido del art. 139 const.[148] o de disposiciones similares de otras constituciones, sino, por así decirlo, su "valor jurídico", su "fuerza vinculante".

[146] Qué disposiciones identifican concretamente la forma republicana de Estado es cuestión a resolverse, obviamente, por vía de interpretación (ésta depende, en particular, del concepto de "república" que se adopte).

[147] No es esta la opinión de la Corte constitucional italiana, la cual sostiene que el art. 139 const., que prohíbe la enmienda de la forma republicana de Estado, no sea a su vez susceptible de enmienda constitucional. Véase en ese sentido un pasaje de la (ya citada) sentencia 1146/1988, donde el límite a la enmienda del art. 139 es expresamente calificado como "absoluto": "La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni por las leyes de enmienda constitucional o por las leyes constitucionales. Tales son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de enmienda constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const.) [...]" (Corte const. 1146/1988). *Cfr.* G. Contini, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, rist. 1984, pp. 300 y ss.; S. Cicconetti, *La revisione della costituzione*, Padova, 1972, pp. 259 y ss.; también R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti, op. cit.*, pp. 372 y ss.

[148] El problema propiamente interpretativo que sale a la luz por el art. 139 es (se ha ya acentuado) el siguiente: ¿qué disposiciones constitucionales definen la forma republicana del Estado, y por lo tanto se sustraen de la enmienda en los sentidos del art. 139?

5. *El valor jurídico de los preámbulos*

¿Cuál es el valor jurídico de los preámbulos constitucionales? ¿Expresan "genuinas" normas jurídicas, susceptibles de aplicación jurisdiccional? O, al contrario, ¿son simplemente "pura retórica constitucional",[149] "declaraciones de intentos, textos de valor programático, en suma, documentos privados de efectos jurídicos"?[150] Nótese bien, aun si no todas las constituciones contemporáneas están provistas de un preámbulo, el mismo problema (más o menos) se pone para todas las disposiciones programáticas que, por el contrario, son de hecho frecuentes en las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial.[151] La cuestión admite evidentemente dos respuestas.

La respuesta negativa es bastante clara. El preámbulo (como el resto de las disposiciones programáticas) expresa "las ideas políticas, morales, y religiosas que la Constitución está pensada para promover. Normalmente, el preámbulo no dicta una norma jurídica precisa al comportamiento humano, y por lo tanto se encuentra privado de contenido relevante. Tiene carácter ideológico más que jurídico".[152] El preámbulo "se presenta como un catálogo de nobles auspicios o deseos piadosos (*voeux pieux*) privados de aquella concretización que deberían tener para darles valor jurídico".[153]

La respuesta positiva es menos clara.[154] Ésta parece descender de la concepción "normativa" de la Constitución,[155] la Constitución completa es un texto normativo, que expresa, en cuanto tal, auténticas normas jurídicas. La formulación vaga o ambigua de estas normas ciertamente puede ciertamente presentar serios problemas de interpretación (y presentar por lo tanto una larga discrecionalidad interpretativa), pero ello no tiene nada que ver con el valor jurídico del texto.

[149] L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1997, p. 33.

[150] E. Zoller, *Droit constitutionnel, op. cit.*, 1998, p. 219.

[151] *Cfr.* R. Guastini, "Remarques sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique. Le cas italien", en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens*, 14ème Congrès International de Droit Comparé (Bristol 1998), Milano, 1998.

[152] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, p. 260.

[153] E. Zoller, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 222.

[154] Nótese que la decisión del Conseil constitutionnel, *Liberté d'association*, del 16 de julio de 1971, que ha reconocido valor jurídico al preámbulo de la Constitución francesa de 1946, no contiene ningún argumento que lo sostenga.

[155] E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional, op. cit.*; E. Zoller, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 31 y ss.; V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio, op. cit.*

No escapa que, como es usual, el problema en cuestión *no* es un problema de "interpretación" constitucional. La formulación misma del problema es suficiente para darse cuenta que no se trata de un genuino problema de interpretación. Mientras, no se pueden interpretar "los preámbulos" en general; se puede sólo interpretar un preámbulo particular. Además, aquí no se pregunta cuál sea el significado de un texto –esto sería el problema propiamente interpretativo– pero cuál sea su "valor jurídico", el que, de hecho, es un problema ni interpretativo, sino "dogmático".

6. *¿Declaración o creación de derechos?*

¿Los derechos subjetivos (en particular, los derechos de libertad) proclamados en la Constitución son "declarados" o, por el contrario, "creados" *ex novo* por la Constitución misma?

En este contexto, "declarados" quiere decir que los derechos en cuestión existían –en cuanto derechos "naturales"– antes de la Constitución, y que los constituyentes se limitaron a reconocerlos y a "positivarlos". "Creados" significa que los derechos en cuestión son derechos "positivos", sin existencia previa a, e independiente a, la Constitución; los constituyentes no los han reconocido, originariamente los han conferido a los ciudadanos[156].

Las dos consecuencias posibles a esta pregunta tienen consecuencias jurídicas muy importantes[157].

(1) Si los derechos constitucionales simplemente han sido declarados por los constituyentes, entonces:

(a) en primer lugar, no está dicho que el catálogo de los derechos contenido en la Constitución sea exhaustivo (puede ocurrir que el reconocimiento haya sido incompleto), ya que los jueces constitucionales están autorizados a "descubrir" derechos nuevos;

(b) en segundo lugar, los derechos en cuestión son absolutamente inviolables, en el sentido que no pueden ser suprimidos ni siquiera mediante enmienda constitucional; dado que no han sido creados por alguna autoridad normativa humana, ninguna autoridad humana puede suprimirlos.

[156] *Cfr.* M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, p. 317 y ss.

[157] Véase más ampliamente R. Guastini, "Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.", en *Ragion pratica*, 29, 2007, pp. 325 y ss., también R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione, op. cit.*, p. 145 y ss.

(2) Si, por el contrario, los derechos constitucionales han sido creados originariamente por el constituyente, entonces:

(a) en primer lugar, los únicos derechos existentes son aquellos mencionados en el texto constitucional, y el juez constitucional no tiene el poder de "encontrar" (i.e. inventar) otros;

(b) en segundo lugar, las normas que confieren tales derechos (en ausencia de una prohibición expresa de enmienda constitucional) pueden muy bien, como cualquier norma positiva, ser abrogadas o modificadas.

Es fácil que también este *no* es un problema de "interpretación" constitucional. En tanto, se está hablando, usualmente, de las declaraciones de derechos en general, y no de un texto constitucional determinado. Además, es bastante evidente que las diversas soluciones dependen en última instancia de opciones filosófico-jurídicas (¿POSITIVISMO JURÍDICO o IUSNATURALISMO?), si bien cargadas de importantes consecuencias prácticas.

7. *Viejas leyes, nueva Constitución*

Normalmente, una nueva Constitución se inserta sobre un ordenamiento jurídico (un conjunto de leyes, reglamentos, etc.) preexistente. Sin embargo, es muy extraño que una nueva Constitución contenga una cláusula de abrogación expresa de la legislación precedente incompatible[158]. Por lo tanto se pone en cuestión si el conflicto entre la nueva Constitución y las leyes anteriores es un problema de sucesión de normas en el tiempo, o en cambio, un problema de incompatibilidad entre normas colocadas sobre grados diferentes en la jerarquía de las fuentes.[159]

En otras palabras, ¿el conflicto debe ser resuelto mediante el principio cronológico ("*lex posterior*"), y las viejas leyes deben considerarse abrogadas, o en cambio, mediante el principio jerárquico ("*lex superior*"), y las viejas leyes deben ser declaradas constitucionalmente ilegítimas?[160]

[158] Sin mencionar de una cláusula de abrogación expresa "nominada", del tipo "Se abrogan las leyes L1, L2, L3, etc.".

[159] Un problema teórico (delicadísimo) diferente de la pregunta sobre cuál es (si existe) el fundamento de VALIDEZ o, al menos, de la aplicabilidad de las normas antecedentes no compatibles. Véase al respecto J.J. Moreso y P. Navarro, "The Reception of Norms and Open Legal Systems", S.L. Paulson y B. Litschewski (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998.

[160] En referencia a la Constitución italiana, "a decir verdad, de acuerdo con algunos autores, no existía ni siquiera un espacio para un juicio de constitucionalidad que asumiese las normas programáticas, incluso, como parámetro para regir la legitimidad de la legislación pre-vigente: si la ley dispone sólo para el futuro, se decía, la nueva Constitución no está en

El problema no tiene ninguna importancia en los sistemas jurídicos en que el control de legitimidad es difuso (como en los Estados Unidos),[161] o en aquéllos en que el control se ejercita únicamente "*a priori*" (como en Francia, hasta la enmienda constitucional del 2008).[162] Pero, en cambio, es un problema serio en todos aquellos sistemas en que el control es concentrado y "a posteriori" (como en Alemania, en España, en Italia, etc.), ya que en línea de principio, en estos sistemas jurídicos, la abrogación –tácita, por incompatibilidad– de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos "*inter partes*", mientras que la ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] de una ley puede sólo ser declarada por el juez constitucional, con efectos "*erga omnes*".[163]

El problema admite más de una solución.[164]

---

calidad de imponerse a las leyes precedentes en cuanto éstas son el producto de un legislador que respecto de esa Carta no podría, por obvias razones, ser vinculado. Pero esta tesis no es aceptada por la Corte" (S. Bartole, "I principi costituzionali", en A. Vignudelli (ed.), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, 2011, p. 131).

[161] De hecho, la incompatibilidad entre viejas leyes y la nueva Constitución –haciendo la aplicación del principio cronológico si se quiere, o del principio jerárquico– puede, en todo caso, ser reconocida y declarada por cualquier juez común. Y de hecho, en línea de principio, las decisiones de los jueces comunes tendrán siempre efectos "*inter partes*", circunscritos al caso decidido.

[162] En este caso, el juez constitucional no tendrá jamás la oportunidad de pronunciarse sobre leyes ya en vigor, como las leyes antecedentes a la Constitución. Parecería natural pensar que, en sistemas constitucionales de este tipo, fuese sin embargo competencia de los jueces comunes, y de éstos únicamente, reconocer la eventual incompatibilidad de una vieja ley con la nueva Constitución y sostener consecuentemente como abrogada la ley, aplicando el principio *lex posterior*. En la doctrina francesa, no obstante, la incompatibilidad entre ley y Constitución –poco importa si ésta es sucesiva a aquélla– está de hecho configurada dogmáticamente como un problema de legitimidad constitucional, y no como un problema de sucesión de normas en el tiempo. Reconocer la incompatibilidad entre una ley y la Constitución sería por lo tanto hacer uso del principio jerárquico, no del cronológico. Pero, por otro lado, se sostiene, que sólo el juez constitucional puede hacer uso del principio jerárquico "contra" las leyes, en virtud del principio de separación de poderes, en ningún caso los jueces comunes pueden rechazar la aplicación de la ley.

[163] Es importante agregar que, normalmente, la abrogación no tiene efectos retroactivos, mientras la declaración de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad], normalmente, retroactúa al momento de la promulgación de las leyes.

[164] *Cfr.*, por ejemplo, en la doctrina italiana, donde el problema ha sido muy discutido en el periodo intercurrente entre la entrada en vigor de la Constitución republicana (1948) y la creación de la Corte constitucional (1956): AA.VV., "Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1956. Vedi inoltre S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, cap. II.

(1) Primera posible solución: las viejas leyes deben sostenerse abrogadas. Sosteniendo esta tesis se puede aducir que el principio cronológico es intrínseco a cualquier ordenamiento jurídico dinámico, y opera no sólo en las relaciones entre fuentes pares-ordenadas, pero también en las relaciones entre fuentes una de las cuales es superior a la otra. No se discute que la ley pueda abrogar (expresamente o tácitamente) reglamentos incompatibles con ésta. No se ve por qué la Constitución no pueda a su vez abrogar (tácitamente) leyes incompatibles con ésta.

(2) Segunda posible solución: ambos principios involucrados, *lex posterior* y *lex superior*, son aplicables, y es por lo tanto indiferente que los jueces comunes decidan aplicar uno (sosteniendo las viejas leyes sin más como abrogadas) u otro (sometiendo la cuestión al juez constitucional). Este punto de vista –nótese– no exige ni siquiera argumentación, desde el momento de aplicabilidad de ambos principios es indiscutible; de forma diferente, no existiría el problema.

(3) Tercera posible solución: hay que distinguir. La abrogación (tácita) se produce sólo en presencia de una contradicción "puntual" entre una norma sucesiva y una antecedente. Entonces, tales disposiciones constitucionales, siendo precisas y circunstanciadas, contradicen "puntualmente" disposiciones legislativas antecedentes, y por lo tanto producen la abrogación (véase, en la Constitución italiana, el caso del art. 27, fracción 4, "No se admite la pena de muerte", en relación con las disposiciones del código penal de 1931 que, precisamente, preveían tal pena). Otras disposiciones constitucionales –las de principio, las programáticas– no son idóneas para abrogar ningún tipo de normas debido a su contenido normativo altamente indeterminado.[165]

(4) Cuarta posible solución: las viejas leyes deben sostenerse como válidas y vigentes hasta que no sean declaradas inconstitucionales por el juez constitucional. Este punto de vista puede ser argumentado aduciendo:

(a) que la abrogación (el principio cronológico) opera sólo entre las fuentes pares-orientadas; las viejas leyes, en hipótesis, se encuentran en oposición no con una ley sucesiva, sino con la Constitución, que es fuente superior;

(b) que toda decisión relativa a la incompatibilidad entre leyes y Constitución es, por sí misma, un juicio de legitimidad constitucional, y como tal se encuentra reservado al juez constitucional.

[165] Era precisamente ésta, en Italia, la orientación de la Corte de casación entre 1948 (año de entrada en vigor de la Constitución) y 1956 (año de inicio de la actividad de la Corte constitucional).

Es apenas necesario dar a notar que ninguna de estas cuatro posibles soluciones depende de la "interpretación" de la Constitución; por hipótesis, no existe disposición constitucional alguna a ser sometida a la interpretación. Como es usual, el problema en discusión no es estrictamente interpretativo, sino dogmático.

V. Interpretación y construcción en el juicio de legitimidad constitucional

1. *El objeto de las decisiones constitucionales: ¿disposiciones o normas?*

¿Cuál es el objeto de las declaraciones de ilegitimidad constitucional* pronunciadas por los tribunales constitucionales? ¿Tratan éstas de las "disposiciones" de la ley, es decir, de enunciados normativos, o en cambio de las "normas", es decir, del contenido de sentido de enunciados normativos?

En una ocasión, la Corte constitucional italiana declaró: la Corte "juzga sobre normas, pero se pronuncia sobre disposiciones".[166] Por decirlo así, parece que la Corte entiende que: (a) la Corte juzga sobre normas –entendidas no como texto, sino como significados– dado que la ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] de una disposición no puede ser apreciada sin una decisión previa, mediante interpretación, en torno a su significado, es decir, en torno a la norma que ésta expresa; pero (b) la corte se pronuncia sobre disposiciones, dado que no existen normas (significados) sin disposiciones (enunciados) que la expresen o a las cuales sean, no obstante, reconducibles.[167]

**N. de. T.* También puede ser traducido como "declaraciones de inconstitucionalidad", es decir, las declaraciones a través del cuál se determina si una norma legislativa o administrativa está acorde con los mandatos constitucionales. De nuevo, para mantener la integridad del texto original y algunas figuras utilizadas por el autor, se dejó la traducción más literal.

[166] "En general la disposición…, constituye el necesario vehículo de acceso de la norma al juicio de la Corte, que se desarrolla sobre la norma cual objeto de comparación con el contenido preceptivo del parámetro constitucional" (Corte const. 84/1996).

[167] Cierto es que, en el ordenamiento italiano, no se puede denunciar ante la Corte constitucional una norma sin indicar la disposición (o el conjunto de disposiciones) de la cual ésta trata: art. 23, fracción 1, letra a, ley 87/1953. Préstese atención al hecho de que la Corte no tiene jurisdicción sobre las normas consuetudinarias.

No obstante, ante un análisis preciso, las cosas resultan un tanto más complejas. Pueden de hecho darse casos, aunque sean marginales, en los cuales los tribunales constitucionales *no* juzguen sobre normas y/o *no* se pronuncien sobre disposiciones.

Circunscribiendo el discurso a las sentencias de ilegitimidad constitucional (ignorando aquellas sentencias que rechazan la cuestión de ilegitimidad constitucional), se deben hacer tres observaciones.

En primer lugar, el juez constitucional juzga no necesariamente sobre normas, sino más bien sobre "actos" normativos –ya sea en el sentido de los documentos, ya sea en el sentido de los procedimientos– toda vez que se encuentre en discusión la invalidez formal del total del texto denunciado.

En segundo lugar, el juez constitucional se pronuncia, en sentido estricto, sobre normas, y no sobre disposiciones, toda vez que lo que se encuentra en discusión la invalidez material de una norma meramente implícita, inexpresada en ninguna disposición (o al menos por alguna disposición tomada aisladamente).

En tercer lugar, más en general, el juez constitucional se pronuncia, en rigor de términos, no sobre disposiciones, sino sobre normas, toda vez que formula una decisión interpretativa y/o manipulativa.

2. *Invalidez de actos, disposiciones, y normas*

Para ilustrar analíticamente el objeto de las declaraciones de ilegitimidad constitucional, conviene sobre todo subrayar la distinción entre invalidez formal e invalidez material o sustancial.[168]

Una norma, disposición, o fuente:

(i) se dice *formalmente válida* cuando ha sido producida en concordancia con las normas "sobre la producción jurídica"[169] –estructuralmente supraordinadas– que regulan la creación; en suma, cuando ha sido producida de modo formalmente correcto, esto es, creada (a) por el órgano competente (b) según el procedimiento prescrito, y

(ii) se dice materialmente válida cuando no es incompatible con las normas –materialmente supraordinadas– que limitan o predeterminan el posible contenido.

Es por ello que observa específicamente a la ley, la invalidez formal, en sentido estricto, no ataca a la "ley" como tal, es decir, el texto o documento

[168] R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010, cap. XXIV.

[169] R. Guastini, *Le fonti del diritto, op. cit.*, cap. IV.

normativo aprobado por el órgano legislativo; la invalidez formal observa al procedimiento de formación de la ley, no a su texto. Incluso si, naturalmente, la invalidez del procedimiento implica también la invalidez del texto normativo producido (en su totalidad).

Por lo tanto, dado que la cuestión de la legitimidad constitucional respecta a la invalidez formal, la decisión de la Corte vierte directamente sobre el procedimiento de formación de la ley, y por lo tanto (pero sólo indirectamente) sobre la totalidad del texto normativo. En estos casos, una sentencia de aceptación [constitucionalidad] –es decir, una declaración de legitimidad constitucional– abruma el texto de la ley en su totalidad y del todo independientemente del contenido normativo.[170]

Pero, por lo que se refiere a la invalidez material, las cosas son diferentes. La invalidez material ataca no el procedimiento de formación del acto, sino sólo la norma "viciada". Viciada, según los casos, por el objeto que regula (vicio material o sustancial).

Una ley obviamente contiene (expresa) una gran cantidad de normas, no se dice (de hecho es algo excepcional) que todas se encuentren (directa o indirectamente) en contradicción con normas constitucionales, o que todas excedan (en positivo o en negativo) la competencia material de la ley. Puesto que la ley en cuestión esté afectada por vicios de otra naturaleza (formales), ésta es inválida no ya en su totalidad, sino sólo limitadamente ante aquellas normas que sean incompatibles con normas constitucionales o que regulen objetos reservados a una fuente distinta. De modo que la identificación del vicio presupone la interpretación de las leyes en cuestión.

Parecería tener que concluirse que las declaraciones de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad], en presencia de dudas respecto a la validez material de la ley, vierten siempre sobre normas. El juez constitucional, desde este punto de vista, no podría hacer otra cosa que declarar la ilegitimidad constitucional de la norma.

En un sentido, esto es exacto. Pero hay que preguntarse, ¿es posible anular una cierta norma sin atacar también a la disposición o disposiciones de las cuales esa norma constituye el significado?

[170] Por decirlo así ("independientemente de su contenido normativo"), más bien simplifica las cosas. En realidad, la interpretación del texto no siempre es superflua. Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, para decidir si una cierta ley es formalmente inválida porque no es aprobada según el procedimiento exigido por el art. 72, fracción 4, const. –en cuanto tienen por objeto, digamos, la materia electoral– es necesario comprobar previamente el contenido (específicamente, el objeto que regula), lo que supone una operación interpretativa.

La respuesta es: Depende. Las posibilidades más interesantes son las siguientes.[171]

(a) Una disposición D es ambigua, y puede por lo tanto ser entendida en dos sentidos *alternativos*. Entendida en el primer modo, ésta expresa la norma N1; entendida en el segundo, ésta expresa la norma diferente N2. Por hipótesis, la norma N1 se encuentra en contradicción con la Constitución, mientras N2 es compatible con la Constitución. En tal caso, la declaración de ilegitimidad constitucional atacará la norma N1, dejando intacta la disposición D, dado que D puede siempre ser entendida en el segundo modo (interpretación adecuadora), de modo que no se manifieste ninguna antinomia.

(b) Una disposición D tiene un contenido de significado complejo; ésta expresa dos normas *conjuntamente*, N1 y N2. De nuevo, por hipótesis, la norma N1 se encuentra en contradicción con la Constitución, mientras que N2 es compatible son la Constitución. Incluso en este caso la declaración de ilegitimidad constitucional atacará a la norma N1, dejando intacta la disposición D, dado que de ésta permanece aún la posibilidad de obtener la norma N2, sin que ello provoque una antinomia.

(c) Una disposición D expresa dos normas, N1 y N2, no importa si alternativamente o conjuntamente. Supongamos que sendas normas se encuentran en contradicción con la Constitución. Y bien, en tal caso, la declaración de ilegitimidad constitucional, al atacar las normas, fatalmente atacará también las disposiciones en cuanto tal, dado que ésta, aún interpretada, resulta inconstitucional, y por lo tanto no es susceptible de alguna interpretación conforme a la Constitución.

De hecho, algunas declaraciones de ilegitimidad constitucional vierten sobre textos (disposiciones legislativas), mientras que otras vierten no directamente sobre textos, pero sólo sobre interpretación de textos, es decir, sobre normas *stricto sensu*, normas propiamente dichas.

3. *Anulación de disposiciones y anulación de normas*

Dejando de lado el caso (del todo marginal en la práctica) de la invalidez formal de actos normativos, la declaración de ilegitimidad constitucional [inconstitucionalidad] puede por lo tanto atacar, según los casos, disposiciones o normas.

[171] *Cfr.* G. Zagrebelsky, "Processo costituzionale", *op. cit.*, p. 642 s.; R. Guastini, "Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali", en P. Comanducci, Guastini, Riccardo (ed.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990.

A. *Ilegitimidad constitucional de disposiciones*

Las sentencias de anulación que vierten sobre disposiciones pueden ser de dos tipos, entre las cuales conviene distinguir ulteriormente. Aquéllas del primer tipo pueden llamarse sentencias (no interpretativas) de anulación sin ulterior especificación; las del segundo, sentencias (no interpretativas) de anulación parcial.

(i) En primer lugar, se encuentran sentencias que declaran la ilegitimidad constitucional de una disposición en su totalidad; la disposición resulta "enteramente" anulada. La invalidez, por lo tanto, ataca al texto en cuanto tal; dado que, se supone, éste no admite ninguna interpretación conforme a la Constitución; todas las normas que de este texto se pueden obtener se encuentran en contradicción con la Constitución. La disposición inválida no es más susceptible de interpretación alguna, y por lo tanto no puede seguir siendo adoptada en motivaciones de actos jurisdiccionales y administrativos.

(ii) En segundo lugar, se encuentran sentencias (así llamadas "reductivas") que atacan una disposición, anulándola, pero sólo parcialmente, limitadamente con otras palabras.[172] La disposición no pierde validez sobre su totalidad, pero resulta alterada o mutilada. En práctica, la decisión del juez constitucional impide a los órganos de la aplicación el tener en cuenta ciertas palabras al interpretar esa disposición.[173] De tal modo, el contenido normativo de la disposición es reducido, limitado, no se permite más extraer de esa disposición normativa la norma que corresponde a esas palabras en específico.

Para comprender el punto, hay que tener en cuenta que a menudo una sola disposición puede ser, digámoslo así, descompuesta en dos (o más) fragmentos sintácticamente autónomos, cada uno de los cuales expresa una norma independiente. Imagínese una disposición D que tenga la siguiente estructura: "Si A o B, entonces Z". Tal disposición puede ser descompuesta y reconstruida en los dos fragmentos siguientes: (D1) "Si A, entonces Z"; (D2) "Si B, entonces Z". Ahora bien, puede suceder, por ejemplo, que sólo la norma expresada por D1 se encuentre en contradicción con la Constitución, y que una norma expresada por D2 en cambio

[172] Un ejemplo en Corte cont. 202/1987

[173] El resultado (hecha la debida abrogación y anulación) es análogo a aquel de una disposición legislativa (de abrogación expresa) que abrogara un toda una disposición, sino sólo un fragmento de disposición.

se encuentre de conformidad con la Constitución. Entonces aquí, en tal circunstancia, la Corte pronunciará una sentencia (no interpretativa) de anulación parcial, anulando únicamente una parte de la disposición; la parte correspondiente a D2, es decir, concretamente las palabras correspondientes a la fórmula B.[174]

B. *Ilegitimidad constitucional de normas*

También las sentencias que vierten sobre normas, es decir, sobre interpretación, dejando inalteradas las disposiciones, pueden ser de diversos tipos.

(i) En primer lugar, se encuentran sentencias interpretativas de anulación en sentido estricto. Se trata de sentencias que anulan ya no el texto (ya sea parcialmente o totalmente), sino tan sólo una de sus posibles interpretaciones *alternativas*.[175] La disposición conserva su validez. La anulación ataca sólo una de las normas *separadamente* expresadas por la disposición. Y así impide una de las posibles interpretaciones de la disposición. Pero la disposición puede aún se adoptada en motivación de medios jurisdiccionales o administrativos, en tanto no sea interpretada expresando la norma declarada ilegítima por la Corte.

(ii) En segundo lugar, se encuentran sentencias interpretativas de anulación parcial. Se trata de sentencias que anulan una de las normas *conjuntamente* expresadas por una disposición; una norma que, no obstante, no es referible a un conjunto específico de palabras sintácticamente autónomo.[176] También en este caso, el contenido normativo de la disposición es reducido, sin que no obstante la disposición resulte alterada en su tenor literal.

(iii) En tercer lugar, se encuentran sentencias que anulan una norma meramente implícita, inexpresa;[177] una norma que no puede ser adscrita a algún texto legislativo determinado, pero puede sólo ser extraída, "construida", de la combinación de una pluralidad de disposiciones. También en este caso, evidentemente, no existe disposición alguna que sea declarada inválida, pero se excluye la posibilidad de manipular las disposiciones existentes de modo que extraigan la norma inexpresada en cuestión. Aun sin tocar los textos de las fuentes del derecho, estas sentencias sustraen una norma (inexpresada) del ordenamiento.

[174] Un buen ejemplo puede verse en Corte const. 139/1989.

[175] Un ejemplo en Corte const. 26/1961.

[176] De forma diferente, estaremos en el caso examinado en el punto (ii) de la clasificación precedente (sentencias "reductivas"). Un ejemplo en Corte const. 63/1966.

[177] *Cfr.* por ejemplo Corte const. 300/1983. Pero, como diremos, según algunos también las sentencias aditivas pueden ser reconducidas a esta categoría.

4. *Las sentencias manipulativas*

En el ámbito de la declaración de ilegitimidad constitucional que vierten sobre normas –dejando intactas las disposiciones– requieren una explicación de las sentencias llamadas "manipulativas" o –como dicen algunos– "normativas".[178] Las sentencias en cuestión ameritan aquí una atención particular, dado que muestran cómo el control de legitimidad constitucional sobre leyes no siempre es posible –como quería Kelsen– a en la forma de "legislación negativa", sino que en ocasiones, en verdad, se convierte en "legislación positiva".

Existen dos tipos fundamentales de sentencias manipulativas;[179] las sentencias "aditivas" y las sentencias "sustitutivas".[180]

A. *Sentencias aditivas*

Se les llama "aditivas" a aquellas sentencias en parte resolutiva declara constitucionalmente ilegítima una disposición "en las partes en las que no prevé" una cierta cosa que debería prever para ser conforme a la Constitución.

Supongamos por ejemplo que una norma N1 confiera un derecho (o cualquier otra situación jurídica subjetiva) a una clase dada de sujetos S1 ("Si S1, entonces D"), y que omita conferir el mismo derecho a una clase diferente de sujetos S2. Supongamos además que, según la opinión de la Corte, las dos clases de sujetos, S1y S2, sean iguales y ameriten por ello el mismo trato. Aquí por lo tanto, que la norma N1 es inconstitucional por

[178] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *op. cit.*, pp. 402 y ss.; A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, pp. 63 ss; C. Lavagna, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, pp. 669 y ss.; G. Zagrebelsky, "Processo costituzionale", *op. cit.*, pp. 651 y ss.; G. Silvestri, "Le sentenze normative della Corte costituzionale", *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, pp. 755 y ss.; A. Vignudelli, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia "normativa" delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, 1988. Véase también T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Paris, 1997.

[179] A decir verdad, esta tipología no es exhaustiva ya que, en el seno de las sentencias aditivas, las sentencias "de parte resolutiva genérica", o "aditivas de principio" ocupan un puesto por sí mismo que ameritaría una explicación independiente. Véase al respecto G. Parodi, "Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale", en P. Comanducci, Guastini, Riccardo (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

[180] Retomo en análisis que sigue de R. Guastini, "Analysing Legislation", *op. cit.*, p. 224 y ss.

violación del principio de igualdad (art. 3, fracción 1, en la Constitución italiana). Por lo tanto, N1 debería de ser declarada constitucionalmente ilegítima.

En casos de este tipo, sin embargo, el juez constitucional –fíjese bien– no declara inconstitucional la norma ante él presentada. Hace una cosa diferente, estatuye que N1 es constitucionalmente ilegítima en la parte *en que no* extiende el derecho en cuestión también a la clase de sujetos S2.[181]

Como se puede comprender, ésta no es propiamente, una declaración de ilegitimidad constitucional. En el sentido en que la disposición de la que se trata *no* es de hecho anulada;[182] los sujetos pertenecientes a la clase S1 conservan el derecho conferido por N1 (no sería así si N1 fuese declarada inconstitucional).[183] De hecho, estas sentencias no tocan en modo alguno las normas que incluso, aparentemente, declaran ilegítima, dado que se refieren no a la norma existente, sino más bien, paradójicamente, a una norma (o a una parte de disposición) "ausente", una norma absolutamente inexpresa (si no imaginaria).

Lo que hace el juez constitucional es agregar al ordenamiento vigente una norma apócrifa N2, la cual adscribe el derecho del que se trata a la clase de sujetos S2. La ley sustantiva: (N1) "Si S1, entonces D"; la Corte agrega: (N2) "Si S2, entonces D".

N2 es una norma de rango legislativo, creada intersticialmente por el juez mismo, que la obtiene de la interpretación de la Constitución: una norma que "debe" ser válida de acuerdo con la Constitución, y que por lo mismo es concebida sin más como válida, aun si no es expresada.[184] Se trata de una norma inexpresa, construida combinando una norma constitucional (el principio de igualdad) con la norma legislativa presentada el juicio.

A decir verdad, las sentencias de este tipo se presentan también en una reconstrucción diferente. Hay quien sostiene de hecho que el juez constitucional no "agrega" una nueva norma al ordenamiento, sino que se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de una norma preexistente, sin em-

[181] Por así decirlo, el juez constitucional colma una laguna axiológica.

[182] Una pista en G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011, p. 68.

[183] En suma, sentencias similares, de hecho, no declaran la ilegitimidad de ninguna norma, ni sustraen ninguna norma del ordenamiento. Dado que parece que no tuviera mucho sentido distinguir, como se suele hacerse, en el seno de las parte resolutivas aditivos, una parte "ablatoria" y una parte "aditiva" (para después sostener que sólo la parte ablatoria produce efectos jurídicos): bien vista, la parte "ablatoria" simplemente no subsiste. Pero véase lo que se dirá en la nota sucesiva.

[184] Dos ejemplos entre miles: Corte const. 190/1970, y, 364/1988.

bargo inexpresa, y precisamente una norma obtenida ("construida") *diferente* de aquella en discusión. En otras palabras, el juez no "agrega" al ordenamiento la norma "Si S2, entonces D", sino que declara constitucionalmente ilegítima la norma –implícita– "Si S2, entonces no-D". En todo caso, sigue vigente el hecho de que declarar constitucionalmente ilegítima la norma "Si S2, entonces no-D" no tiene otro efecto diferente de introducir en el ordenamiento la norma –igual y contraria, por así decirlo– "Si S2, entonces D".[185]

B. *Sentencias sustitutivas*

Se dicen "sustitutivas" aquellas sentencias en cuya parte resolutiva se declara constitucionalmente ilegítima una disposición en cuanto prevé, o en la parte en que prevé, una cierta cosa "en lugar de" prever otra, que ésta debería prever para encontrarse conforme a la Constitución.

Supongamos, por ejemplo, que N1 confiera un poder a un cierto órgano del Estado, O1 ("Si O1, entonces P"). Supongamos además que, según la Constitución, como es interpretada por la Corte, el poder en cuestión debe ser conferido no al órgano O1, sino a un órgano diferente O2. En consecuencia, N1 se encuentra en contradicción con la Constitución, y debería ser declarada constitucionalmente ilegítima.

No obstante, en caso de este tipo, esta solución resulta insatisfactoria para el juez constitucional, el cual sólo se limita a anular N1,[186] pero que estatuye que N1 es inconstitucional "en la parte en que" confiere el poder en cuestión a O1 *en lugar de* a O2.

Trabajando así el juez cumple una doble función. Por un lado, anula N1 ("Si O1, entonces P").[187] Por el otro lado, y contextualmente, introduce en el ordenamiento –en lugar de N1– una norma diferente. N2, en virtud de la cual el poder en cuestión es adscrito a O2 ("Si O2, entonces P"). N1 es por lo tanto sustituida por N2.

Naturalmente, la norma N2 –norma implícita, de rango legislativo, obtenida de la interpretación de la Constitución– es fruto de creación intersticial del derecho por obra del juez constitucional.[188]

[185] Sobre esto ampliamente G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico, op. cit.*, spec. p. 123 y ss.

[186] Aquello que crearía una "laguna" (de cualquier tipo) en el ordenamiento.

[187] En esto, las sentencias sustitutivas se diferencia radicalmente de aquellas aditivas, las cuales, como se ha visto, no anulan de hecho la norma (expresa) puesta a juicio por la Corte.

[188] Dos ejemplos en Corte const. 15/1969, 86-71977.

Es importante notar que, en el caso de las sentencias manipulativas, no se trata de la "normal" derivación, en sede interpretativa, de normas constitucionales o legislativas inexpresas a partir de normas, igualmente constitucionales o legislativas, expresas. En estos casos, el juez constitucional construye, a partir de normas *constitucionales* expresas (o inexpresas),[189] normas *legislativas* inexpresas. Si se tratase también de una derivación lógicamente restringente (pero nunca es el caso),[190] sería difícil comprender cómo pueda la Constitución (aunque sea eventualmente combinada con normas de ley) implicar lógicamente normas de rango legislativo.

5. *La máquina de las lagunas*

La gran parte de las constituciones contemporáneas incluyen el (alguna formulación) principio de IGUALDAD. No obstante la variedad de formulaciones que se encuentran en las diversas constituciones, tal principio es generalmente interpretado por los tribunales constitucionales en el sentido (aristotélico) que "los casos iguales deben ser regulados en el mismo modo, los casos diferentes deben ser regulados de formas diferentes".

Y bien, así interpretado, el principio de igualdad es una potente máquina para la producción de *lagunas axiológicas* en la legislación.[191] Y las sentencias aditivas son a menudo fruto de la aplicación del principio de igualdad entendido de este modo.

Una laguna axiológica es la falta de una norma *justa*. Dicho de forma más precisa, en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cada vez que una clase de caso *sí es* –nótese bien– *regulada* por una norma, pero la regulación existente es juzgada como *insatisfactoria* por el intérprete.[192] Lo que falta, por lo tanto, es no una norma sin especificaciones ulteriores (dado que la norma *existe*), sino para más precisión una norma que regule el caso de modo "satisfactorio"; en este sentido, una norma "*justa*".

[189] A veces (no siempre) en combinación con normas de ley.

[190] En la doctrina generalmente es aceptada la tesis de V. Crisafulli (véase por ejemplo *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *op. cit.*, pp. 407 s.), según el cual la Corte constitucional italiana no crearía normas nuevas, sino que se limitaría (a lo mucho) a desarrollar –"en rimas", como dice Crisafulli– las implicaciones de normas preexistentes. Esta tesis tiende a acreditar la idea de que la Corte cumple con razonamientos lógicamente restringentes. Pero, desde el punto de vista lógico, es una tesis que carace de fundamento.

[191] G. Parodi, "Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale", *op. cit.*

[192] C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971.

Ahora bien, el principio de igualdad permite al juez constitucional crear una gran cantidad de lagunas axiológicas en el siguiente modo.

(a) El legislador, al regular una clase de caso (por ejemplo, las "grandes empresas"), ha omitido regular en el mismo modo otro tipo de caso (por ejemplo, "las pequeñas empresas") que, según el juez constitucional, es "sustancialmente" igual al tipo de caso regulado.

(b) El legislador, al regular una clase de casos (por ejemplo, las "empresas"), ha omitido distinguir, en el seno de tal clase, dos subclases (por ejemplo, las "grandes" y las "pequeñas" empresas) que, según el juez constitucional, son "sustancialmente" diferentes y que ameritan por lo tanto regulaciones distintas.

En el primer caso, aquello que falta, según el juez constitucional, es una norma "igualitaria". En el segundo caso, lo que falta es, al contrario, una norma "diferenciadora". En ambos casos, la ley es juzgada inconstitucional en razón de la laguna axiológica que contiene.

Es evidente que las lagunas axiológicas no son una propiedad objetiva del derecho; son creadas por los intérpretes con el fin de modificar el derecho existente, mediante un juicio subjetivo de justicia, escondido en la valoración relativa a la igualdad o a la diferencia "sustancial" entre clases de casos.

VI. Bibliografía Recomendada

Azzariti, G. (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.

Bognetti, G., "Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica", en Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2002, *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2004.

Brunet, P., "Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle", en C. Grewe, O. Jouanjan, É. Maulin, P. Wachsmann (eds.), *La notion de "justice constitutionnelle"*, Paris, 2005.

Dogliani, M., *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982.

Ferrer Mac-Gregor, E. (ed.), *Interpretación constitucional*, México, 2005.

García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1985.

GIANFORMAGGIO, L., "L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985.

GOLDSWORTHY, J. y CAMPBELL T. (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, 2002.

GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, Torino, 2011.

_____, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducciones Marina Gascón y Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003 [1999].

_____, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción Jordi Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999.

_____, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2002 [2001].

_____, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducciones Marina Gascón, Miguel Carbonell, y Ricardo Guibourg, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

_____, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004

_____, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, 2010.

_____, "Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali", *Ragion pratica*, vol. 26, 2006.

_____, "Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali", en P. Comanducci y Guastini, Riccardo (ed.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990.

_____, *Teoría e ideología de la Interpretación constitucional,* Trotta-UNAM, 2008.

_____, "Remarques sur la constitutionnalisation de l'ordre juridique. Le cas italien", en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens*, 14ème Congrès International de Droit Comparé (Bristol 1998), Milano, 1998.

LAPORTA, F.J. (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación, e indeterminación normativa*, Madrid, 2007.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F. (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005.

MENDONÇA, D., *Como hacer cosas con la Constitución. Una introducción al análisis constitucional*, Asunción, 1999.

MENDONÇA, D. y GUIBOURG, R.A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid-Barcelona, 2004.

MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, 1997.

_____, "Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional", en *Doxa*, núm. 23, 2000.

MODUGNO, F., *Scritti sull'interpretazione costituzionale,* Napoli, 2008.

NAVARRO, P.E.; BOUZAT, A. *Interpretación constitucional*, Bahía Blanca, 1999

PACE, A., "Metodi interpretativi e costituzionalismo", en *Quaderni costituzionali*, 2001

PINO, G., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003.

PRIETO SANCHÍS, L., "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudioos Constitucionales*, núm. 9, 1991.

RESCIGNO, G.U, "Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico", en *Diritto pubblico*, 2005, núm. 1.

RUGGERI, A., "Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale", en *Ars interpretandi*, vol. 7, 2002.

VIGNUDELLI, A., *Interpretazione e costituzione. Miti, modi, e luoghi del pensiero giuridico*, Torino, 2011.

WRÓBLEWSKI, J., *An Outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation*, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Juridica, 32, 1987.

ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bologna, 1988.

CAPÍTULO 57
FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL

Marcelo FERRANTE*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Castigo.* III. *Responsabilidad.* IV. *Criminalización.* V. *Proceso.* VI. *Conclusión. VII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal es una práctica social que ha dado lugar a investigación filosófica, desde la discusión sobre la justificación del castigo (la discusión, esto es, sobre las razones para castigar, sobre si las hay y, en su caso, cuáles son) hasta la relativamente reciente explosión del área de investigación denominada, precisamente, filosofía del derecho penal.[1] En este capítulo expongo los rasgos característicos de algunas de las manifestaciones más sobresalientes de esta investigación filosófica referida al derecho penal.

II. CASTIGO

El territorio probablemente más recorrido por la filosofía del derecho penal es el de la justificación del castigo. Desde la filosofía antigua[2] hasta nuestros días,[3] la pregunta por la justificación del castigo ha estado siempre presente

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Torcuato Di Tella.

[1] De esa explosión dan cuenta tres obras muy recientes que compilan trabajos representativos del estado actual de la investigación en todas las áreas del campo: Deigh, John y Dolinko, David (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Duff, R. A. y Green, Stuart P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; y Robinson, Paul H.; Garvey, Stephen P.; y Ferzan, Kimberly Kessler (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

[2] Por ejemplo, Platón, *Protagoras*, § 324 a-b.

[3] Por ejemplo, Berman, Mitchell N., "Punishment and Justification", *Ethics*, vol. 118, núm 2, 2008, pp. 258-290.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2087-2108.

y sigue aún abierta. En un sentido profundo, la pregunta es: ¿Por qué (y en su caso en qué condiciones) puede ser correcto provocarle intencionalmente un mal a alguien que ha hecho él mismo un mal? Puesto de otro modo (en una expresión que tomo de H. L. A. Hart), ¿cuál es la receta de alquimia moral que permite transmutar esos dos males (el mal hecho por el autor del crimen y el mal que hace un grupo de funcionarios estatales) en un bien, en algo que debemos fomentar?

Entre todas las respuestas que se han ofrecido para esa pregunta (y otras derivadas de ésas) a lo largo de la historia de la filosofía, podemos distinguir dos grandes clases de respuestas, algo así como dos tipos puros de respuestas a la cuestión de la justificación del castigo.

De acuerdo con la primera, existe algo así como una justicia retributiva: hay algo, digamos así, fundamentalmente justo en el castigo. Si una persona es genuinamente reprochable, en el sentido de que ha cometido una acción genuinamente aberrante y lo ha hecho culpablemente, entonces su castigo es algo intrínsecamente valioso, tiene un valor, esto es, que no se deriva de ninguna otra cosa para la cual el castigo pueda ser un medio.

Los retributivistas contemporáneos, como Michael Moore[4] o Leo Katz,[5] suelen mostrar con éxito la estabilidad de nuestras intuiciones retributivistas. Imagínese a un monstruo moral, alguien que haya hecho algo monstruosamente atroz, actuando por los motivos más abyectos, regocijándose después por haberlo hecho. Piénsese ahora en dos mundos posibles: un mundo M_1, en el que el monstruo moral sigue feliz con su vida; y un mundo alternativo M_2, en el que el monstruo padece sufrimiento en virtud de su crimen atroz. La intuición muy robusta generalmente compartida es que M_2 es mejor que M_1. Moore, por ejemplo, intenta defender su tesis del valor intrínseco de la justicia retributiva a partir de esta intuición, rechazando todo intento de defender la idea de que hay algo problemático u objetable en albergarla.

La defensa de la tesis retributivista de que hay un valor intrínseco en el castigo (y que, si lo hay, debemos realizarlo mediante nuestras instituciones estatales) es particularmente elusiva.[6] En contraste, la segunda clase de

[4] Moore, Michael, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

[5] Katz, Leo, "Ciminal Law", en Patterson, Dennis (ed.), *.A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 80-95.

[6] Intentos atractivos hay muchos: por ejemplo, Hampton, Jean y Murphy, Jeff, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; Duff, R. A., *Punishment, Communi-*

respuesta a la pregunta por la justificación del castigo, la justificación consecuencialista, parece simple y convincente.

Un consecuencialista acerca del castigo es alguien que propone que la única consideración relevante para responder a la pregunta por la justificación del castigo es cuáles son las consecuencias que produciría el imponer castigo en comparación con el hacer alguna otra cosa en su lugar. El mejor ejemplo de un pensador así sigue siendo hoy en día Jeremy Bentham, aunque escribió el libro fundamental sobre este tema hace más de doscientos años.[7] La idea básica es la siguiente: "[T]odo castigo es un daño: todo castigo es en sí mismo malo. Bajo el principio de utilidad, el castigo sólo puede ser admitido (si es que ha de ser admitido) en la medida en que pueda esperarse de él que evitará un daño mayor al que el impone".[8]

Un poco más en particular, en la visión benthamiana el castigo está justificado si es una medida eficiente para la minimización del daño; y puede serlo, pues bajo esa concepción el castigo funciona como un sistema de precios. Cada vez que se castiga a un individuo por haber realizado una acción φ en virtud de una regla según la cual se hará lo mismo en todo caso equivalente se le muestra a los individuos dispuestos a hacer φ en el futuro que esa decisión tiene un costo punitivo (además de cualesquiera otros que pueda tener con independencia del derecho penal); y, como en el mercado de bienes y servicios, *ceteris paribus* cuanto mayor es el costo de una clase de acción, menor es el número de gente dispuesta a embarcarse en ella.

Este enfoque se ha enfrentado a lo largo de la historia principalmente a objeciones relacionadas con su solvencia empírica,[9] de las que muchos autores consecuencialistas han intentado dar cuenta especialmente haciendo más complejas las teorías sobre el mecanismo que permite establecer las relaciones causales esperadas entre el castigo y el conjunto de delitos que se cometen en la sociedad.[10]

Simples o complejas, las teorías consecuencialistas de la justificación del castigo se enfrentan a una objeción filosófica contundente: en ellas no hay

---

cation and Community, Oxford, Oxford University Press, 2001; Primoratz, Igor, "Punishment as Language", *Philosophy*, vol. 64, núm. 248, 1989, pp. 187-205.

[7] Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (de Bentham, Jeremy), Oxford, Oxford University Press, 1996. También Ferrante, Marcelo, "Deterrence and Crime Results", *New Criminal Law Review*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 1-77, con referencias a la literatura consecuencialista sobre castigo y derecho penal.

[8] Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.), *Ibidem*, p. 158.

[9] Por ejemplo, Robinson, Paul H. y Darley, John M., "Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 2, 2004, p. 173.

[10] Por ejemplo, Kahan, Dan M., "Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence", *Michigan Law Review*, vol. 95, 1997, p. 2477; Ferrante, Marcelo, *op. cit.*, nota 7.

lugar para las consideraciones de culpabilidad o inocencia y otras que parecen ser centrales en nuestra concepción de lo que es el castigo. La forma más fuerte de ver este problema reside en que, dentro de una teoría consecuencialista, el hecho de que la persona que se castiga sea culpable por el delito por el cual se está reaccionando es algo completamente contingente. No hay ninguna razón consecuencialista para castigar al culpable; sólo hay razón para castigar a aquel cuyo castigo produce las mejores consecuencias netas. Se especula con que esa persona será normalmente un culpable por un delito de la clase de delitos que se quiere disuadir con el castigo. Pero bien puede ocurrir que las mejores consecuencias se sigan de castigar a alguien que no es culpable, sino, por ejemplo, a alguien que, sin serlo, es sin embargo masivamente creído culpable. Se sigue de las premisas consecuencialistas que *ceteris paribus* debemos castigar a esa persona inocente.

Cuando como filósofos nos preguntamos por la justificación de una práctica determinada el primer paso que debemos dar es precisar cuál es la práctica por cuya justificación nos preguntaremos. Un aporte del filósofo contemporáneo Joel Feinberg[11] sugiere que la caracterización de la práctica para la cual autores consecuencialistas como Bentham ofrecen su justificación no es la adecuada. Esos autores parten del presupuesto de que el castigo es una imposición intencional de algún daño (una privación intencional de un bien) hecha en conexión con una falta (la violación de una regla), y llevada a cabo por la autoridad que emitió la regla violada. Cualquier sanción o penalidad cae bajo esa definición. Pero la práctica que llamamos castigo no es cualquier sanción o penalidad. Entre el juicio y prisión que imponemos a alguien por haber asesinado a otro, y la multa impuesta por un mal estacionamiento no hay –propone Feinberg– una simple diferencia de grados. Hay una diferencia cualitativa: son clases de cosas distintas. Lo que caracteriza al castigo, según el análisis de Feinberg, es el hecho de que cumple una función expresiva: "[E]l castigo es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación por parte de la autoridad punitiva misma o por parte de aquellos 'en cuyo nombre' el castigo es impuesto".[12]

Si el castigo es una práctica que tiene ese rasgo esencial, una teoría de la justificación del castigo tiene que hallar razones para involucrarse en una

[11] Feinberg, Joel, "The Expressive Function of Punishment", en *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970, pp. 95-118.

[12] *Ibidem*, pp. 97-98.

práctica que implique esencialmente esa expresión de condenación.[13] Como las razones pertinentes para justificar la adopción de una actitud de condenación parecen fundamentalmente no consecuencialistas,[14] el hallazgo de la dimensión expresiva del castigo parece poner en jaque a la pretensión de justificar la adopción de la práctica de castigo sobre fundamentos consecuencialistas como los que articula la teoría benthamiana.

Hay sin embargo muchos intentos de ofrecer una justificación que pueda dar cuenta de esa dimensión expresiva sin perder la fuerza de convicción característica de los consecuencialismos ni caer en el problema del compromiso con el castigo de inocentes. Entre ellos destaco el de un trabajo temprano de John Rawls,[15] en el que postula una distinción entre las clases de consideraciones que son pertinentes para la evaluación, adopción o modificación de una *práctica* (como el castigo o cualquier otra clase de actividad, ritual, juego o procedimiento que se identifica por la observancia de un sistema de reglas) y aquellas que son relevantes para evaluar acciones particulares que son realizaciones concretas de una práctica. Mientras que para la evaluación de una práctica las consideraciones relevantes son hechos externos a ella (especialmente las consecuencias que su adopción o ejecución provoca), en la evaluación de una acción particular cuyo sentido depende de la observancia de las reglas de una práctica las únicas consideraciones lógicamente pertinentes son internas a la práctica: especialmente, la observancia de sus reglas constitutivas.

Esa distinción explicaría que la justificación de cualquier acción individual de castigar esté restringida a las reglas del derecho penal aplicable (la práctica relevante), mientras que justificamos la adopción de ese derecho penal sobre la base de consideraciones consecuencialistas. La idea de Rawls

[13] El término "condenación" es el que usa Feinberg en su análisis para referirse a la actitud compleja cuya expresión vehiculiza el castigo. En sus términos: "Si reservamos el término menos dramático 'resentimiento' para las varias actitudes vengativas y el término 'reprobación' para el juicio fuerte de desaprobación, entonces quizás podamos caracterizar como condenación (o denunciación) a la clase de fusión de resentimiento y desaprobación [que el castigo expresa]." *Ibidem*, p. 100.

[14] En efecto, la condenabilidad o reprochabilidad parece depender de variables tales como, por un lado, la incorrección o ilicitud del comportamiento, evento o estado de cosas en virtud de lo cual se postula la condenación y, por otro, de la responsabilidad moral o atribuibilidad personal de ese comportamiento, evento o estado de cosas a la persona que se condena Para un análisis de la noción de reprochabilidad, por ejemplo, Ferrante, Marcelo, "Recasting the Problem of Resultant Luck", *Legal Theory,* vol. 15, núm. 4, , 2009, pp. 267-300, especialmente pp. 272-284.

[15] Rawls, John, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, vol. 64, núm. 1, 1955, pp. 3-32, reimpreso en Foot, Philippa (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1967, pp. 144-170.

es precisamente que tenemos razones consecuencialistas para adoptar una práctica de castigo constituida por reglas de carácter retributivo.

En especial, Rawls conjetura que la distinción que postula libera al consecuencialismo (como teoría de la justificación del castigo) del problema del compromiso con el castigo del inocente. Pues, sostiene, ese compromiso sólo podría darse si hubiera razones consecuencialistas para reemplazar la práctica de castigo, que sólo permite castigar culpables, y adoptar en su lugar una práctica punitiva que incluyera entres sus reglas un permiso (o quizá un deber) para penar a inocentes como si fueran culpables cuando eso produciría un beneficio social neto. Sin embargo, concluye, todo indica que no existen esas razones:

> Parece que, en general, cuando uno reduce las características definitorias del castigo termina con una institución cuya justificación utilitarista es altamente dudosa. Una razón para esto es que el castigo funciona como una especie de sistema de precios: alterando los precios que uno tiene que pagar por la realización de acciones él ofrece un motivo para evitar algunas acciones y llevar a cabo otras. Las características definitorias del castigo son esenciales si es que el castigo ha de funcionar de esta manera; pues una institución a la que le falten estas características, como una institución establecida para 'castigar' al inocente, seguramente tendrá tanta utilidad como un sistema de precios (si es que puede llamárselo así) en el que los precios de las cosas cambian azarosamente de día a día y uno conoce el precio de algo después de que ha convenido comprarlo.[16]

III. Responsabilidad

La concepción del derecho penal como una práctica esencialmente retributiva abre la puerta al campo más amplio de la filosofía del derecho penal: el de la elucidación de las condiciones generales de la responsabilidad penal. El campo es amplio, pues incorpora el área más general de la filosofía moral referida a la responsabilidad moral. En efecto, la concepción retributiva del derecho penal presupone que la responsabilidad penal implica responsabilidad moral y, por lo tanto, la investigación sobre las condiciones de la responsabilidad penal es en parte la investigación de las condiciones de la responsabilidad moral. Así, el estudio de las condiciones de la responsabilidad penal no se agota en el estudio de las condiciones que el derecho positivo fija para la imposición del castigo penal. Antes bien, el estudio de la responsabilidad penal es en parte el estudio de las condiciones mucho más

[16] *Ibidem*, p. 152.

generales, y en todo caso no determinadas por el derecho positivo, de las que depende la responsabilidad moral: la susceptibilidad a la clase de reacción moral que el castigo expresa.

Más específicamente: concebir al derecho penal como una práctica retributiva implica la idea de que el castigo, cuya imposición el derecho penal regula, es legítimo sólo si quien lo recibe *merece* ser castigado (y lo merece precisamente en la medida en que es castigado). Las condiciones que el derecho fija para la imposición de castigo, entonces, son legítimas si ellas se alinean o reflejan apropiadamente juicios correctos de merecimiento. La noción de merecimiento es ambigua y corresponde aquí resolver esa ambigüedad. Es posible distinguir entre dos conceptos de merecimiento que corresponden a dos usos distintos del término "merecimiento".[17] En un primer sentido, al que es posible llamar merecimiento en sentido institucional, para decir de alguien *A* que merece algo *X* sólo es necesario conocer las reglas que determinan cómo se distribuye la clase de cosa de la que *X* es un ejemplo y los hechos a los que esas reglas refieren. Por ejemplo, si se trata de la atribución de un premio en una competencia de natación, es posible que *A* merezca el premio porque llegó primero a la meta (si es que eso determina las reglas que rigen esa competencia). Ahora bien, junto a esa noción hay otra, que llamaré merecimiento en sentido no-institucional, en uso de la cual tiene sentido decir de, por ejemplo, *B*, quien no llegó en primer lugar, que a pesar de eso ella mereció ganar, quizá porque entrenó con más esmero, o porque desplegó más o mejores virtudes deportivas durante la competencia, aunque por alguna razón esto no se reflejó en quién llegó primero a la meta, etc. Lo importante aquí es que es este segundo uso de la noción de merecimiento el que está en juego cuando se evalúa críticamente un conjunto de reglas de atribución de, por ejemplo, premios o castigos para preguntarse si ellas asignan el premio o castigo a quien realmente lo merece. La noción de merecimiento a la que se apela en esta clase de evaluación tiene que ser la no-institucional, pues de otro modo la pregunta misma no tendría sentido.

Ahora bien, la pregunta por lo que nos hace merecedores (en ese sentido no-institucional) de formas de trato determinadas, de reacciones de una clase u otra es precisamente la pregunta filosófica por la responsabilidad moral. Pues decir de alguien que merece cierta forma de trato es decir que hay un valor en que él reciba ese trato, que eso es lo adecuado o correcto; y

[17] Kleinig, John, "The Concept of Desert", *American Philosophical Quarterly*, vol. 8, núm. 1, 1971, p. 71.

que si las reglas sociales que administran esa forma de trato no se lo asignan, ellas son en esa medida incorrectas.

¿Qué es ser responsable? ¿Cuáles son las condiciones metafísicas de la responsabilidad? En particular, ¿implica la responsabilidad moral alguna clase de libertad? En ese caso, ¿cuál? ¿Es conceptualmente posible la responsabilidad moral si es verdadera la tesis determinista más fuerte (esto es, si todos los eventos del mundo, incluyendo todo lo que hacemos, está determinado por las leyes que gobiernan el mundo físico)? ¿Qué son las acciones, eso de lo que somos característicamente responsables? Si somos responsables por algunas de nuestras acciones (por cosas, esto es, que *hacemos*), ¿somos igualmente responsables por algunas de las cosas que *omitimos* hacer? En ese caso, ¿en qué condiciones acciones y omisiones son equivalentes? ¿Qué papel juega la causalidad? ¿Cuál es el papel de las creencias y otros estados mentales? Estas y muchas otras preguntas fundamentales de la responsabilidad moral son el objeto del vastísimo campo de la filosofía moral que se convierten en preguntas relevantes de la responsabilidad penal una vez que ésta es concebida en parte en términos retributivistas. Toda la literatura filosófica contemporánea sobre responsabilidad penal hace explícita esa continuidad.[18]

En lo que quiero detenerme en esta sección no es en las referencias de quienes hacen explícita esa continuidad entre filosofía moral y teoría de la responsabilidad penal (esto es, los trabajos que se reconocen a sí mismos actualmente como filosofía del derecho penal),[19] sino en el carácter filosófi-

[18] Un ejemplo especialmente notorio es el de Michael Moore, cuya obra se caracteriza fundamentalmente por el establecimiento y la defensa de puentes entre las discusiones de condiciones de la responsabilidad penal y las discusiones filosóficas con las que se corresponden. Sus tres obras principales son reveladoras a este respecto. Como lo sostuve al comentar uno de sus libros (Ferrante, Marcelo, "Review of Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*", *New Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 1, 2011, pp. 162-172), en *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, construyó un puente entre la responsabilidad penal y la filosofía de la acción; en Moore, Michael, *op. cit.*, nota 4, con la filosofía moral; y finalmente, en *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, el puente une la responsabilidad penal y la responsabilidad civil por daños, por un lado, con la metafísica de la causalidad, por el otro.

[19] Unos pocos ejemplos más pueden valer como muestra. En general, los trabajos compilados en el clásico Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 1968, o en los más recientes: Shute, Stephen; Gardner, John; y Horder, Jeremy (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993; y Duff, R. A. (ed.), *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Algunos temas tradicionalmente problemáticos para el derecho penal son también

co de los grandes aportes de los juristas penales característicos de la así llamada dogmática jurídico penal. La idea que quiero subrayar es la de que no hay una diferencia importante en el tipo de empresa académica que emprenden quienes se identifican actualmente como filósofos del derecho penal y aquella que distingue a los grandes juristas penales de la historia. Mi ejemplo, en lo que sigue, será el de Hans Welzel.

El aporte más sobresaliente de Welzel ha sido su concepción "personal o final" del ilícito.[20] Este aporte forma parte de una tradición académica que tiene como antecedentes más destacados a Franz *vs*. Liszt y Karl Binding, cuyas obras más importantes son de la década de 1880, y Ernst Beling, cuyas obras principales aparecieron durante las primeras dos décadas del siglo XX. La concepción personal del ilícito es una mejora al modelo de juicio de responsabilidad desarrollado por esta tradición académica.

De acuerdo con este modelo, la imposición legítima de castigo penal a una persona exige la existencia de un comportamiento ilícito atribuible a esa persona por el cual ella sea genuinamente responsable o culpable. El aporte que caracteriza a la obra de Welzel es la tesis de que el modelo heredado incluye una concepción defectuosa del ilícito, de aquello que es capaz de tornar ilícita una conducta. La concepción heredada, o concepción "causal" del ilícito, es la concepción según la cual lo que hace de una acción una acción ilícita (una acción, esto es, que el agente debe abstenerse de llevar a cabo) es el hecho de que ella causa una lesión o daño a un interés o bien protegido. Welzel, en cambio, sostuvo que eso era falso; o, al menos, que no podía ser toda la verdad. Lo que hace ilícita a una acción no son (sólo o primariamente) sus rasgos causales.

---

característicos de la filosofía de la responsabilidad penal. Por ejemplo, causalidad: Hart, H. L. A. y Honoré, Tony, *Causation in the* Law, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1985; Wright, Richard W., "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988, pp. 1001-1077; y, con referencias más recientes, Moore, Michael, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009; y Ferrante, Marcelo, "Causation in Criminal Responsibility", *New Criminal Law Review*, vol. 11, núm. 3, 2008, pp. 470-497; responsabilidad por tentativas: por ejemplo, Duff, R. A., *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996; y Yaffe, Gideon, *Attempts*, Oxford, Oxford University Press, 2010; justificación y excusas: por ejemplo, Schopp, Robert. F., *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; y Horder, Jeremy, *Excusing Crime,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

[20] En especial, Welzel, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4a ed., Göttingen, O. Schwartz, 1961. Las referencias corresponden a la versión castellana: Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, José, Barcelona, Ariel, 1964; reimpresión: Montevideo, B de F, 2001.

Muy esquemáticamente, su argumento se compone de los siguientes pasos. Una conducta es ilícita si viola una norma de conducta. Más específicamente, una acción es ilícita si viola una prohibición; por ejemplo, la prohibición de matar a otro. Para saber si una acción determinada es ilícita en el sentido de que viola la prohibición de matar a otro es necesario saber qué hace de una acción una acción de matar a otro en el sentido en el que esa descripción figura como objeto de la prohibición en juego.

El primer paso del argumento welzeliano es la observación de que el lenguaje con el que describimos acciones es ambiguo. En efecto, usamos una descripción de una acción como "*A* mató a *B*" en dos sentidos bien distintos. De acuerdo con un primer sentido, el enunciado sólo refiere a un proceso causal: un evento que involucra a *A* causó que *B* perdiera su vida. Podemos identificar este uso como sentido débil o meramente causal del lenguaje de las acciones.

En contraste con el uso meramente causal, hacemos también un uso distinto del lenguaje de las acciones, un uso en el que el enunciado "*A* mató a *B*" implica que *A* es una persona, un ser dotado de razón práctica y que el matar a *B* es una manifestación de ese rasgo característico. Cuando está usado de ese modo, el lenguaje de las acciones está usado en sentido personal, final o fuerte.

El segundo paso del argumento es el análisis del uso personal, final o fuerte del lenguaje de las acciones. De acuerdo con el análisis que postula Welzel, lo que autoriza a decir con verdad, por ejemplo, que "*A* mató a *B*" en el sentido personal o fuerte es el hecho de que el matar a *B* al que la oración refiere exhibe cierto "ejercicio de actividad final" de parte de *A*. En particular, según el análisis de Welzel, un agente *A* mata a *B* en ese sentido si y sólo si (a) lleva a cabo uno o más actos que causan (quizá de cierta manera) la muerte de *B*, y (b) el matar a *B* figura de un modo explícito en el razonamiento práctico de *A* que guía el acto o serie de actos que causan la muerte de *B*. Welzel detecta tres formas de figurar en el razonamiento práctico del agente que puede hacer de su acción una acción en sentido fuerte (o acción final) bajo la descripción relevante. En mi ejemplo, "*A* mató a *B*" describe una acción en sentido personal si y sólo si en el razonamiento práctico de *A* que guio los actos que causaron la muerte de *B*, "matar a *B*" fue o bien el fin al que *A* apuntaba, o bien el medio que adoptaba para lograr un fin distinto, o bien, por último, un efecto colateral de lo que fuera que *A* creía estar haciendo y que *A* efectivamente previó. Sólo si *A* consideró de alguna de esas tres formas que haciendo lo que fuera que

estaba haciendo mataba o mataría a *B*, es posible decir de él que mató a *B* en el sentido final, personal o fuerte de esta expresión.

El último paso consiste en la elucidación del objeto de una norma de conducta (del "matar a otro"), esto es, tal y como figura en la prohibición de matar a otro (a través de la elucidación de la función de esa norma). En especial, Welzel postula que dado que la función de las normas de conducta es la de intervenir en el razonamiento práctico de los agentes como consideraciones que han de guiar su comportamiento, su objeto debe ser una acción en el sentido fuerte designado en el uso final o personal del lenguaje de las acciones. En sus palabras: "Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del derecho, no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino sólo a [procesos deliberativos] que pueden configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final".[21]

Welzel defiende así su objeción a la concepción causal del ilícito y postula su alternativa, la concepción final del ilícito. Lo que hace ilícita a una acción de, por ejemplo, homicidio no es el sólo hecho de que ella causa la muerte de otra persona (una lesión a un bien jurídicamente protegido). Antes bien, la acción es ilícita si y sólo si viola la prohibición de matar a otro y, para hacerlo, debe ser posible decir del agente que mató a otro en sentido personal, final o fuerte. Para ello debe ser verdad no sólo que mató a la víctima en sentido meramente causal o débil, sino también que al hacerlo el agente, al menos, previó que haciendo lo que creía que estaba haciendo mataría a la víctima. El ilícito depende, en fin, de estados mentales que guían o modulan el comportamiento del agente; en términos de Welzel, de su ejercicio de actividad final.

Con esta reconstrucción del aporte más característico de la obra de Welzel deseo ejemplificar el tipo de empresa académica sobre la que versa esta sección: la indagación filosófica de las condiciones de las que depende la responsabilidad penal. La pregunta que Welzel intenta responder con el argumento que he reconstruido no es una pregunta jurídica (una pregunta, esto es, que ha de ser respondida interpretando el derecho). Su pregunta es de naturaleza filosófica: la pregunta por las razones en virtud de las cuales puede postularse que una acción es ilícita. La respuesta a esa pregunta es relevante para el derecho penal si se entiende, como lo hace Welzel y la tradición académica en la que se inserta, que el derecho penal es en parte una práctica retributiva y que entre las condiciones que hacen a alguien

[21] *Ibidem*, p. 47.

merecedor de castigo está el hecho de que haya actuado de un modo genuinamente ilícito.

IV. CRIMINALIZACIÓN

La gran parte de las reglas que componen los derechos penales consisten en reglas de criminalización: reglas que caracterizan clases de comportamientos y asignan penas a su realización. El tercer campo de la investigación filosófica sobre el derecho penal que quiero destacar aquí está dirigida a la evaluación de esas reglas. Más en particular, la teorización en este campo pretende articular qué clase de razones debe guiar la labor legislativa penal (en particular al criminalizar clases de conductas), razones que, a su vez, han de aparecer también de modo central en la tarea interpretativa. En trazos muy gruesos, es posible distinguir dos grandes líneas de investigación.

La primera de ellas se concentra en los rasgos que ha de observar el proceso de creación o identificación de reglas de criminalización. Esta línea de investigación está estrechamente vinculada con la discusión de filosofía política sobre los límites del uso de la coerción estatal y se concentra, así, en el entendimiento de los principios que han de guiar o restringir el ejercicio del poder punitivo.

La discusión más notoria dentro de esta línea es la que gira alrededor del así llamado principio del daño, y su referente mayor es el filósofo Joel Feinberg.[22] El principio del daño, bajo algunas de sus formulaciones, figura de modo central entre los principios de las constituciones democráticas de los siglos XIX y XX. Es habitualmente atribuido a John Stuart Mill sobre la base de este pasaje de *On Liberty*:

> Ese principio establece que el único fin por el cual la humanidad tiene fundamento, individual o colectivamente, para interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la auto-protección. El único propósito por el cual se puede ejercer correctamente poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es la evitación de daños para otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es un fundamento suficiente. Él no puede ser correctamente obligado a hacer o

[22] Las obras decisivas al respecto son: Feinberg, Joel, *Harm to Others,* Oxford, Oxford University Press, 1984); *Offense to Others,* Oxford, Oxford University Press, 1985; *Harm to Self,* Oxford, Oxford University Press, 1986; y *Harmless Wrongdoing,* Oxford, Oxford University Press, 1988. También los ensayos compilados en Coleman, Jules y Buchanan, Allen (eds.), *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

dejar de hacer algo porque eso lo hará más feliz, o porque, en la opinión de otros, sería sensato o incluso correcto".[23]

Este principio, de una fuerza intuitiva muy poderosa, da lugar, sin embargo, a una larga lista de preguntas filosóficamente interesantes. Algunas de ellas son conceptuales. Por ejemplo, las vinculadas con el esclarecimiento de la noción relevante de daño. ¿Qué es lo que cuenta como daño en el sentido capturado en el principio? El eslogan de Feinberg es que el daño es un menoscabo de intereses. Ahora, ¿qué cuenta como interés? Por ejemplo, ¿está allí incluido mi interés en que los otros sean de cierta manera? Si el principio del daño es un principio asociado con el reconocimiento del valor de la autonomía individual, la respuesta debería ser negativa. De la misma manera, sólo la idea de interés subjetivo parecer ser la pertinente para interpretar el principio; esto es, la idea que refiere a intereses conectados con los deseos que la persona efectivamente tiene, en lugar de la idea de interés objetivo, que alude a la existencia de intereses independientes de los deseos efectivos de la persona. Pues, la idea de interés objetivo luce contraria al valor de la autonomía.

La elucidación de la noción relevante de daño parece sugerir también que no debería haber algo así como daños póstumos, es decir, menoscabos que ocurren cuando la persona ya no existe, como las injurias a un muerto. Sin embargo, esa idea parece forzar la conclusión de que la muerte misma no es un daño. Después de todo, la muerte es el comienzo de la no existencia de una persona: cuando la muerte está, la persona ya no existe; y cuando la persona existe, la muerte no.[24]

Otras preguntas conceptuales refieren al alcance del principio. La interpretación más estrecha del principio es la que le atribuye un alcance según el cual el principio veda la criminalización de toda acción que no sea ella misma efectivamente dañosa. La interpretación atribuida a Mill, en cambio, es más amplia: ella postula que el principio limita la clase de consideraciones sobre la base de las cuales puede criminalizarse una clase de acción. De acuerdo con esta lectura sólo el objetivo de prevenir daños para personas distintas del autor puede justificar la criminalización de una clase de conducta. Nótese que si esta lectura es la correcta, el principio del daño podría validar la criminalización de clases de acciones que no son ellas mismas dañosas, sino que el daño que la criminalización prevendría es el que se produciría si *no* se criminalizara la conducta. La discusión sobre el

[23] Mill, John Stuart, *On Liberty*, en Gray, John (ed.), *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 14.

[24] Feinberg, Joel, *op. cit.*, nota 22, pp. 79-95.

alcance del principio del daño requiere la elucidación del tipo de conexión necesario entre la clase de comportamiento criminalizado y el daño cuya prevención justificaría la criminalización.

Junto a los problemas conceptuales, la discusión del principio del daño gira también alrededor de problemas normativos. Uno de ellos es el del posible carácter exhaustivo del principio. El derecho penal comparado muestra que se toleran masivamente muchas reglas de criminalización que no cumplen con el principio del daño. Para poner sólo algunos ejemplos: criminalización del duelo, la asistencia al suicidio, el chantaje, las exhibiciones obscenas, la tenencia y la comercialización de estupefacientes, etc. ¿Son compatibles los fundamentos liberales del principio del daño con otros principios que justifiquen la criminalización de esos comportamientos? Si la respuesta es negativa, y si debemos mantener un compromiso con algo así como un principio del daño, entonces los derechos penales que conocemos deberían ser masivamente reformados.[25]

Otro de los problemas normativos habitualmente discutidos en la filosofía del derecho penal es el del estatus normativo del principio del daño. La teorización sobre la criminalización de clases de comportamientos busca en parte dar respuesta a la pregunta por la existencia de razones para criminalizar. Es de esperar que un principio que pretende guiar la labor de criminalización identifique esas razones y contribuya a determinar su peso relativo en comparación con otras razones que apuntan en sentido opuesto. El principio del daño, sin embargo, no parece servir a esa función.

Michael Moore, por ejemplo, defiende un argumento según el cual lo que llamamos principio del daño bien puede ser una regla práctica para esgrimir frente a legisladores ansiosos por hacer uso de la coerción punitiva para respaldar normas legales, pero lo cierto es que él no articula un principio genuino para fundamentar la labor de criminalización. El daño a otros no brinda una razón suficiente para criminalizar, sostiene. Si los homicidios, lesiones, y otras clases de conductas dañosas normalmente criminalizadas son legítimamente criminalizables en virtud de los daños que esas acciones producen o pueden producir, eso parecería implicar la tesis falsa de que toda acción capaz de producir los daños que los homicidios, las lesiones, etc. producen son igualmente criminalizables. La tesis es falsa, según este argumento, porque no hallamos razones para criminalizar acciones dañosas que no son moralmente indebidas, desde el matar a otro

[25] Por ejemplo, Husak, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008.

en un caso de defensa necesaria, a la producción de un daño patrimonial en una situación de competencia. La tesis de Moore es que tenemos razones para criminalizar las acciones dañosas porque, y en la medida en que, tenemos obligaciones morales de no producir (y a veces también de prevenir) esos daños. Son esas obligaciones morales las que nos dan razones para criminalizar.

El partidario del principio del daño o bien debe negar esa tesis, en cuyo caso se vería comprometido a hallar razones para criminalizar cualquier acción dañosa, aun las moralmente adecuadas, o bien debe aceptarla y defender el principio del daño como una "restricción lateral".[26] Como esta última maniobra parece muy difícil de justificar, si no es directamente *ad hoc*,[27] el argumento de Moore deja el sabor desagradable de la aparente pérdida de un principio tan emblemático del derecho penal moderno.

Moore conjetura, sin embargo, que el encontrar razones para criminalizar en la incorrección moral de una conducta no debería llevar a un derecho penal distinto de aquel que resulta de la observancia de un principio liberal como el principio del daño. Las razones que respaldan esa conjetura tocan los siguientes tres puntos filosóficamente interesantes. El primero refiere a la visión de la moral crítica. En efecto, si la reflexión moral lleva a una visión de la moral según la cual los deberes morales más claros y fuertes son los vinculados con la producción y evitación de daños para otras personas, entonces se explica la conjetura de Moore: "Es precisamente porque nuestras obligaciones morales más obvias y más fuertes están vinculadas con los daños serios para otras personas, que el principio del daño de Mill tiene el atractivo intuitivo que en efecto tiene".[28]

El segundo punto refiere a nuestra epistemología moral, y en especial al grado de certidumbre sobre los deberes morales que nos obligan. Moore postula que, fuera de unos pocos deberes morales especialmente relacionados con daños para otros, la incertidumbre sobre qué deberes morales nos obligan es la regla. Una epistemología moral sensata implica que el conocimiento moral es, al menos, falsable de algún modo y, por lo tanto, normalmente tentativo. Eso exige resolver cuál es el impacto de la incertidumbre sobre un deber moral en el juicio acerca de la legitimidad de la criminalización de su infracción. El reconocimiento del valor de la autonomía personal sugiere la hipótesis de que la "duda moral" niega la existencia de una razón para criminalizar.

[26] Moore, Michael, "A Non-Exclusionary Theory of Legislative Aim: Taking Aim at Moral Wrongdoing", *op. cit.*, nota 4, pp. 639-665.

[27] *Ibidem*, pp. 659-660.

[28] *Ibidem*, p. 662.

El tercer punto consiste en la estimación del peso de las razones para criminalizar que una teoría de este tipo reconoce. La pregunta decisiva es cómo compiten esas razones con las razones contrarias derivadas, en especial, de los costos sociales de la criminalización: los costos propios de la puesta en funcionamiento del derecho penal que ponemos en marcha cuando aprobamos una ley penal: policía, tribunales, funcionarios, y otros costos derivados, como la probabilidad de castigar a inocentes, o de interferir en la vida de las personas en general, el establecimiento de "tarifas criminales", o la anulación de efectos de "disuasión marginal", entre muchísimas otras consecuencias empíricas de las que dan cuenta la sociología y la economía del derecho penal.

Muy en general, una respuesta a esta cuestión debe partir de la idea de que el valor que realiza el castigo (por ejemplo, la realización de una justicia retributiva) es variable. Una hipótesis convincente sugiere que ese valor es función de la importancia del deber cuya violación se castiga, de modo que cuanto menor importancia tenga el deber, menor será el valor del castigo y, por lo tanto, más probable será que los costos asociados con la criminalización lo derroten en peso, con la consecuencia de que la criminalización no estaría justificada.[29]

La segunda línea de investigación que quiero destacar en esta sección es la que dirige su atención principalmente a la caracterización y entendimiento de clases de comportamientos criminalizados o criminalizables. Gran parte de esta empresa gira alrededor de la evaluación de reglas de criminalización reales o posibles con el fin de establecer si ellas capturan adecuadamente una categoría genuina de incorrección moral o una clase de comportamiento de otro modo legítimamente criminalizable.[30]

Esta línea de investigación presupone que las reglas de criminalización no son constitutivas de ilicitud, en el sentido de la ilicitud que justifica la condenación penal, sino que capturan, o pretenden o deben capturar, clases de comportamientos que son ilícitos con independencia de la regla de criminalización. De allí que tenga sentido preguntarse por si la definición

[29] Husak, sin embargo, disputa que un argumento como el de Moore pueda llegar a esas conclusiones: Husak, Douglas, *op. cit.*, nota 25, pp. 196-206.

[30] Por ejemplo, los ensayos compilados en Duff, R. A. y Green, Stuart (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005; también los trabajos de Green, Stuart sobre delitos contra la propiedad: Green, Stuart, *13 Ways to Steal a Bicycle. Theft Law in the Information Age*, Cambridge, Harvard University Press, 2012; y delitos "de cuello blanco": Green, Stuart, *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

que contiene una regla de derecho existente captura con exactitud una clase de comportamiento ilícito.

En gran medida, esta línea de investigación no es sino una aplicación particular de la filosofía moral dirigida a caracterizar categorías discretas de incorrección o ilicitud moral. Como en el caso de la investigación sobre las condiciones de la responsabilidad, hay aquí continuidad entre la investigación filosófica más general y la relacionada con el derecho penal; de modo que cualquier ensayo filosófico dirigido a elucidar una clase de comportamiento moralmente indebido es directamente pertinente para quien se pregunta por la adopción, modificación o interpretación de la regla de criminalización correspondiente.

Ahora bien, capturar categorías morales en reglas en general, y en particular en reglas jurídicas, genera algunos problemas que reclaman respuestas filosóficamente atractivas.[31] Uno de los problemas más notorios es el de la "sobre-inclusión" de la regla legal, cuyo lenguaje designa casos que son sin embargo ajenos a la ilicitud moral que la regla pretende capturar. La respuesta retributivista ortodoxa a estos casos (por ejemplo, la respuesta de Welzel, plasmada en el así llamado argumento de la "adecuación social" [32]) postula que la coincidencia formal con la definición legal de una regla de criminalización no es suficiente para postular de una acción que ella es ilícita en el sentido que justifica la imposición de una codena penal: la acción debe ser genuinamente ilícita ("socialmente inadecuada" en el lenguaje del argumento welzeliano de la adecuación social); esto es, debe caer dentro de la categoría moral que la regla pretende (imperfectamente) capturar.

La idea de que las reglas de criminalización deben capturar categorías de ilícitos morales (o su equivalente: clases de acciones socialmente inadecuadas) es descriptivamente deficiente. Los derechos penales positivos están plagados de reglas de criminalización claramente distintas. Piénsese en las reglas que criminalizan el lavado de dinero, o la tenencia de materiales en violación de las regulaciones aplicables, entre tantos otros. En la literatura es habitual el referirse al contraste entre las reglas del primer tipo y las del segundo tipo como el contraste entre la definición de delitos *mala in se* y la de delitos *mala prohibita*.[33] Un delito (en el sentido de una clase de conducta criminalizada) es *malum prohibitum* cuando la conducta prohibida no es incorrecta con independencia del derecho o con anterioridad a sus disposicio-

[31] En general, por ejemplo, Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham, Duke University Press, 2001.

[32] Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 20, pp. 84-89.

[33] Por ejemplo, Husak, Douglas, *op. cit.*, nota 25, pp. 103-119.

nes. El ejemplo puro que elige Douglas Husak es el de una ley federal de los Estados Unidos de Norteamérica que proscribe el lavado de dinero: esta regla impone prisión de hasta diez años a quienes llevaran a cabo una transacción monetaria de fondos mayores a cierta cifra de dinero sabiendo que provienen de una de las formas de actividad ilegal especificada por la ley. "Esta ofensa no es *malum in se*; si bien es obviamente incorrecto sacar provecho de la actividad ilegal, es difícil de ver por qué una persona que sólo deposita su ganancia en un banco comete un *segundo* ilícito que es anterior e independiente del derecho".[34]

Los delitos *mala prohibita* son un problema para quien conciba el derecho penal de modo que entre sus condiciones de legitimidad figura la restricción de que la conducta por la cual imponemos castigo debe ser una conducta moralmente ilícita. Todo retributivista, sea fuerte (como Moore) o débil (como Husak), tiene este problema; toda concepción de la legitimidad del derecho penal que incluya entre sus premisas una premisa retributiva (esto es, la responsabilidad penal requiere reprochabilidad moral) tiene este problema.

Una pregunta interesante es la de si al cometer un delito *malum prohibitum* uno hace algo incorrecto en el sentido relevante para la premisa retributiva. Pero como por definición las conductas que son capturadas por delitos *mala prohibita* no son incorrectas con independencia del derecho, parece que no puede ser que sea legítimo imponer pena por esas conductas: al no hacer algo incorrecto con independencia de la regla de derecho que establece la pena, ¿cómo puede ser que seamos reprochables con independencia de esa regla?

No parece haber una respuesta general que se aplique a todos los delitos *mala prohibita*; los intentos de respuesta se han concentrado en grupos específicos de casos, como los de delitos que criminalizan la violación de reglas de coordinación, como las que determinan de qué lado de una calzada de doble mano se debe conducir, o los de reglas que capturan de un modo más o menos artificial o estipulativo un comportamiento que, por lo demás, es genuinamente *malum in se*, como la violación impropia, o la conducción de automóviles con más de cierto nivel de alcohol en sangre.[35]

[34] *Ibidem*, p. 105.

[35] Por ejemplo, Duff, R. A., "Crime, Prohibition, and Punishment", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, núm. 2, 2002, pp. 97-108. También Green, Stuart, "Why It's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses", *Emory Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1997, pp. 1533-1615, quien revisa delitos

V. Proceso

Para terminar, quiero sólo mencionar un área de la investigación filosófica sobre el derecho penal que ha tenido muy escaso desarrollo en comparación con el que tienen las anteriores: la investigación sobre el proceso penal. En este terreno, la investigación de carácter filosófico se ha concentrado especialmente en la indagación de los fundamentos de algunos derechos fundamentales relacionados con los procedimientos penales. Un buen ejemplo reside en la búsqueda de un fundamento último para el derecho a no ser obligado a prestar declaración contra uno mismo: parece singularmente difícil hallar una base sobre la que pueda apoyarse un derecho con la precisa extensión que se le brinda en la jurisprudencia constitucional comparada.[36]

Dentro de las investigaciones más recientes se destaca la dirigida a evaluar los estándares de prueba extremadamente exigentes que caracterizan al proceso penal. Los trabajos de epistemología aplicada al derecho procesal penal del filósofo de la ciencia Larry Laudan han sido pioneros[37] (véase, Epistemología Jurídica aplicada, y Filosofía y Derecho Procesal).

VI. Conclusión

Mi objetivo en este trabajo fue exponer algunos de los temas más relevantes que se discutieron y que aún se discuten en la investigación filosófica referida al derecho penal. En particular, me concentré en el castigo, la responsabilidad y la criminalización, para terminar diciendo unas pocas palabras

---

regulatorios como los de venta de sustancias fuera de los horarios establecidos para hacerlo, o comportamientos en violación de las condiciones de licencia. En general, sobre todos estos argumentos, Husak, Douglas, *op. cit.*, nota 25, quien ofrece un argumento para dudar en general de que los delitos *mala prohibita* puedan ser legítimamente criminalizados.

[36] Por ejemplo, Gerstein, Robert S., "Privacy and Self-Incrimination", *Ethics*, vol. 80, núm. 2, 1970, pp. 87-101; Greenawalt, R. Kent, "Silence as a Moral and Constitutional Right", *William & Mary Law Review*, vol. 23, núm. 1, 1981, p. 15; Dolinko, David, "Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination", *UCLA Law Review*, vol. 33, núm. 4, 1986, pp. 1122-1137; Alschuler, Albert W., "A Peculiar Privilege in Historical Perspective", *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 8, 1996, pp. 2625-2672; Helmolz, R. H., *The Privilege against Self-Incrimination. Its Origins and Development*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, pp. 181-204.

[37] La obra principal en este campo es Laudan, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

sobre el proceso. La idea es que estos párrafos sirvan de orientación para quien se está iniciando en el estudio del derecho penal y tiene, a su vez, inquietudes filosóficas.

VII. Bibliografía

ALEXANDER, Larry y SHERWIN, Emily, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law,* Durham, Duke University Press, 2001.

ALSCHULER, Albert W., "A Peculiar Privilege in Historical Perspective", *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 8, 1996.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996.

BERMAN, Mitchell N., "Punishment and Justification", *Ethics*, vol. 118, núm 2, 2008.

COLEMAN, Jules y BUCHANAN, Allen (eds.), *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

DEIGH, John y DOLINKO, David (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

DOLINKO, David, "Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination", *UCLA Law Review,* vol. 33, núm. 4, 1986.

DUFF, R. A. (ed.), *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

DUFF, R. A. y GREEN, Stuart (eds.), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

DUFF, R. A. y GREEN, Stuart P. (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

DUFF, R. A., "Crime, Prohibition, and Punishment", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, núm. 2, 2002.

_____, *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

_____, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

FEINBERG, Joel, "The Expressive Function of Punishment", en *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press, 1970.

_____, *Harm to Others,* Oxford, Oxford University Press, 1984.

_____, *Offense to Others,* Oxford, Oxford University Press, 1985.

_____, *Harm to Self,* Oxford, Oxford University Press, 1986.

_____, *Harmless Wrongdoing,* Oxford, Oxford University Press, 1988.

FERRANTE, Marcelo, "Causation in Criminal Responsibility", *New Criminal Law Review*, vol. 11, núm. 3, 2008.

_____, "Deterrence and Crime Results", *New Criminal Law Review*, vol. 10, núm. 1, 2007.

_____, "Recasting the Problem of Resultant Luck", *Legal Theory,* vol. 15, núm. 4, 2009.

_____, "Review of Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*", *New Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 1, 2011.

GERSTEIN, Robert S., "Privacy and Self-Incrimination", *Ethics,* vol. 80, núm. 2, 1970.

GREEN, Stuart, "Why It's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses", *Emory Law Journal*, vol. 47, núm. 1, 1997.

_____, *13 Ways to Steal a Bicycle. Theft Law in the Information Age*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

_____, *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

GREENAWALT, R. Kent, "Silence as a Moral and Constitutional Right", *William & Mary Law Review*, vol. 23, núm. 1, 1981.

HAMPTON, Jean y MURPHY, Jeff, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

HART, H. L. A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the* Law, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1985.

HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 1968.

HELMOLZ, R. H., *The Privilege against Self-Incrimination. Its Origins and Development*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997.

HORDER, Jeremy, *Excusing Crime,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2008.

KAHAN, Dan M., "Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence", *Michigan Law Review*, vol. 95, 1997.

KATZ, Leo, "Ciminal Law", en Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996.

KLEINIG, John, "The Concept of Desert", *American Philosophical Quarterly*, vol. 8, núm. 1, 1971.

LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, en Gray, John (ed.), *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

MOORE, Michael, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

_____, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics* Oxford, Oxford University Press, 2009.

_____, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

PRIMORATZ, Igor, "Punishment as Language", *Philosophy*, vol. 64, núm. 248, 1989.

RAWLS, John, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, vol. 64, núm. 1, 1955, reimpreso en Foot, Philippa (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1967.

ROBINSON, Paul H. y DARLEY, John M., "Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 2, 2004.

ROBINSON, Paul H.; GARVEY, Stephen P.; y FERZAN, Kimberly Kessler (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

SCHOPP, Robert. F., *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

SHUTE, Stephen; GARDNER, John; y HORDER, Jeremy (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4a ed., Göttingen, O. Schwartz, 1961 (versión castellana: Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de Cerezo Mir, José, Barcelona, Ariel, 1964; reimpresión: Montevideo, B de F, 2001).

WRIGHT, Richard W., "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988.

YAFFE, Gideon, *Attempts*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

CAPÍTULO 58
JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO

Gabriel Ignacio ANITUA*

SUMARIO. I. *Las teorías de la pena.* II. *La legitimación "imposible": los discursos de la prisión y la prevención especial positiva.* III. *La justificación del castigo, hoy.* IV. *Bibliografía*

I. LAS TEORÍAS DE LA PENA

Aquello que era esencial al castigo se encontraba "desenmascarado"[1] antes de la irrupción del discurso ilustrado. Era un mero hecho o acto de poder. Y tampoco ha dejado de ser otra cosa con posterioridad, a pesar de las críticas ilustradas. Sin embargo, sí se produjo un importante cambio en el siglo XVIII y en parte en éste tuvo algo que ver el discurso, o teorías, limitador y a la vez justificador. El poder de castigar ya no sería justificable como un atributo del más fuerte (o de quien estuviera "legitimado" para hacerlo por la tradición o el carisma, y por lo tanto tuviera en ese sentido esa fortaleza), sino que debía justificarse como si ello fuera conveniente para la sociedad. "El derecho de castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad".[2]

A partir de la racionalización del poder, al modelo "natural" de la sociedad se le opone un modelo "artificial", que admite la disputa política y la discusión ideológica.

* Profesor Adjunto Regular de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

[1] Pavarini, Massimo, "La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste e ideologie neoliberaliste", en Pavarini, Massimo (ed.), *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*, Bologna, Saccardin-Martina, 1990.

[2] Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1989, p. 95 (véase, FOUCAULT Y EL DERECHO).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2109-2139.

Una vez asumido que el castigo debe ser justificado, como acto de poder, comenzó el debate entre los que justificaban la pena de acuerdo a su utilidad, y los que consideraban a la pena como un absoluto.[3]

Esta polémica, que conserva vigencia, dará inicio a las llamadas "teorías de la pena", que en general serán discursos que legitiman el poder punitivo.

Quizá fue Kant quien llevó a un extremo las consecuencias de la idea contractualista en relación a los castigos, cosa que ninguno de los ilustrados ingleses y franceses haría (ni siquiera Rousseau), puesto que se acercaban en este punto a valorar las consecuencias utilitarias.[4] Además, sus ideas sobre el castigo, expuestas en sus *Críticas de la razón práctica* y *Metafísica de las costumbres*,[5] reflejan con más claridad que ninguna otra una determinada comprensión ética sobre el individuo y sobre sus acciones. El castigo se justifica, para Kant, por el hecho de que un individuo merece ser castigado, y merece serlo si es culpable de haber cometido un delito.[6] En esa simple expresión se demuestra el intento de abandonar toda justificación empírica[7] o que vaya más allá del "imperativo categórico" de la propia responsabilidad individual guiada por el libre albedrío. La pena pareciera no tener ninguna función social; constituye un "imperativo categórico" para la propia sociedad que debería, en su conocido ejemplo, eliminar al último delincuente aun en el caso de disolverse (es decir, cuando no tenga ninguna utilidad) pues de lo contrario sería cómplice de la vulneración de la justicia[8] (véase, FUERZA Y LIBERTAD. TEORÍA KANTIANA DEL DERECHO).

La "justicia" también implicaba una importante limitación al poder punitivo, límite que está reflejado en el principio, también defendido por los demás ilustrados, de proporcionalidad. Es la teoría moral kantiana la que sostiene este principio limitador como parte fundamental de su justificación, pues para él, "el monto del castigo debe adecuarse con exactitud a la magnitud del agravio cometido".[9]

[3] Bustos Ramírez, Juan, "Primera parte: Introducción", en Bergalli, R.; Bustos, J. y Miralles, T., *El pensamiento criminológico I*, Bogotá, Temis, 1983, p. 30.

[4] Marí, Enrique, *La problemática del castigo*, Buenos Aires, Hachette, 1983, p. 73.

[5] Especialmente Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J., Madrid, Tecnos, 1989.

[6] Rabossi, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 26.

[7] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 53.

[8] Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 109; Rivera Beiras, Iñaki, *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico penal. Las teorías de la pena*, Barcelona, Signo, 1998, p. 18; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1996, p. 46.

[9] Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 6, p. 28.

Ello mismo es lo que hace sostener a muchos autores que la teoría de la pena sostenida por Kant[10] sólo hace referencia a cuestiones de "justicia", más allá de las consecuencias de la aplicación de la misma. La misma etimología de la palabra "absoluta" (que caracteriza a su teoría) indica que está libre de lazos, desligada de una consecuencia útil o funcional.

Aunque otros autores sostienen que en realidad Kant sí le atribuía a la pena (en general) una función, pues en caso contrario la teoría devendría irracional o dogmática,[11] Ferrajoli entiende que realmente en la elaboración teórica de Kant no cabía la respuesta por la utilidad de la pena y que su teoría en todo caso justificaría el cuándo se puede aplicar la pena, mas no resolvería el problema de la justificación externa. También señala que, como en la de otros retribucionistas, se sostiene el valor intrínseco de la venganza como valor en sí mismo aun dentro de determinado orden legal, por lo que con razón deben ser acusadas de confundir derecho y moral o validez y justicia (a pesar de los claros intentos de Kant por separar el primer par en su *Metafísica de las costumbres*, que dedica el primer libro a las relaciones con respecto al derecho y el segundo a las de la moral).[12]

La naturaleza del hombre que sostiene Kant, la finalidad retributiva de la pena, así como su resistencia a utilizar a un hombre de forma que no sea un fin en sí mismo, es lo que demuestra su mayor convicción en la idea del libre arbitrio. Su intento por escapar de la sobrevaloración de la sociedad es notable. Sin embargo, para Kant, "la ley penal no es menos defensista social que para los restantes contractualistas" ya que la venganza en su caso sirve como defensa o sostenimiento de la sociedad civil, único lugar en que puede respetarse el imperativo categórico.[13] Por otro lado, ello queda más claramente evidenciado cuando, en el mismo fragmento en que impone a la sociedad la obligación de castigar al último delincuente, relaciona al castigo con la soberanía y el derecho de obediencia.[14] En la misma noción

[10] Como la formulación jurídica que luego haría Hegel y así hasta llegar a modernas teorías neo-retribucionistas sostenidas tanto por dogmáticos alemanes como Jakobs, Gunther, *Derecho Penal*, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 22, quien sostiene que su teoría es deudora de la hegeliana. Pero también por los sostenedores estadounidenses de las "penas merecidas"; como Von Hirsch, Andrew, *Censurar y castigar*, trad. de Larrauri, E., Madrid, Trotta, 1998; como se verá más adelante.

[11] Entre otros, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 265.

[12] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1997, p. 257.

[13] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 266.

[14] Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 109

de soberanía está la base del organicismo y de la defensa social, y de ella no escapa Kant, que es probablemente quien deja mejor expresada (a su pesar) la íntima noción entre castigo y soberanía.

La teoría de la defensa social se ha sentido mejor representada, sin embargo, con los argumentos utilitaristas de Beccaria o de Bentham. Para ambos la pena debía ser la necesaria y la mínima con respecto a los fines de prevención de nuevos delitos,[15] y así lo sostiene expresamente Beccaria[16] al aplicar al castigo su famosa frase –"la mayor felicidad para el mayor número"–, que cautivaría a Bentham y convertiría luego en emblema del utilitarismo.[17] Pero, a pesar de abogar ambos por una pena mínima y necesaria, sus argumentos pueden dar pie a la utilización ilimitada del poder punitivo.

El de Bentham es el más claro modelo alternativo al de Kant.[18] Aunque ambos parten de la noción de individuo racional, el hombre de Kant llega por la razón al desinterés, y es el caso contrario el de Bentham, en el que la razón lleva al hombre a calcular las ventajas y desventajas (costos y beneficios) de realizar determinada acción.

El utilitarismo benthamita admitiría diversas funciones de las que hoy conocemos como prevención (general, especial, negativa, positiva). En su versión más simple, Bentham justifica la pena en tanto sirve para obtener la disuasión de realizar otra vez el acto por el cual se lo castiga, tanto por parte del culpable como de los que no lo hicieron, pero podrían verse tentados a imitarlo.

El castigo no es sólo un mal que se aplica contra otro mal, sino que se convierte en un bien, pues debe producir felicidad. No, por supuesto, en quien lo sufre, pero sí en la suma de las felicidades individuales que sacarían provecho en la evitación de futuros dolores. "La mayor felicidad para el mayor número". La confrontación con las ideas de Kant se hace evidente puesto que Bentham sí acepta la utilización de un individuo como medio para lograr esa felicidad de la mayor parte de la sociedad. El castigo se justifica por las consecuencias valiosas que obtenga de cara al futuro, aunque sólo pueda relacionarse con un acto pasado indeseable, pero que ya no se puede cambiar.

[15] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 12, p. 394.

[16] Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. Jordá, Barcelona, Bruguera, 1983, p. 73.

[17] Gallo, Ezequiel, "Jeremy Bentham", en Di Tella, T; Chumbita, H; Gamba, S y Gajardo, P. *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Buenos Aires, Emecé, 2001, p. 47.

[18] Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 6; Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 106.

Bentham insiste en la importancia del principio de proporcionalidad entre ofensas y castigos en varios pasajes de su enorme obra.[19] Por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar extraen de la "Teoría de las penas" uno de los muchos inventos "locos" de Bentham: una máquina de azotar que impediría los abusos de los verdugos.[20] A pesar de ello, el utilitarismo no obliga a ofrecer criterios exactos de mensuración.[21]

Quizá por ello Bentham se ocupó con más precisión, una vez establecidos aquellos criterios generales que partían de su concepción filosófica, de explicar de qué formas (diversas) se puede poner en marcha su proyecto utilitarista sobre las penas. En *Principios de legislación y de codificación*, en el *Tratado de las pruebas judiciales*, en su *Teoría de las penas y recompensas* y en las demás obras[22] hace continuas referencias a la justificación y a la práctica de los castigos. Pero el aporte más original a lo que es posible llamar una tecnología de los castigos lo realiza en su texto del proyecto "Panóptico",[23] que estaba incluido originalmente como parte de los *Principios*. Esta "tecnología" afectará fuertemente, con posterioridad, a las diversas legitimaciones teóricas del castigo. Y ello es posible que haya sucedido incluso en el mismo Bentham, quien al describir y analizar su invento hace que éste influya en sus convicciones filosóficas.[24]

Al proyectar sus inventos, Bentham demostraba ser un fiel representante de la Ilustración. La razón y la transparencia frente al oscurantismo. La inventiva frente a las brutalidades del sistema penal de su época. En todo ello, sostenido en sus trabajos teóricos (en sus principios utilitaristas y económicos sobre el castigo) y aplicado a sus inventos, podemos ver un continuador de Voltaire y de Beccaria. Pero por otro lado se aparta claramente de los principios contractualistas clásicos del delito, y ello se advierte no sólo de su confrontación con Kant y Rousseau (que es hipotética), sino

[19] Aún no terminada de clasificar, el *University College* de Londres continúa la tarea de edición de sus obras que ya superan los 68 volúmenes. Gallo, Ezequiel, *op. cit.*, nota 17, p. 47. Para ver en detalle otros aspectos de su producción teórica, ver Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4. Para su importancia en el mundo del siglo XIX y particularmente en España, Miranda, María Jesús, "Bentham en España", en Bentham, Jeremías, *El Panóptico*, trad. de J. Villanova y Jordán, Madrid, La piqueta, 1989.

[20] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 296.

[21] Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 6.

[22] Menciono sólo a algunas de las que se han traducido al castellano (siempre con interés, algunas desde su misma edición y otras del francés por un discípulo suyo –Dumont- que las reconstruía a partir de fragmentos a principios del siglo XIX).

[23] Bentham, Jeremías, *op. cit.*, nota 19.

[24] El principio económico y de inspección del "Panóptico" es conocido; en caso contrario consultar *idem*, o las interpretaciones, distintas, de Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2; o Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4., así como el estudio de Miranda, María Jesús, *op. cit.*, nota 19.

sobre todo de la real que mantuvo contra Blackstone (jurista inglés ilustrado y iusnaturalista) y por ese intermedio contra las teorías de Locke.[25] La misma idea del contrato le parecía absurda. La ficción e imposibilidad del consentimiento le había parecido evidente en el caso de los delincuentes, que no lo prestaban para ser castigados, sino que la pena les era impuesta por el Estado en tanto enemigos de la sociedad. De esta forma, lo que era ilusión en los otros ilustrados queda desvelado.

La pena no es consecuencia del contrato. "La pena deviene, explícitamente en Bentham, una forma de control social. Es en esta perspectiva que el tema del fundamento del derecho de castigar se acumula con el tema de la prevención de la criminalidad y, por consiguiente, de la finalidad preventiva de la pena".[26] La pena se justificará porque es "útil" para la sociedad, lo cual tiene la ventaja señalada por Ferrajoli de diferenciar moral y derecho, de forma más categórica que el insistente Kant, y la desventaja de justificar modelos de derecho penal máximo.[27] Además, la necesidad de demostrar su utilidad será también la que convierta a la justificación de la pena en una "justificación imposible" desde parámetros sociológicos.[28]

II. La legitimación "imposible": Los discursos de la prisión y la prevención especial positiva

Mas no tan "imposible" de acuerdo a la lógica del poder, para el que puede resultar útil hasta el demencial y cruento modelo de expansión penal, que es el que caracteriza a los sistemas punitivos históricamente existentes. Este modelo es difícilmente evitable con cualquier teoría justificacionista. Pero mucho menos con la permanencia de ambas como posible recurso para los operadores del sistema penal y de las múltiples combinaciones y elaboraciones posteriores que les permiten saltearse los límites que el propio discurso jurídico adecuado a una de estas teorías podría plantearse.

De esta manera pretende legitimarse al poder punitivo: el Estado y la sociedad punitivas utilizarán las teorías retributivas o utilitarias de los autores mencionados de acuerdo a las necesidades políticas del momento. Como advertía Marí, las teorías que legitiman las penas esconden u oscurecen

[25] Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 99

[26] Costa, Pietro, *Il progetto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 364

[27] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 12, p. 276

[28] Pavarini, Massimo, "Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad. La justificación imposible", *Delito y Sociedad*, 1992, núm. 1 (no menciona al traductor).

lo esencial del castigo, "Que retribucionismo y utilitarismo, según los fines políticos o de organización social que se persigan, pueden operar ya sea aislados y contradictorios –ligados a maniobras opuestas– o bien combinados y comprometidos en la misma acción. Que no son fórmulas fijas y uniformes que justifiquen el castigo de una vez por todas, sino que se desplazan con autonomía repeliendo a la adversaria, o se reutilizan asociadas de acuerdo con objetivos particulares que se proponen ciertos efectos de poder político y social".[29]

El momento histórico el que se habla es el que dará origen a una nueva forma de castigar y de interpretar los castigos, que es en parte la que hoy sigue presente con todas sus crisis, consagrada con posterioridad como pena única. La forma efectiva que adopta el castigo desde entonces, y sólo desde entonces, es la prisión. Michel Foucault ha indicado la necesaria relación entre la prisión, como ejemplo privilegiado de la nueva tecnología que impondrá una sociedad disciplinaria, y las libertades que también inaugura el pensamiento de las Luces.

El Panóptico, que fue la gran utopía benthamita en relación a una forma de aplicar los castigos, es conocido por las interpretaciones foucaultianas en cuanto imagen de la sociedad disciplinaria,[30] pero en realidad también fue una utopía no realizada nunca, la gran utopía de la transparencia en las prisiones y en la sociedad que fue decayendo a medida que las luces del siglo XVIII se iban apagando.[31]

Por otro lado, en los pensadores ilustrados, con la excepción de Bentham,[32] no se hace alusión alguna a dicha forma de castigar. Si algunos de ellos la mencionan es sólo como medida preventiva y anterior al juicio y a la pena.[33] Nada hace pensar que el de la prisión haya sido el proyecto penal de la Ilustración. "Más precisamente: la utilización de la prisión como forma general de castigo jamás se presenta en estos proyectos de penas específicas, visibles y parlantes".[34] La prisión incluso parece incompatible con todas las teorizaciones, discursos y justificaciones de la pena que hemos heredado del siglo XVIII y que mantenemos, sobre todo en el ámbito jurídico. ¿Cómo ha llegado a ser la prisión, desde esa misma época, la forma esencial del castigo? Para explicar este proceso, así como el de la aparición

[29] Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 85

[30] Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2.

[31] Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 203

[32] Para quien tampoco era la prisión el único ni el mejor de los métodos punitivos puesto que la multa era más "económica" y por lo tanto ventajosa: *Ibidem*, p. 124.

[33] Beccaria, Cesare, *op. cit.*, nota 16, p. 111

[34] Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2, p. 118

de las policías y otros aparatos estatales que compondrán un inmenso poder configurador y de vigilancia, se debe analizar la persistencia de instituciones de secuestro surgidas en forma de gobernabilidad previa a la Ilustración así como las teorías y prácticas que las propias instituciones generaron, desde el "no derecho", en los siglos XIX y XX.[35]

En verdad, la combinación de teorías (y de estas con las prácticas) surge como necesidad de dar razones a la pena que durante el siglo XIX se impone como dominante: la pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad en un primer momento aparece como *pena justa y útil*. Es *pena justa* porque, al exaltar el criterio de la "pena-contrato", favorece la realización del principio de igualdad (la libertad es un bien que pertenece a todos); a su vez, es *pena útil* porque permite perseguir objetivos pedagógicos. Sin embargo, el límite contractual en la determinación de la pena, según el criterio de la retribución legal, pronto aparece como insensato: si la pena ya ha logrado la finalidad pedagógica de la corrección, ¿qué sentido tiene ejecutarla hasta el límite impuesto de la retribución?; por el contrario, si el tiempo de pena merecida según el criterio retributivo no ha sido suficiente a los fines de corrección, ¿por qué hay que suspenderla? Desde el momento en que se advierte la falta de sentido del límite retributivo, se impondrá progresivamente el objetivo especial-preventivo hasta convertirse en el fin último de la pena privativa de libertad.[36]

Para tal doctrina, la pena tiene la función de corregir, readaptar, reeducar, reinsertar o resocializar al que ha cometido un delito, para que no lo vuelva a hacer. Parte de la hipótesis según la cuál quien delinque pertenece a una minoría caracterizada por variados déficits: económicos, culturales, intelectuales, y que tales déficits pueden ser superados a través de la pena. Así, se trataría, según Pavarini, de una pena medicinal.[37] Se considera el delito como una patología y la pena como una terapia.

Esa justificación del castigo que lo asocia a una cura (así como al penado con un enfermo) es la llamada prevención especial positiva.

La prevención especial positiva se extiende a partir del último tercio del siglo XIX de la mano de los pensamientos que surgen de las mismas insti-

[35] Junto a otras variables económicas y políticas: ver Rusche, Georg y Kircheimer, Otto, *Pena y estructura social*, trad. de E. García Méndez, Bogotá, Temis, 1984; Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2; Melossi, Dario y Pavarini, Massimo, *Cárcel y fábrica*, trad. de X. Massimi, México, Siglo XXI, 1987.

[36] Pavarini, M., Insolera, G., Mazzacuva, N., Zanotti, M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1997, p. 295.

[37] *Ibidem*, p. 298.

tuciones de encierro. En particular, de la llamada "criminología", para la cual se trataba de luchar contra la criminalidad removiendo las causas individuales de la misma, que había que buscar en la personalidad del delincuente. De este modo, llevando el método de observación y de extracción de leyes causales generales del ámbito de las ciencias naturales al de las "ciencias sociales", la criminología positivista se dedicará a observar los factores que inciden en el comportamiento delictivo, con el objetivo de encontrar el tratamiento individualizado adecuado a cada categoría de "delincuentes".[38] Así, con la introducción de tratamientos individualizados, se rompe con el principio de igualdad y con la pena de duración fija. La escuela positiva italiana llevó la prevención especial hasta sus últimas consecuencias proponiendo la sustitución de las penas por medidas de seguridad. En el mismo sentido se posiciona la *New Penology* en Estados Unidos: el Congreso de Cincinnati, en 1870, proclamó la falta de sentido de la pena determinada, cosa que, a diferencia de otros estados, sí se llevó a la práctica en la mayoría de los Estados Unidos de América a lo largo del siglo XX.[39]

Así, y para ser consecuente con su finalidad, la doctrina de la prevención especial positiva no puede admitir límites temporales a la pena y debe propugnar la pena indeterminada, que sólo debe cesar cuando el delincuente haya sido resocializado: "si la pena en concreto debe servir a una finalidad, difícilmente podrá soportar límites que en algún modo impidan satisfacer el objetivo perseguido".[40]

Ello evidentemente choca con diversos presupuestos de derecho, entre otras cosas, porque el objetivo de curar o (desde el auge de las teorías sociológicas) "resocializar", convierte al clásico derecho penal de hecho en un derecho penal de autor, ya que en la fase de ejecución penal se deja de mirar al hecho para dedicar la atención al autor. En dicha fase, la cantidad y calidad de la condena variará dependiendo de las concretas características del condenado, con lo cual se desvirtúa el principio liberal según el cual el derecho penal sólo puede penar conductas y no personalidades o formas de ser.

Es por ello que el recurso a estas justificaciones medicas o sociológicas (útiles para el control al interno de la prisión, en el mundo "correccional") van a ir de la mano de, o serán de diversas formas combinadas con, otras de mayor contenido jurídico.

[38] Entre muchos otros, Bergalli, Roberto, "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", *Doctrina Penal*, Depalma, vol. 36, 1986, pp. 582-584.

[39] Asúa, Adela, Voz "Pena indeterminada", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIX, Barcelona, Francisco Seix, 1989.

[40] Pavarini, Massimo, *op. cit.*, nota 1, p. 176

Una propuesta ecléctica es la desarrollada por Franz Von Liszt en su programa de Marburgo de 1882. Allí elaboró un modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de "resocialización", "neutralización" o "intimidación" según los diferentes "tipos" -"adaptables", "inadaptables" u "ocasionales"- de delincuentes tratados. De todo ello resulta una doctrina ecléctica de la "pena-defensa", informada simultáneamente por los principios de la defensa social y de la incapacitación (para los irrecuperables), de la enmienda (para los necesitados de resocialización), de la intimidación especial y general (para los delincuentes ocasionales y la generalidad) e incluso de la retribución ya que, según Liszt, la "pena-defensa" es la pena retributiva entendida en el sentido justo, es decir, justa en el caso particular.[41]

Dentro de la misma tradición alemana, de gran influencia en el medio latinoamericana, la más conocida dentro de las teorías mixtas es la concepción de Roxin, la llamada "teoría dialéctica de la unión", en la que las teorías preventivas tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis. El mencionado autor destaca que la teoría preventiva mixta acoge en su seno los enfoques preventivo-especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano. Pero allí donde ambos fines entren en contradicción, el fin preventivo-especial de resocialización se coloca en primer lugar, hasta donde lo permita la necesidad mínima preventivo-general, ya que la pena tampoco puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad.[42] Roxin señala que:

> El significado de la prevención general y especial se acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales... Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial...[43]

Este grupo de teorías, en su mayor parte, privilegian los fines preventivos especiales en esa fase, que será la que determinará la realidad del castigo.

[41] Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 12, p. 268.

[42] Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas, 1997, pp. 95-103.

[43] *Ibidem*, p. 97.

De hecho, esas teorías tendrán recepción en las mismas formas jurídicas, de casi todos los estados nacionales. Incluso, con posterioridad al período bélico mundial, las han consagrado en los documentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Así, es que en el nivel normativo superior, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: "...el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...". Por su parte, en el plano regional americano, en tanto el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos enuncia que "...Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...".

Pero para cuando ello sucedía, en el plano de las justificaciones, esa base se tambaleaba.

Como ya se ha dicho más arriba, los mismos programas que buscan ese objetivo terminan por concluir que el fin resocializador es irrealizable. Al menos se señala como inidóneo el sistema empleado para conseguir la resocialización, es decir, el tratamiento penitenciario. Ya desde un punto de vista teórico puede advertirse el absurdo de pretender resocializar a alguien separándolo, mediante la privación de libertad, de la sociedad donde debe reinsertarse. A esta inicial falta de idoneidad se añaden los resultados de numerosas investigaciones empíricas que muestran el fracaso del tratamiento en términos de reincidencia, así como todas las críticas a la cárcel como lugar criminógeno y desocializador: desde que surge la prisión se constata este fracaso, y ello será ratificado por criminólogos como Ferri y luego por sociólogos como Clemmer, Sykes o Goffman.[44] Y en los últimos años se extendió también a todas las otras formas punitivas vistas como alternativas.

La publicación que es paradigmática de este desencanto es el artículo de Robert Martinson, "¿Qué es lo que funciona? Preguntas y respuestas sobre reforma penitenciaria".[45] Se basaba en un informe anterior, en el que se analizaban los proyectos de rehabilitación, medida como evitación de reincidencia, publicados entre 1945 y 1967. Ninguno de esos experimentos había tenido éxito para evitar la reincidencia, lo que avalaba las conclusiones más pesimistas. Allí se indicaba que "nada funciona" para lograr el objetivo de erradicar el delito de la sociedad. Se hacía especial referencia a todas las aplicaciones prácticas de la ideología del tratamiento.

[44] Para todos ellos, ver Anitua, Gabriel Ignacio *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

[45] Martinson, Robert L., "What Works? Questions and Answers About Prison Reform", *The Public Interest*, vol. 35, 1974, pp. 22-54.

Actualmente la mayor parte de la doctrina admite que el modelo correccional está en crisis, pero tal crisis no ha sido provocada por las críticas teóricas dirigidas a la ideología de la prevención especial (aunque cierta función de deslegitimación han realizado). La crisis del modelo correccional es, en primer lugar, crisis del modelo de desarrollo económico-social del cual aquél es expresión concreta en la política de control social: existe un nexo estructural que liga el afirmarse del nuevo estado social, a la difusión de prácticas de control de tipo no institucional y a la ideología de la resocialización, de modo que ésta acaba necesariamente por vivir las vicisitudes de aquél. El nuevo contexto socio-económico y político tendrá nuevas formas punitivas; ¿y nuevas justificaciones?

III. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO, HOY

Es así que hacia fines del siglo XX, y con la caída de la forma "Estado de bienestar", se produjeron importantes cambios en lo que Garland denomina "penalidad del *welfare*".[46] Entre ellos se destaca el del universo de justificación teórico de la criminología y el derecho penal que comenzó a asumir la caída de la época del tratamiento. Diversas justificaciones fueron retomadas del pasado para reemplazar la idea de la prevención especial positiva y para brindar explicaciones de fines a una línea penal de "mano dura", mejor representada por el llamado "populismo punitivo", y que redundó en la inflación penal verificada especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, que pasó de tener, en 1975, una población reclusa total de 380.000 personas (diez años más tarde el número de presos había llegado a 740.000, para superar el millón y medio en 1995) a rozar los dos millones a fines de 1998, lo que supone que el índice de encarcelamiento pasó de 139 a 650 cada 100.000 habitantes.[47]

[46] Desde Garland, David, *Punishment and Welfare*, Gower, Aldershot, 1987. Más concretamente en Garland, David, *La Cultura del Control. Delito y Orden Social en la Sociedad Contemporánea,* trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005.

[47] Todos los datos son de la última edición del valiosísimo libro de Christie, Nils, *Crime Control as Industry*, London, Routledge, 1999.

1. *Las "nuevas" teorías: La incapacitación*

Este "populismo punitivo" se identifica con el endurecimiento de las penas –la regla de los "tres golpes y estás fuera" para los multirreincidentes–, e incluso con una impensable pocos años atrás regresión en la marcha hacia la abolición de la pena de muerte en el mundo occidental.[48]

Si las causas no importan, y sólo la prevención de efectos es necesaria, se puede convertir en no problemático el universo de la población criminal, y también el de la población penada.[49] Con ello dejaría de criticarse la efectiva actuación del poder punitivo y sus agencias. Para mayores hechos definidos como delitos, será necesario crear nuevos agentes judiciales que puedan procesarlos. Para cárceles cada vez más numerosas y más pobladas, será necesario crear mayores dotaciones de agentes penitenciarios y mejor remunerados. En las enormes y problemáticas ciudades, tal lógica se traducirá en más inversión en policía y no en otras instituciones referidas al cambio.[50]

Esta última inversión será fundamental, pues no habrá nada más económico que blindar las nuevas formas de segregación dentro de la misma ciudad. No harán falta los costosos y visibles –a pesar de su invisibilidad– campos de concentración, pues allí ya existe el gueto.[51] En el lugar móvil por naturaleza es necesario fijar determinadas áreas para señalar la separación de la ciudad de la "gente respetable" –en la que se mueve la economía y la vida social y cultural– de aquellas que están "fuera", que son "otros". Las estrategias manageriales cercarán los barrios de los primeros y pondrán obstáculos a su "invasión", a la vez que vigilarán minuciosamente a los segundos.

[48] Descripciones críticas, entre otros, Wacquant, Loic, *Las cárceles de la miseria*, trad de H. Pons, Madrid, Alianza, 2000; De Giorgi, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*, trad. de M. Monclús e I. Rivera, Barcelona, Virus, 2005; Brandáriz García, José Ángel, "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en Faraldo Cabana, Patricia (dir.), *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, a quienes seguiremos en adelante.

[49] Críticamente, y desde distintos planteos de los que sufren dentro de las prisiones: Burton Rose, D., Pens, D., Wright, P., *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU*, Barcelona, Virus, 1998.

[50] Parenti, Christian, *Lockdown America: Police and Prisons in the age of crisis*, New York, Verso, 1999.

[51] Wacquant, Loïc, *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del Milenio*, Buenos Aires, Manantial, 2007.

Para ellos, además, también existe el castigo y en concreto la cárcel.[52] Y la cárcel será más cárcel que nunca. No habrá en ella ya una utopía reeducativa. La cárcel sobrevive hoy como un lugar que reduce riesgos, como una cárcel de vigilancia para que nadie salga de su sitio. El modelo, exasperado en el Estado de California,[53] pero también desarrollado en otros sitios como penalidad dentro de la prisión, es el de la "cárcel de máxima seguridad".[54] Esta pena de cárcel ya no es más una máquina, no tiene que hacer nada, no crea, no transforma. La esencialidad de la cárcel del siglo XXI es la exclusión. No tendrá más incidencia aquel modelo de ciudad apestada que permitía conocer para regular y modificar. No importan esos controles. Se trata de volver al modelo del leprosario, con un nuevo arsenal técnico impensado en los albores de la modernidad.

De esta manera, la "cárcel de máxima seguridad" afirma sin pudor la función efectiva que siempre ha tenido la prisión. La de excluir. Desde la década de los ochenta la "inhabilitación" se convertiría en un concepto fundante de nuevos-viejos pensamientos criminológicos y reemplazaría a la "rehabilitación" como principal sostenedora de la pena de prisión.

De acuerdo a la nueva lógica actuarial,[55] mientras los que están en riesgo de delinquir se encuentran encarcelados, se restringe físicamente su posibilidad de concretar esa acción, y ello constituye justificación suficiente para su consideración. Lo cierto es que en sus antecedentes históricos la inhabilitación fue considerada una función secundaria o una propuesta localizada para una especial clase de "delincuentes" –los habituales o especialmente peligrosos–. Sin embargo, a partir de las últimas tres décadas la

[52] Hallsworth, Simon, "Repensando el giro punitivo: economía del exceso y criminología del otro", *Delito y Sociedad*, UNL Ediciones, 2006, vol. 22.

[53] Wacquant, Loic, "California: primera colonia penitenciaria del milenio", trad. de G. I. Anitua, *Panóptico*, núm. 2, 2001, pp. 49-55.

[54] Bauman, Zygmunt, "Social Issues of Law and Order", *British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 2, 2000, pp. 205-221; King, Roy, "The Rise and Rise of the Supermax: An American Solution in Search of a Problem", *Punishment and Society*, vol. 1, núm. 2, 1999, pp. 163-186. Lynch, Mona, "Supermax Meets Death Row: Legal Struggles Around the New Punitiveness in the US", en Pratt, John; Hallsworth, Simon; Brown, Mark; Brown, David; y Morrison, Wayne (eds.), *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willian Publishing, 2005.

[55] Críticamente, Feeley, Malcolm y Simon, Jonhatan, "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en Nelken, David (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994; y Feeley, Malcolm y Simon, Jonhatan, "True Crime: The New Penology and the Public Discourse on Crime", Blomberg, T. y Cohen, S. (eds.), New York, Aldine de Gruyter, 1995. También O`Malley, Pat, *Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.

inhabilitación comienza a ser seriamente considerada como fin principal de la moderna pena de prisión.

Ello llevaría a realizar esforzados trabajos para determinar con precisión quién debería ser inhabilitado. Aquellos que todavía tienen algún prurito que les impide encerrar a grandísimos porcentajes de la población juvenil, intentan ensayar con acierto la predicción del comportamiento futuro para elegir cuidadosamente a los que se incapacitará y no penar innecesariamente a los "falsos positivos". Claro que en general muchos de estos investigadores se preocupan en realidad por los "falsos negativos", esto es, por aquellos que dejados en libertad sí cometerían hechos delictivos.

Está claro que estas ideas no responden a ninguna teoría que pueda calificarse de jurídica. Puesto que practicar una medida no en base a lo que se ha hecho sino con base en el futuro es incluso más contradictorio con las garantías y derechos humanos que la ideología del positivismo criminológico. Aquella forma de pensamiento decía querer basarse en datos de la realidad; su actualización no duda en hablar de predicciones o especulaciones.

La mayor expresión actual de la cultura punitiva tecnocrática y administrativa es la teoría de la "incapacitación selectiva". Esta teoría, con el cálculo probabilístico y la distribución estadística, propone que la extensión de la sentencia no dependa de la naturaleza de la ofensa o de la evaluación del carácter pasado y presente del "delincuente", sino de especiales perfiles de riesgo –con lo que no es de extrañar que se utilicen técnicas idénticas a las usadas por compañías aseguradoras y sus maximizaciones de la eficacia–.

En 1982 Peter Greenwood y Allan Abrahamse publicaron una investigación pagada por la empresa, también especializada en prisiones, *Rand Corporation.* El libro se llamaría *Incapacitación selectiva*.[56] En este trabajo argumentaban que mediante estrategias selectivas de neutralización es posible obtener reducciones verdaderamente significativas en el número de delitos y sin necesidad de aumentar el número de personas encarceladas –aunque encarcelando "correctamente"–. A partir del análisis de datos obtenidos acerca de delincuentes condenados en prisiones de California, Texas y Michigan por hechos de robo y robo con allanamiento, Greenwood y Abrahamse establecieron que había siete variables que parecían estar asociadas a altas frecuencias en la comisión de esos delitos. Ellas eran las de condena previa por un delito del mismo tipo, más de la mitad de los últimos dos años en la cárcel, condena antes de los dieciséis años, presencia en una prisión juvenil estatal, consumo de drogas duras en los dos últimos

[56] Greenwood, Peter W. y Abrahamse, Allan, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 1982.

años, consumo de drogas duras juvenil, y desempleo durante más de la mitad de los últimos dos años. Con ellas crearían una escala sumatoria que posibilitaba detectar a los "delincuentes" que "debía" incapacitarse: a los individuos que tienen más de cuatro de esas variables. Esos sujetos, y sólo ellos, deberían recibir las penas que los "sacaran de juego" durante la mayor cantidad de tiempo posible. Los otros podrían beneficiarse con penas no privativas de libertad o de duración más breve. Como ejemplo, calculaban qué pasaría si a los primeros se les duplicara la sentencia y a los segundos se les redujera a la mitad. Greenwood y Abrahamse afirmaban que ello permitiría reducir el índice de robo en un quince por ciento, y al mismo tiempo disminuir el número de personas encarceladas por ese delito en alrededor de un cinco por ciento, y de esta forma se podría solucionar la crisis de sobrepoblación de las prisiones sin sacrificar el control del delito.

Además, Greenwood insistiría en la gran ventaja de la incapacitación selectiva pues habría una proporción muy baja de "falsos positivos" –un 4 por ciento-, además de eliminarse los inconvenientes de la incapacitación colectiva, como la masificación de prisiones.[57] Joan Petersilia también formó parte del proyecto de la *Rand Corporation*, y también publicó estudios en tal sentido desde su artículo "Carrera criminal de delincuentes habituales" de 1978.[58] No obstante, la unanimidad de quienes trabajaron para esa compañía, el matemático y luego jefe de estadísticas judiciales de Estados Unidos Jan Chaiken junto a Marcia Chaiken –quienes también trabajaban para la *Rand Corporation*– señalaban en el artículo "Tipos delincuenciales y políticas públicas" de 1984 que el problema del "falso positivo" continuaba siendo muy importante dentro de ese proyecto, y que debería prestarse atención a lo que se proponía y a qué pasaría si los jueces lo aceptaban. En términos de encierro de personas, un margen de error de un 30 por ciento, que es el que calculaban, dejaría de ser un problema de clasificar si la investigación era más o menos precisa para pasar a ser otro político.[59] Los modelos de identificación cometerían "demasiados" errores para un sistema mínimamente democrático y que se base por tanto en valores humanos.[60]

[57] Así, en una importante saga de artículos e informes. Ver Greenwood, Peter, *Three Strikes and You're Out: Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory-Sentencing Law*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 1994.

[58] Petersilia, Joan, "Criminal Careers of Habitual Felons", *Correctional News*, vol. 32, núm. 7, 1978.

[59] Chaiken, Marcia y Chaiken, Jan, "Offender Types and Public Policy", *Crime & Delinquency*, vol. 30, núm. 2, 1984, pp. 195-226.

[60] Críticas por ello, en Auerhahn, Kathleen, "Selective Incapacitation and the Problem of Prediction", *Criminology*, vol. 37, núm. 4, 1999, pp. 703-734.

Es verdad que el problema político, y en última instancia moral, no se circunscribe a esos falsos positivos y si son muchos o pocos. Un solo caso sería insoportable para tal sistema democrático. Y quisiera agregar que aun en un caso de precisión total sería un "problema" el condenar a individuos por actos que no han cometido, y que siempre pueden no cometer. En los seres humanos siempre existe esa posibilidad, sobre todo si esos seres humanos están avisados de esa situación de vulnerabilidad no sólo al sistema penal sino a la propia violencia.

Sin embargo, los autores más claramente partidarios de esta política señalaban que la incapacitación selectiva no es una teoría abstracta de filosofía del castigo, sino una "política administrativa". Tendría, por tanto, varias ventajas como que es pragmática, efectiva a nivel costos, fácil de ser implementada y pasible de obtener un amplio apoyo por parte del público.[61]

Se piensa en esto último no sólo a efectos de ganar elecciones, sino también para comprometerlo en una efectiva incapacitación del condenado. La "marca", el "estigma" impuesto legalmente con la pena se tiende a hacer más visible para que, en realidad, no existan dudas de esa imposición. Volverían los trajes identificatorios dentro de las prisiones, que incluso señalarían a los otros presos el tipo de delito o el tipo de delincuente que lo porta. Incluso en algunos estados volvería el uso de "cadenas" y de vestimenta o etiquetas identificatorias de aquellos que cumplen medidas alternativas a la prisión o de beneficio a la comunidad.

Ni siquiera habrá, por tanto, un "afuera" para el incapacitado. Otras de las severas leyes penales aprobadas en estos últimos años de justicia actuarial y populismo punitivo en los Estados Unidos fueron las llamadas "leyes Megan".[62] Su nombre viene del de una niña que fuera violada y asesinada por un hombre ya previamente castigado por un hecho de ese estilo y que vivía, tras salir de prisión, enfrente a la casa de la nueva víctima. El Estado donde ocurrió el suceso sancionó inmediatamente una ley que obligaba a

[61] Petersilia, Joan, *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Re-entry*, New York, Oxford University Press, 2003.

[62] En realidad, antes de la primera *Megan's Law*, que es la que aprueba el Estado de Nueva Jersey en 1994, muchos estados tenían leyes que establecían la obligación de registrarse a los delincuentes sexuales, pero no había obligación de notificación a las comunidades vecinales locales o a las posibles futuras víctimas, de los nombres, lugares de residencia, etc. de dichos delincuentes. Hoy prácticamente todos los estados tienen su propia *Megan's Law*, pero varían mucho en las condiciones del registro, el suministro de esa información al público y las obligaciones o restricciones que se le imponen al sujeto registrado, yendo desde leyes restrictivas, que no permiten suministrar la información más que a potenciales víctimas, hasta otras, que pueden llegar a obligar al sujeto a poner carteles en las ventanas de su domicilio advirtiendo de su condición de delincuente.

publicar los antecedentes por delitos "sexuales" para que todos los vecinos supieran de ellos y tomaran sus precauciones. Rápidamente todos los demás estados imitarían esa norma y a nivel federal el presidente Bill Clinton –que en su administración entre las de los Bush padre e hijo continuaría la misma aceleración punitiva de aquellos– la sancionaría diciendo que "América advierte al que se atreva a abusar de nuestros niños que lo perseguirá dondequiera que vaya, Estado por Estado, ciudad por ciudad".

La inocuización definitiva, tanto física como por la publicidad de los datos personales –que incluyen fotos, huellas dactilares, ADN, etc.– se dictaría especialmente en aquellos que pasarían a ser denominados "predadores sexuales". Esta nueva penalidad, o complemento de la física, no se limitaría a practicarse para el futuro sino que todos aquellos nombres de condenados por "delitos sexuales" serían publicitados, incluso los de aquellos acusados por hechos que desde los años setenta no constituyen delito –como las relaciones homosexuales consentidas, etcétera–.[63]

Tras ello se propondrá la aplicación de la llamada "incapacitación colectiva", que es incluso más económica y demagógicamente represiva que la selectiva. Con las facilidades que dan leyes antigarantistas y de excepción, como las de drogas, las condenas que inhabilitan o incapacitan serán, en este caso, dirigidas a amplios grupos de personas. Y sin gastar en la predicción de quiénes de entre ellos se encuentran dentro del perfil de riesgo.

La incapacitación colectiva es la idea que, en verdad, está detrás de las leyes que a partir de 1993 se extenderían por toda la geografía estadounidense y serían conocidas como "tres golpes y estás fuera".[64] Esa frase tomada del béisbol quiere decir que seguirá la pena de por vida a la comisión de tres hechos delictivos aunque no sean particularmente graves. La contabilización de los tres "golpes" es diversa en cada legislación local: puede considerar sólo como tales a los delitos graves y violentos o, en algún caso,

[63] Silva Sánchez, Jesús María, "El retorno de la inocuización, El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y Arroyo Zapatero, Luis (eds.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001.

[64] El primer Estado que implementó estas leyes fue, en el año 1993 (aprobándose en referéndum la Iniciativa 593), el de Washington, en el cual la comisión de un tercer delito grave violento significaba una condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad a prueba. California, en 1994 (Proposición 184), fue el siguiente, si bien, en este caso, su norma fue mucho mas severa porque no exigía que los delitos previos fueran violentos, sino que bastaba con que fueran *delitos mayores* (*felonies*) (es decir, delitos que se castigan con privación de la libertad en la prisión del estado, no en cárcel del condado).

infracciones no violentas, hurtos, robos en viviendas deshabitadas, etc. En algunos estados puede ser incluso suficiente con un segundo golpe. Tal regla pasará a integrar esa normativa que debe ser impuesta obligatoriamente por el juez de sentencia, no dejándole por tanto margen de discreción para evaluar cada caso en particular. En todo caso, la consecuencia será la de la condena a perpetuidad sin posibilidad alguna de obtener la libertad condicionada, o el encarcelamiento de 25, 30 o 40 años, tras los cuales se puede salir –si se está con vida– a cumplir la pena en semilibertad.

Sería esa la forma más fácil y económica de gestionar a los portadores de un perfil de riesgo. Y significaría la actualización de las políticas criminales llevadas adelante por los totalitarismos, también frente al "problema" de la reincidencia. La reincidencia ya no será, como en la teoría de la prevención especial positiva, el indicador del fracaso del "tratamiento", sino la demostración de una exitosa inocuización. Éxito siempre medido en clave de eficiencia, para lo que vale mezclar argumentos de las viejas teorías con tal que sirvan para su utilidad incapacitadora y su economía de recursos.

Lo curioso del caso es que, como demuestran varias investigaciones críticas, también puede demostrarse que estas explicaciones *a posteriori* fallan. La mejor demostración de este fracaso está dada por el nulo efecto reductor o contenedor de acciones ilícitas que ha tenido el impresionante aumento de población penada o "incapacitada".[65]

2. *El "análisis económico del derecho" y otra vez la prevención general negativa*

Las teorías que se imponen en los últimos años, cuando la idea de resocialización a la que había llevado el desarrollo de la teoría utilitaria a través de la prisión y los expertos en la conducta del ser humano entró en crisis de legitimación y de contrastación con la realidad, repiten ese esquema originario, y posibilitan que el Estado y el mercado hagan lo que habían hecho desde sus inicios: castigar y excluir. Todo ello sería, en realidad, un recurso para poder mantener los castigos, y concretamente la prisión, ante las críticas recibidas por el ideal resocializador.

Las críticas a la idea de resocialización también se traducirían en el plano teórico, en el que se actualizaban algunas discusiones filosóficas sobre la justificación de la pena, pero con la evidente utilidad de justificarla, y así

[65] Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión*, trad. de A. Zamuner y M. Coriolano, Buenos Aires, Ediar, 2003.

oponer un marco coherente a los fuertes embates deslegitimadores de los abolicionismos.

En los análisis "económicos" se propone analizar la conducta delictiva y el castigo penal como lo haría la economía neoliberal con cualquier otra conducta del mundo de los negocios.[66]

El antecedente de la teoría del delito como elección racional es el pensamiento de Gary Becker. Este autor define como individuo racional a un supuesto sujeto aislado y egoísta y como "elección racional" a aquella que le dará satisfacción individual y en el corto plazo –con lo que se transforma tácitamente a toda acción solidaria o altruista en "irracional"–.

Becker en 1968 publicó un artículo llamado "Crimen y castigo: Un enfoque económico".[67] Allí, con intentos de buscar similitud con algunos de los planteos del penalismo clásico, se presentaban los trabajos empíricos y teóricos sobre la motivación para cometer delitos –"las personas se convierten en delincuentes no por ser diferentes sino porque sus costos y beneficios son diferentes"– y sobre la función disuasoria de la pena –generación de desincentivos, el uso de multas y la cuantificación "óptima" de la pena concreta–.

Tales ideas reflexionan sobre el individuo concreto, el que realizaría tal acto criminal en busca de tal provecho y dejaría de hacerlo si el beneficio disminuyese o el costo aumentase Y para ese individuo calculador sería para quien está destinada la teoría de la prevención general negativa, o intimidación de la pena concreta.

El castigo tiene que ser el suficiente como para disuadir al sujeto racional que calcula el costo y el beneficio de realizar una acción prohibida, y también debe ser racionalmente económico para el Estado que lo impone.

El castigo ideal debe estar en función de la clase de pena como de la cantidad. También evidentemente por la certeza de que se aplicará pena en el caso de cometer el delito, aunque esto puede compensarse por una pena muy severa, que aunque no se aplique con seguridad puede cumplir el papel de desincentivar por la misma gravedad de lo que está en juego. Para todos estos autores, la disuasión puede obtenerse de la misma manera tanto si se aumenta la certeza de condena, como si se incrementa la magnitud punitiva.

[66] Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998; Posner, Richard, *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992. Véase, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

[67] Publicado luego en Becker, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", en Becker, G. S. y Landes, W. M., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, Columbia University Press, 1974.

Aun cuando se contrasta que los aumentos de la cantidad de pena sobre algunos delitos y la creación de figuras penales, e incluso su mayor aplicación en escalas masivas, como en Estados Unidos, no disuade de cometer delitos, para los estudios económicos la existencia del sistema penal tendría un cierto y limitado efecto disuasivo. Ello es en realidad indemostrable. Ello no quita un ápice de verdad al absurdo de creer que la conducta humana, toda conducta humana de cada uno de los diferentes humanos, se guiaría siempre por la elección "racional" entre "costo" de castigo y "beneficio" del delito, definidos los tres conceptos entrecomillados por las valoraciones de los funcionarios estatales y criminólogos universitarios. Las referencias de este modelo economicista a los valores de tiempo y dinero, propios de los sectores más aventajados de las sociedades estatal-capitalistas, demuestran cuánto tiene de imperialismo cultural.

Más allá de que no hay ninguna prueba de que la penalidad sea realmente preventiva de nada, el gran problema de la teoría justificadora del castigo por la prevención general negativa o disuasión está dado, más que por su manifiesta ineficacia, por el hecho de que frente a la aplicación de determinados castigos, siempre se podrá argumentar que la disuasión sí funciona, y si ello no es más visible es porque es necesario incluso aumentar más los castigos.[68] Esto último es lo que sucede en el último cuarto del siglo XX, y principalmente en Estados Unidos, donde se combinan dichas justificaciones con otras, aun cuando sean opuestas, para legitimar las prácticas ya mencionadas.[69]

3. *Los partidarios del derecho penal simbólico y la prevención general positiva*

Las versiones más refinadas del pensamiento penal encontrarían una justificación del castigo que ve en éste un mensaje. Como un mensaje que indique que lo hecho está mal, y no sólo que por hacerlo trae aparejada una experiencia desagradable. Ello tendría como fundamento a las teorías de la comunicación que hablaban de las respuestas expresivas, íntimamente vinculadas al desarrollo más amplio que tuvieron las teorías funcionalistas.

El derecho penal simbólico, que reconoce sus orígenes en la tradición sociológica funcionalista, tendría en la última cuarta parte del siglo XX un auge significativo, sobre todo en Europa, pero también tendría sus promo-

[68] Mathiesen, Thomas, *op. cit.*, nota 65.

[69] Desde un punto de vista crítico: Zysman, Diego, "El castigo penal en los E.E.U.U. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente", en Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, Anthropos, 2004.

tores en el área anglosajona, pues con el dominio conservador y el retorno a la penalidad de inicios de la modernidad, se recuperaría el valor del "signo" tradicionalmente atribuido al castigo.

Se daría en aquellas salidas tanto del derecho penal continental europeo cuanto del modelo represivo estadounidense una curiosa unión entre teorías retributivas y teorías de prevención general positiva, cuyo mejor exponente es el alemán Gunther Jakobs.[70]

El ejemplo de Jakobs servirá para analizar las teorías de la "prevención-integración", aunque no es él el único penalista que recogería esa herramienta de recambio con respecto al ideal resocializador. Para casi todos los penalistas reconocidos –incluso los más críticos, como Hassemer–[71] la pena se conformaría como mecanismo simbólico que fortalece la conciencia jurídica, y contiene, mediante actuaciones psicológicas profundas, la reacción social que supuestamente podría ser más grave merced a la indignación generada por el hecho delictivo. La prevención general positiva, según Claus Roxin, tiene tres funciones interrelacionadas: efecto social pedagógico de respeto a las normas, consolidación de la confianza en el derecho que producen los tribunales y pacificación de la conciencia jurídica de la comunidad al comprobarse la superación del conflicto.[72] En tales ideas reposa, como se ha visto, cierta perspectiva funcionalista acorde al Estado de bienestar y los principios expuestos en las constituciones sociales.

Sería más compleja la teoría sistémica posterior, aquella que deba justificar la pena sin el necesario recurso justificador de esa forma-Estado que ya había entrado en decadencia. Pero que insistiría en la necesidad de alguna forma-Estado que represente a "la" autoridad, impuesta siempre desde arriba. Ello es lo que se advierte también en *Ley y orden* de Dahrendorf, para quien las instituciones se reforzarían y recuperarían credibilidad con una aplicación estricta de las leyes penales.[73]

Según Jakobs,[74] quien dice reflejar los planteos sociológicos del funcionalista alemán Niklas Luhmann, se considera al delito simplemente como

[70] Jakobs, Gunther, *op. cit.*, nota 10.

[71] Hassemer, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.

[72] Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de D. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.

[73] Dahrendorf, Ralf, *Ley y Orden*, trad. de Luis María Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998.

[74] Jakobs, Gunther, *Sobre la teoría de la pena*, trad. de M. Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

una ruptura con la fidelidad debida al derecho: se lesionaría de esta forma no a un tercero o a varios terceros, sino a un bien jurídico, definido como una abstracción que simboliza la confianza de, y en, las instituciones públicas. La pena sería necesaria y se justificaría porque logra restablecer esa confianza en el derecho. Jakobs comienza a describir sociológicamente lo que hace el derecho –un primer paso necesario para la crítica transformadora– pero, a lo largo de los años, parece enamorarse de esa explicación y sostener que ese "ser" es también el "debe ser".

Así surge una teoría de la pena que se pretende nueva aunque es, otra vez, una rara mezcla de ideas hegelianas y de defensa social, rodeada de un nuevo discurso difícilmente comprensible. Tal teoría es la de la "prevención-integración", que derivaría en una doble función de la pena: la "latente" de consolidación de la sociedad, y la "manifiesta" de marginalizar al hecho delictivo y a su autor.

Se llega a entender a la pena como la confirmación de la configuración de la sociedad. La pena tiene la misión de dirigirse a las "personas" o "ciudadanos", y de confirmarles su confianza en la norma como esquema de orientación de su rol de personalidad. Así se acerca Jakobs a aquella teoría de la prevención positiva de origen durkheiminiano, aunque la sociología le sirve a Jakobs para alertar sobre los supuestos desvíos etizantes y psicologizantes de tal teoría. La pena no puede hacer más que los más complejos mecanismos comunicativos de la sociedad, según él, que sin embargo caerá en desvíos quizá más graves.

Las políticas penales que implementan los diversos gobiernos actuales tienen una función simbólica declarada de imponer los valores morales tradicionales. Para ello se utiliza la herramienta tradicional de reprimir y construir, a la vez, subjetividades. Pero es posible percibir que lo punitivo no es sólo un "medio", pues en sí mismo tiene las condiciones de reproducción de una organización social jerarquizada y basada en la exclusión. Es en ese punto, y en atención a los resultados históricos de las sociedades modernas, que no cabe el análisis "interno" y se debe criticar políticamente a esa fundamentación del castigo, que según algunos autores no es falseable. Sin embargo, también puede comprobarse sociológicamente la falsación de esta teoría, ya que la creciente criminalización de la vida cotidiana provoca transgresión antes que conformidad.

4. *El modelo de justicia y otra vez la retribución*

Queda la justificación del castigo que ya no intenta producir ningún efecto hacia el futuro, sino que sólo mira al pasado. Queda volver al pasado o al comienzo de las justificaciones de la pena.

No habría, empero, una pura vuelta a Kant en los sostenedores de una "justicia" y un "merecimiento" con trampas. Y mucho menos en las aplicaciones político criminales concretas, que no podrían escaparse a la lógica violenta de lo punitivo. Por el contrario, habría una unión con el llamado "populismo punitivo" pues bajo la invocación de "justicia" se perseguiría satisfacer una supuesta demanda social de mayor dureza para quienes se lo "merecen". El retribucionismo se alejaría del poner límites a la penalidad para acercarse a las demandas "de sentido común", que coincidirían con las únicas "ofertas" que estaban dispuestas a hacer las instituciones penales de los estados. Y les brindaba una nueva justificación para continuar haciendo lo de siempre.[75]

La decepción producida por las promesas incumplidas del ideal resocializador hizo poner en crisis a todo el sistema de penas basado en la utilidad. En tal sistema, las pretensiones positivistas más progresistas de transformar al individuo lograban redondear lo que sería útil y conveniente para todos, incluso para el penado. Pero ello sería una característica sólo del modelo teórico. En la práctica del castigo ese pretendido humanismo suponía arbitrariedades ejercidas por los "expertos" en la conducta y en su reforma –y sobre todo por los que sufrían los efectos de prisionización encerrándose como guardianes–.

Debe recordarse que en los Estados Unidos este sistema "individualizador" había estado presente más que en ningún otro sitio en lo que hace a la aplicación y ejecución de castigos en la prisión, puesto que las medidas con mayor influencia sociológica se intentaron en el exterior, ya como medidas alternativas o como prevención del delito. Hasta los años setenta en la mayoría de los estados seguía rigiendo la indeterminación de las penas.[76] Con las críticas esbozadas a estas consecuencias del tratamiento terapéutico, aparecería también la más nueva-vieja justificación de la pena. Especialmente en el universo anglosajón se volverían los ojos hacia un nuevo retri-

[75] Marcando distancias con ello: Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, nota 10; y Tonry, Michael, *Sentencing Matters*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1996.

[76] Asua Batarrita, Adela Voz, *op. cit.*, nota 39.

bucionismo, al pensar que la "pena fija" sería la solución a todas estas desigualdades en el castigo o *sentencing*.

Uno de los principales autores de este llamado "modelo de justicia" fue Andrew Von Hirsch. Pues la obra que marcaría un punto de referencia para el grupo de juristas liberales encuadrados en el "modelo de justicia" será la colectiva, pero por él dirigida, *Haciendo justicia*, de 1976.[77] Se había presentado como el informe del *Comitee for the Study of Incarceration* encargado de analizar las injusticias cometidas bajo el amparo del ideal resocializador. A diferencia de la mayoría de los demás trabajos críticos, que continuaron hablando en un marco utilitarista y de reforma, este trabajo enfatizaba el hacer menos daño en lugar de hacer el "bien". *Haciendo justicia* defiende explícitamente la filosofía retribucionista del castigo: lo justo frente a lo bueno. Remarca así la superioridad moral de los castigos proporcionales del pasado –a los que se denomina "justo merecimiento"– frente a los peligros inmorales y autoritarios de las medidas penales basadas en las predicciones de criminalidad futura, o en la evolución del carácter individual y del modo de vida.

Para Von Hirsch, el estudio de la justificación del castigo penal debe distinguir dos niveles. Por un lado, el relacionado con la justificación general de su existencia en la sociedad –aquí el tema puede quedar en manos de la "defensa social" o cualquier otra teoría de prevención del delito–. Y por el otro, el que permite analizar la justificación y la determinación de la pena a imponer en el caso concreto. En este último caso juega un rol primordial el "merecimiento", que es el que sin aludir a la sociedad como organismo sino al propio individuo y sus "méritos" puede resolver cuánto castigo debe sufrir el que ha cometido cierto delito. La justicia en este último caso debe imponer la misma pena para dos delitos iguales, cometidos en circunstancias similares –para ello resulta necesario establecer un sistema de penas fijas o determinadas–.

Éste sería el primer trabajo, tras muchos años de abandono de las ideas kantianas, que defendía el castigo como un fin en sí mismo. Y aunque su objetivo declarado era luchar contra las injusticias que cometía en el pasado la idea de rehabilitación, y que podía cometer en el futuro la de inhabilitación, tendría la consecuencia –probablemente no querida– de aumentar el número de encarcelados. No es casual que sus consecuencias más directas y evidentes sean las guías para aplicar castigos de tal modo que el juez tenga menos imparcialidad.

Tras el recibo de la crítica de la "justicia", y amparándose en la equidad y la evitación de la discrecionalidad, el Estado de California comenzó en

[77] Von Hirsch, Andrew, *Doing justice. The choice of punishments*, Boston, Northeastern, 1976.

1976, Minnesotta perfeccionó en 1978 y la legislación federal de Estados Unidos en 1984 aceptó, con la mayoría de los demás estados, la redacción de unas "guías penales" de determinación aritmética de la penalidad a imponer en el caso concreto.[78] A través de unas operaciones sobre una tabla matemática, que de manera vertical recorren las características del delito y horizontal las del acusado, se indicará en la casilla correspondiente los meses a prisión a imponer y cómo debe encuadrarse el caso, si se aceptó o impuso la culpabilidad. El resultado le indicará al juzgador la pena a imponer, que ya no podrá modificarse en la ejecución de dicha pena.

No sólo se buscaba evitar la arbitrariedad de la ejecución –para lo que se dejaban sin efecto las juntas de libertad condicional– sino también evitar la de los jueces –para lo que, por otras leyes, se impondrían que las sanciones estipuladas por las guías fuesen obligatorias–. El nuevo sistema de determinación de las penas requirió que la legislatura federal estadounidense –y las estatales– elaboraran los "manuales para decidir sobre el dolor", según definición de Nils Christie de las "guías",[79] algunos de los cuales –para 2001 había ya 25 guías diferentes en tantos estados– prohibieron expresamente considerar factores como la edad, la educación o formación profesional, las condiciones psíquicas o emocionales, el estado físico –que incluye toxicomanías, abuso de alcohol, etcétera–, los antecedentes laborales, los lazos o responsabilidades familiares, y demás condiciones de "vulnerabilidad". Para lograr esta "justicia purificada", como irónicamente la denomina Christie,[80] se ignorará el entorno de la mayoría de la población carcelaria. Esa pretendida imparcialidad parecería seguir las críticas formuladas contra la "acción positiva" pues tratará de igual forma a quienes no son iguales, perjudicando además a los "menos iguales".

Esa "imparcialidad" produciría mayores indefensiones que aumentarían con el uso que se hace de tales guías como amenaza para que el acusado "pacte" con el fiscal el reconocimiento de culpabilidad.[81]

Las pretensiones garantistas lograrían sólo que la arbitrariedad pasase del cuerpo de expertos al juez, y de éste a los fiscales, que son quienes lle-

[78] Las sucesivas *guidelines* federales y sus enmiendas pueden encontrarse en el sitio web de la *United States Sentencing Comission* (*www.ussc.gov*).

[79] Christie, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, trad. de Sara Costa, Buenos Aires, del Puerto, 1993.

[80] *Idem*.

[81] *Ibidem*, p. 142; Anitua, Gabriel Ignacio, "El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva", en Maier, Julio B.J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

van el peso represivo en los Estados Unidos mediante tales acuerdos desiguales y secretos. De esta manera, cada vez se dictarían más penas, en menos tiempo, y de mayor severidad, a la vez que se generaría mayor burocratización de los órganos de persecución estatal, y una ampliación de las conductas atrapadas por la ley penal.

En parte –y sólo en parte pues no podría haberlo hecho sin el concurso de los otros pensamientos aquí mencionados– todo ello es consecuencia del "justo merecimiento", que sería justamente el título de un famoso libro de Singer publicado en 1989.[82] En 1993 Von Hirsch se enfrascaría en un dificultoso intento de "medir" esa relación entre daño y penalidad, incluyendo el grado de culpa. La relación con las "guías", y su dificultad de realización –y el peligro de que se disparen en cuanto a la severidad de las penas–, le hacía fijar una magnitud cardinal de los castigos que sirviera para "anclar" la posterior magnitud ordinal o de relación entre los diferentes castigos concretos.[83] Aunque él no lo quería, esa definición de lo "merecido" quedaba a discreción de un legislador que podía caer fácilmente en el populismo punitivo al que no ofrecía reales limitaciones, puesto que la limitación del "espacio carcelario" que propugnaba nunca fue tenida en cuenta, y se "solucionaría" con la ampliación del negocio de construir cárceles.

La retribución siempre acaba por mezclarse con alguna otra ultraintención, perseguida por el Estado al aplicar las penas. Ello es observable en las formulaciones del derecho penal simbólico o las que pretenden justificar el sistema de la penalidad por la forma en que actúa dentro del sistema socioestatal, con grandes cuotas de lucidez intelectual, pero sin un gramo de legitimidad ética ni de tentativa útil de mejorar las condiciones de vida de los castigados ni de los demás habitantes.

IV. Bibliografía

ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

_____, "El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva", en Maier, Julio B.J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

[82] Singer, Richard G, *Just Deserts*, Cambridge, Ballinger, 1989. Una aguda crítica en Braithwaite, John y Pettit, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

[83] Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, nota 10.

ASÚA, Adela, Voz "Pena indeterminada", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIX, Barcelona, Francisco Seix, 1989.

AUERHAHN, Kathleen, "Selective Incapacitation and the Problem of Prediction", *Criminology*, vol. 37, núm. 4, 1999.

BAUMAN, Zygmunt, "Social Issues of Law and Order", *British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 2, 2000.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. Jordá, Barcelona, Bruguera, 1983.

BECKER, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", en Becker, G. S. y Landes, W. M., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, Columbia University Press, 1974.

BENTHAM, Jeremías, *El Panóptico*, trad. de J. Villanova y Jordán, Madrid, La piqueta, 1989.

BERGALLI, Roberto, "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", *Doctrina Penal*, Depalma, vol. 36, 1986.

BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

BRANDÁRIZ García, José Ángel, "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en Faraldo Cabana, Patricia (dir.), *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

BURTON ROSE, D., PENS, D., WRIGHT, P., *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU,* Barcelona, Virus, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Primera parte: Introducción", en Bergalli, R.; Bustos, J. y Miralles, T., *El pensamiento criminológico I*, Bogotá, Temis, 1983.

CHAIKEN, Marcia y CHAIKEN, Jan, "Offender Types and Public Policy", *Crime & Delinquency*, vol. 30, núm. 2, 1984.

CHRISTIE, Nils, *Crime Control as Industry*, London, Routledge, 1999.

_____, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, trad. de Sara Costa, Buenos Aires, del Puerto, 1993.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

COSTA, Pietro, *Il progetto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1974.

DAHRENDORF, Ralf, *Ley y Orden,* trad. de Luis María Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998.

DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control,* trad. de M. Monclús e I. Rivera, Barcelona, Virus, 2005.

FEELEY, Malcolm y SIMON, Jonhatan, "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en Nelken, David (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994.

FEELEY, Malcolm y SIMON, Jonhatan, "True Crime: The New Penology and the Public Discourse on Crime", Blomberg, T. y Cohen, S. (eds.), New York, Aldine de Gruyter, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1989.

GALLO, Ezequiel, "Jeremy Bentham", en Di Tella, T; Chumbita, H; Gamba, S y Gajardo, P. *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Buenos Aires, Emecé, 2001.

GARLAND, David, *La Cultura del Control. Delito y Orden Social en la Sociedad Contemporánea,* trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005.

_____, *Punishment and Welfare*, Gower, Aldershot, 1987.

GREENWOOD, Peter W. y ABRAHAMSE, Allan, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 1982.

GREENWOOD, Peter, *Three Strikes and You're Out: Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory-Sentencing Law,* Santa Monica, California, RAND Corporation, 1994.

HALLSWORTH, Simon, "Repensando el giro punitivo: economía del exceso y criminología del otro", *Delito y Sociedad*, UNL Ediciones, 2006, vol. 22.

HASSEMER, Winfried**,** *Fundamentos de Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.

JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal*, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González, Madrid, Marcial Pons, 1995.

_____, *Sobre la teoría de la pena*, trad. de M. Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J., Madrid, Tecnos, 1989.

KING, Roy, "The Rise and Rise of the Supermax: An American Solution in Search of a Problem", *Punishment and Society*, vol. 1, núm. 2, 1999.

LYNCH, Mona, "Supermax Meets Death Row: Legal Struggles Around the New Punitiveness in the US", en Pratt, John

MARÍ, Enrique, *La problemática del castigo*, Buenos Aires, Hachette, 1983.

MARTINSON, Robert L., "What Works? Questions and Answers About Prison Reform", *The Public Interest*, vol. 35, 1974.

MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión*, trad. de A. Zamuner y M. Coriolano, Buenos Aires, Ediar, 2003.

MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica*, trad. de X. Massimi, México, Siglo XXI, 1987.

MORRISON, Wayne (eds.), *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willian Publishing, 2005.

O`MALLEY, Pat, *Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.

PARENTI, Christian, *Lockdown America: Police and Prisons in the age of crisis*, New York, Verso, 1999.

PAVARINI, M., INSOLERA, G., MAZZACUVA, N., ZANOTTI, M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1997.

PAVARINI, Massimo, "Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad. La justificación imposible", *Delito y Sociedad*, 1992, núm. 1 (no menciona al traductor).

_____, "La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste e ideologie neoliberaliste", en Pavarini, Massimo (ed.), *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*, Bologna, Saccardin-Martina, 1990.

PETERSILIA, Joan, "Criminal Careers of Habitual Felons", *Correctional News*, vol. 32, núm. 7. 1978,

_____, *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Re-entry*, New York, Oxford University Press, 2003.

POSNER, Richard, *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

RABOSSI, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Astrea, 1976.

ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de D. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.

_____, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas, 1997.

RUSCHE, Georg y KIRCHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, trad. de E. García Méndez, Bogotá, Temis, 1984

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "El retorno de la inocuización, El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y Arroyo Zapatero, Luis (eds.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In memoriam,*

Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Universidad de Salamanca, 2001.

SINGER, Richard G, *Just Deserts,* Cambridge, Ballinger, 1989.

TONRY, Michael, *Sentencing Matters*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1996.

VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, trad. de Larrauri, E., Madrid, Trotta, 1998.

_____, *Doing justice. The choice of punishments*, Boston, Northeastern, 1976.

WACQUANT, Loic, "California: primera colonia penitenciaria del milenio", trad. de G. I. Anitua, *Panóptico*, 2001, núm. 2.

Wacquant, Loic, *Las cárceles de la miseria*, trad de H. Pons, Madrid, Alianza, 2000

Wacquant, Loïc, *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del Milenio*, Buenos Aires, Manantial, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2000.

ZYSMAN, Diego, "El castigo penal en los E.E.U.U. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente", en Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, Anthropos, 2004.

CAPÍTULO 59

FILOSOFÍA Y DERECHO PROCESAL: LAS NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO. VOCES EN ACCIÓN

Flora DI DONATO*
Francesca SCAMARDELLA**

SUMARIO: I. *Filosofía, epistemología y proceso: Una introducción.* II. *Crisis del positivismo, el realismo, post-modernismo: La emergencia de nuevos paradigmas científicos y jurídicos.* III. *Para una nueva lectura del proceso: Confrontando modelos epistemológicos.* IV. *El objetivismo y el culturalismo: ¿Una* liason *posible para el estudio del proceso? Reflexiones sobre el método.* V. *El enfoque* clinical law *para el análisis de los casos.* VI. *Voces en acción y análisis de los casos.* VII. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. FILOSOFÍA, EPISTEMOLOGÍA Y PROCESO: UNA INTRODUCCIÓN

Por difícil y ambiciosa que pueda parecer una descripción de la unión entre Filosofía y el Derecho Procesal, ésta es útil como base para una primera reflexión sobre la relación entre el derecho y la realidad, concebidos por la Ilustración y la tradición positivista en adelante, en términos de separación y especificidad en lugar de complementariedad o comunicabilidad mutua.

* Profesora del Center for Migration Studies de University of Neuchâtel, Suiza.

** Investigadora en la Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia. Esta contribución es el resultado de una estrecha colaboración entre los dos autores. Cabe señalar, sin embargo, que la Dra. Flora Di Donato redactó las secciones I, IV, V, VI (VI.1 y VI.2); Francesca Scamardella redactó las secciones III (III.1 y III.2) y VII. La sección II fue escrita por ambas. (Traducción de Piero Mattei-Gentili, revisada y corregida por Jorge Luis Fabra Zamora).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2143-2193.

Un procesalista que no se contenta con sólo estudiar el proceso desde el punto de vista de la mera aplicación de las normas formales y materiales del derecho, se puede encontrar con el tener que hacer frente a una serie de preguntas que tienen que ver, principalmente, con la dificultad de combinar la aplicación de estas normas con los hechos reales que el proceso está llamado a juzgar.

Por su parte, la filosofía, entendida también como epistemología, ofrece una gama de diferentes enfoques que, dependiendo de la finalidad que a su vez se atribuya al proceso (*medios* para la consecución de los *fines* de la verdad, un *instrumento* para resolver la disputa entre las partes, etc.), en diferentes sistemas culturales y jurídicos de referencia, le permiten establecer y legitimar cierto modelo de decisión y de pruebas en lugar de otro. Esto lo saben bien procesalistas tales como Chase, Damaška, Taruffo –por nombrar sólo algunos de los más conocidos– que desde perspectivas y sistemas jurídicos distintos se hacen algunos de los principales interrogantes que surgen en la teoría del proceso, como la obtención de pruebas y su valoración, el hallazgo de hechos procesales y la búsqueda de la verdad. Aunque la valoración de los hechos y las especulaciones sobre el proceso son problemas tendenciosamente abandonados, especialmente en los sistemas de derecho civil donde una concepción meramente normativista y presuntamente racional del derecho ha impregnado durante siglos a la teoría y en cierta medida a la práctica del derecho, es precisamente sobre estos aspectos que es posible introducir una serie de reflexiones, tomando prestados paradigmas y métodos provenientes de distintos campos del saber.

Damaška, por ejemplo, después distinguir entre los sistemas de *common law* y de derecho civil, y partiendo de una perspectiva analítica, pone en las premisas de su razonamiento el reconocimiento de las diferencias entre los métodos de determinación de los hechos que requiere el derecho y los métodos de investigación utilizados en el estudio de una práctica social ordinaria, tomando en cuenta la mayor o menor capacidad de las partes para evaluar los hechos.[1] Este estudioso, considerando en particular el modelo de valoración de los hechos en los sistemas de *common law*, echa por tierra el mito de que "la búsqueda racional de la verdad induce a todos los sistemas a compartir los mismos conceptos y las mismas actitudes básicas".[2] Damaška,

[1] Damaška, Mirjan, *Il diritto delle prove alla deriva*, Ullao, Bologna, Il Mulino, 2003, p 23.
[2] *Ibidem*, p. 111.

al igual que Taruffo más adelante,[3] toma en cuenta la influencia sobre la verdad fáctica del proceso que tienen los cambios en el contexto procesal sobre de la valoración relativa a la investigación. Sin adherirse plenamente a disquisiciones filosóficas sobre el carácter correspondentista de la verdad, posición que fue notoriamente impugnada en la segunda mitad del siglo XX, él asume una actitud moderada que expresa de la siguiente forma: "si no se acepta alguna variante de la concepción según la cual la verdad es una cuestión acerca de la correspondencia con los hechos, nuestros sistemas probatorios actuales pierden su significado.".[4] Más adelante, pasa a una forma de desilusión acerca de la posibilidad de llegar a una verdad sin compromisos en aquellos sistemas en los que son las partes las que toman papel activo en las primeras etapas de la valoración de los hechos.

Por otra parte, encontramos la propuesta de Tarruffo, la cual, influenciada por la concepción correspondentista de la verdad vinculada a la epistemología pura de Susan Haack, sostiene que "la realidad externa existe y ésta constituye el criterio de medida, el punto de referencia que determina la verdad o falsedad de los enunciados que nos ocupan".[5] Taruffo, de forma más marcada que Damaška, pone confianza en la posibilidad de utilizar un modelo lógico correctivo del tipo $W = E \rightarrow H$ en el razonamiento del juez para llegar a una decisión que se inspire en la "legalidad" y en la "verdad".[6]

En una dirección diferente y original se encuentran las reflexiones de Chase, quien se adhiere a una perspectiva constructivista-culturalista que reflexiona sobre la relación entre la cultura y las formas de procedimiento o rituales de solución de los conflictos y de búsqueda de la verdad. Chase considera que algunas formas de resolución de disputas (como el recurso al oráculo de la tribu Azande y el *ADR* [*Alternative Dispute Resolution*] en el sistema estadounidense) son el efecto de un cierto tipo de cultura y, a la inversa, mediante el análisis de la influencia de los rituales y procedimientos se

[3] Taruffo, Michele, "Cultura e processo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2009, p. 63-92.

[4] Damaška, *op. cit.*, nota 1, p. 138.

[5] Taruffo, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 78.

[6] Para un comentario crítico sobre Taruffo, se puede consultar DiDonnato, Flora, "Il Super-giudice ovvero il giudice come garante della funzione epistemica del processo. Note a margine di un volume di Michele Taruffo", *Sociologia del diritto*, vol. 1, 2010, pp. 192-200. El significado de la fórmula que figura en el texto se explica *infra* en III.2.

puede entender ciertas culturas.[7] Se trata de un enfoque que si bien no dice nada acerca de la operación del proceso en sentido estricto –como observa críticamente Taruffo–,[8] no obstante tiene el mérito de hacer que la teoría del proceso interactúe con los enfoques críticos sobre la relación entre la organización de la justicia y la dimensión cultural y humana (*lato sensu*) subyacente, utilizando los estudios etnográficos y sociológicos.

Estos tres modelos descritos son modelos de lectura del proceso, que oscilan entre visiones correspondistas o realistas y modelos críticos o abiertos a la consideración de las relaciones entre las concepciones epistemológicas, las formas procesales y los contextos culturales.

Partiendo de la profundización de algunos de los enfoques teóricos y epistemológicos mencionados anteriormente, el propósito de este artículo es reflexionar sobre la posibilidad de recuperar el papel de los seres humanos y la cultura de la que proceden dentro de la experiencia procesal. La cultura nos interesa como modelo o reglas implícitas que determinan no sólo la génesis de conflictos jurídicos, sino los mecanismos de solución. Al final de esta contribución, se presentará el análisis de un caso considerado como paradigmático de esta orientación.

II. Crisis del Positivismo, el realismo y el post-Modernismo: La Emergencia de nuevos Paradigmas Científicos y Jurídicos

La tentación de volver a empezar desde lejos, describiendo los grandes cambios de paradigma que han marcado la historia del conocimiento –desde la crisis de los paradigmas objetivistas vinculados a la idea de la pasividad de la mente, hasta el reconocimiento y la afirmación no sólo de una forma de actividad, sino también de la interactividad entre el sujeto y el objeto de descubrimiento, alcanzando en tiempos más recientes a entender la influencia de la cultura y el contexto en el proceso cognitivo– se detiene frente a la exigencia de limitar nuestra discusión con el ámbito jurídico, en

[7] Chase, Oscar, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, M.R. Ferrarese (ed.), Roma-Bari, Laterza, 2009.

[8] Taruffo, *op. cit.*, nota 3.

el cual nos movemos, aunque sea con apertura a perspectivas y métodos provenientes de otros campos de conocimiento.[9]

Nos limitaremos a reconstruir algunos pasajes fundamentales, recordando que el racionalismo de la Ilustración, con su veleidad fundacional, había condicionado el discurso jurídico en todo el curso de los siglos XIX y XX a través de la construcción de categorías y modelos abstractos de razonamiento y de juicio, bajo la ilusión de alcanzar una verdad universal que se obtiene mediante esquemas deductivos, con recurso a los precedentes, la analogía, etc.[10]. Este tipo de ideología será puesta en discusión por las corrientes que se desarrollan en el transcurso del siglo XX, como la REALISTA ESTADOUNIDENSE que, desde una óptica del *common law*, cuestionan, entre otras cosas, a la idea del jurado como expresión de una comunidad territorial[11] y tratan de poner de relieve el papel de la dimensión empírica de los hechos en la investigación judicial y la naturaleza profundamente social del derecho. De hecho, con el realismo estadounidense madura progresivamente la idea de que el derecho tiene menos que ver con las páginas de los códigos y que está más ligado a las sentencias de los tribunales, relacionándose con las prácticas jurídicas locales e influenciando la colectividad y la forma de percibir el derecho por parte de los abogados, los jueces, los individuos singulares, condicionando sus creencias y opiniones[12]. La realidad social se hace presente en la práctica jurídica y la efectividad del derecho coincide, como se ha anotado, con el pronunciamiento de la sentencia por el juez.[13]

[9] Para una reconstrucción más amplia de estos temas, se reenvía a: Di Donato, Flora, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, Franco Angeli, 2008, especialmente capítulos I-III.

[10] Nos referimos principalmente al ideal de "seguridad jurídica'" que emerge de la *Teoría Pura* del Derecho y cuyos primeros intentos de sistematización fueron realizados por la Pandectística y la Jurisprudencia de Conceptos al reducir el derecho a un sistema sin lagunas y autónomo respecto de los fenómenos sociales que debe regular. Sobre este punto, véase, Kelsen, Hans, *Lineamienti di dottrina pura del diritto,* R. Treves (trad.), Turín, Einaudi, 1952, *cifr.* También Savigny (von), Friedrich, C., *Sistema del diritto romano attuale*, V. Scialoja (ed.), Turín, UTET, 1886-1896 (en especial el primer volumen).

[11] Damaška, Mirjan, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 69-83.

[12] Sobre el REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE, ver el artículo de Kruse, Katherin R., "Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism, and Clinical Legal Education", *New York Law School Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2012, pp. 659-685.

[13] Holmes, uno de los mayores representantes del realismo americano, en su obra *The Common Law*, sostiene que "el derecho no puede ser tratado como si contuviera sólo los axiomas y corolarios de un libro de las matemáticas". Holmes, Oliver, W., *The Common Law*, Stilwell (KS), Digireads.com Publishing, 2005, p. 3. De forma no muy diferente, Jerome Frank, intentando

Por otro lado, en Europa, la afirmación de las corrientes hermenéuticas marca el abandono de la práctica interpretativa de molde IUSPOSITIVISTA, a través de la valorización de las funciones y dimensiones lingüísticas y el papel del sujeto-intérprete en la comprensión y resolución de un caso. La práctica de la interpretación es reconocida dentro de una dimensión histórica más amplia.[14]

Más adelante, en el curso del siglo XX, las revoluciones científicas de los años 60s y 70s influyen en las representaciones de la CIENCIA JURÍDICA, cuestionando la objetividad y la universalidad de los métodos científicos y epistemológicos e induciendo a la misma ciencia jurídica –ya fortalecida por las adquisiciones realistas y hermenéuticas– a abandonar visiones universalistas y objetivistas que prescinden de los fenómenos sociales, culturales, políticos, etc. Como es bien sabido, Kuhn y Feyerabend criticaron la idea de que una teoría científica se desarrolla sobre la base de una descripción objetiva de los hechos, señalando que los hechos que el investigador elige estudiar, así como los objetivos científicos que persigue, forzosamente se encuentran históricamente condicionados. Comienza a hacerse espacio, de manera cada vez más fuerte, la idea de que no hay hechos objetivos por investigar o que no existen hechos "independientes" de la propia perspectiva de quien los investiga (científico, juez, etc.).[15]

---

proporcionar una definición de derecho, escribe que "[e]l derecho, en cualquier momento antes de la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en realidad no ha sido establecido. Nadie sabría lo que el tribunal decidirá… Hablar de derecho estable gobernando una controversia, o de derechos fijados de las partes, antes de la decisión de la Corte Suprema, es simple verborrea… Después de la decisión, el 'derecho' está establecido". Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick (N.J.),Transaction Publishers, 2009, pp. 49-50. Y, por lo tanto, ante el interrogante, "¿Qué es el derecho?" Frank, sin rodeos respondió que "el derecho, con respecto a un conjunto particular de hechos, es una decisión de una corte con respecto a esos hechos en tanto esos hechos afecten a una persona particular. Hasta que la Corte haya decidido con base en ellos, ningún derecho en ese asunto ha surgido a la existencia. Antes de la decisión, el único derecho disponible es la opinión de los abogados". *Idem*, p. 50.

[14] Gadamer, Hans-Georg, *Verità e metodo*, G. Vattimo (trad.), Milano, Bompiani, XIV ed., 2004

[15] De manera no disímil, Nietzsche había afirmado a finales del siglo XIX que: "Contra el positivismo, que se detiene en los fenómenos: 'sólo hay hechos' -yo diría: no, precisamente no hay hechos, sino sólo interpretaciones. No podemos constatar ningún hecho 'en sí'; tal vez sea un absurdo querer algo por el estilo. 'Todo es subjetivo' decís; pero ésta ya es una interpretación, el 'sujeto' no es nada dado, es sólo algo añadido por la imaginación, algo añadido después. ¿Es en fin, necesario poner todavía al intérprete detrás de la interpretación? Ya esto es invención, hipótesis… El mundo es cognoscible en tanto 'conocimiento'

Se trata de una estación cultural que algunos estudiosos no dudan en calificar de "muy compleja", ya que, por un lado, el conocimiento científico se pone en tela de juicio por la sociología de la ciencia, por lo que las dimensiones sociales de la investigación parecen ser el único criterio aceptable para verificar la validez de las conclusiones de un investigador; y, por otro lado, el surgimiento de posiciones constructivistas, a veces radicales, conlleva el riesgo de reducir los resultados de los descubrimientos científicos a meras construcciones mentales de los científicos.[16]

¿Cuál es el resultado más evidente de estas afirmaciones, que corren el riesgo de ser contradicciones, si no paradojas? Conceptos como "la verdad", "la razón", "el conocimiento", son vistos con sospecha y se relativizan y, por último, en cierta medida, resultan inoperantes. Estamos en la era de lo que se llama la *incredulidad posmoderna,*[17] marcada por la convicción de que no existe una verdad absoluta [y cognoscible] sino sólo múltiples representaciones de la verdad, cada una de las cuales, fieles a una perspectiva, a un punto de vista, a visión individual o colectiva, elegida en vez de otra, se presenta como una verdad relativa, que sólo es aceptable.

La tendencia de las concepciones posmodernas de negar cualquier *concern for the truth* ["preocupación por la verdad"][18] y la de la concepción deconstruccionista de de-construir el concepto de verdad hasta hacerlo inutilizable, marca una reorientación de la filosofía en el sentido de rechazar el mito de la objetividad y el intento de liberar a la realidad de restricciones monolíticas y perentorias.[19] Este intento de emancipación de la realidad y de los individuos, es considerado por algunos estudiosos como el peligro de hundirse en el cinismo y las paradojas inherentes a la condición posmoderna. Como Taruffo ha observado, la moda del posmodernismo de sostener la existencia de múltiples verdades se ha traducido por un momento en una serie de paradojas, no sólo en la filosofía, sino también en otras áreas científicas (como las matemáticas, donde los matemáticos ya no son capaces de determinar si sus cálculos son correctos o no), reverbe-

---

tenga algún sentido; pero el mundo es interpretable de modos diversos, no tiene un sentido detrás de sí, sino innumerables sentidos: perspectivismo". Nietzsche, Friedrich W., *Fragmentos Póstumos,* vol. IV, 1885-1889, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 7 [60].

[16] Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 76.

[17] Lyotard, Jean-François, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, trad. it. de C. Formelli, Bologna, Feltrinelli, 2002.

[18] Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 75.

[19] Sobre el punto *cfr.* Ferraris, Maurizio, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 4 y ss.

rando en especial sobre la cuestión de la *verdad*[20] y su relación con la *realidad* exterior.

Sobre tales cuestiones vuelve a reflexionar el *Nuevo Realismo,* movimiento inaugurado en Europa en 2012 con la organización de una conferencia del mismo título.[21] Su tesis principal se puede resumir en las palabras de Searle, en cuanto que por realismo debe entenderse la idea "de que existe una realidad totalmente independiente de nuestras representaciones".[22] Esta tesis puede sostenerse siempre y cuando opere una distinción clara y decisiva entre "realidad" y "verdad". No en vano el *Nuevo Realismo* distingue entre, una realidad *desnuda* y objetivamente inenmendable, que consta de hechos que existen independientemente y que no se pueden cambiar a través el uso de esquemas cognitivos o conceptuales, es decir, la llamada *verdad ontológica*, por un lado, y la aspiración de los agentes externos para conocer esta realidad que corresponde a la verdad *epistemológica,*[23] por el otro.

Por lo tanto, si estamos de acuerdo con los teóricos del *Nuevo Realismo* (Searle, Putnam, Eco, Ferraris, etc.), en cuanto a que existe una realidad objetiva independiente de cualquier reclamo a efectos cognitivos de los agentes externos, la cuestión sobre la que invitamos a reflexionar en el curso de nuestra contribución puede formularse en los siguientes términos: "¿Cómo puede la realidad (es decir, los hechos desnudos) ceder al proceso?" Y, "¿qué herramientas críticas puede proporcionar la filosofía, entendida como epistemología, para facilitar el acceso de la realidad al proceso?"

III. Para una nueva lectura del proceso: Confrontando Modelos epistemológicos

[20] Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 76 y ss.

[21] "Prospects for a New Realism" es el título de la conferencia realizada en Bonn el 12 marzo 2012 la cual seguirá la publicación del volumen en Italia: Ferraris, *op. cit.*, nota 19.

[22] Searle, John, *La construcción de la realidad social,* Paidós, España, 2012, p. 164. La intención profesada por el *New Realism* es la de asegurar la "rehabilitación de la noción de verdad" que los posmodernos consideraban inútil y desconectada de cualquier concepción de la realidad". Sobre el punto, *cfr.* Ferraris, Maurizio, "Il ritorno al pensiero forte", *La Repubblica*, 8 agosto 2011, pp. 36-37 y Ferraris, Maurizio *et al*, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Torino, Einaudi, 2012.

[23] Sobre esta distinción, véase de nuevo Ferraris, *op. cit.*, nota 19, p. 117.

1. *El* Manifiesto *epistemológico de Susan Haack*

Debido al estímulo e influencia de algunas de las corrientes descritas anteriormente, y también en contraposición a ellas, se desarrollan algunos de los modelos de la epistemología procesal que se mencionaron en el párrafo introductorio y en los cuales tenemos la intención de detenernos, en un intento para aclarar la relación entre filosofía, epistemología y proceso.

Parece apropiado empezar desde el modelo epistemológico de Susan Haack y las críticas que ella dirige a los posmodernistas, a los que define como *New Cynics* ['nuevos cínicos'] por su intento de deconstruir los conceptos tradicionales, predicando la existencia de una verdad relativa única, en forma de un *quid* que ha sido acordado por la mayoría de las personas en un momento histórico determinado.[24] En particular, Haack critica la tesis de Rorty, de acuerdo con la cual no existe una verdad objetiva, y que las pretensiones científicas para demostrar la verdad son puras falacias; sosteniendo que, después de todo, "lo que Rorty llama el sentido común de la 'verdad' no es un sentido de 'verdad'".[25] Lo que Haack critica a Rorty (y al posmodernismo en general) es la idea de que la *verdad* consiste en una *negociación* retórica, en un acuerdo entre dos o más personas que, encontrándose en una discusión, llegan a estar de acuerdo en algo, prescindiendo de lo que la investigación científica haya determinado acerca la existencia real de esa *verdad* [negociada]: la afirmación de Rorty, de acuerdo con la cual, "después de todo, llamar a un enunciado verdadero es dar una palmadita retórica en el hombro", es objetada por Haack señalando una "distinción entre una verdad–como-consenso (SI) y una verdad-como-representación-precisa (NO)".[26] Investigar la verdad, entonces, no significa *negociar* retóricamente un acuerdo, ni encontrarse en el descubrimiento de una verdad absoluta, sino, más bien, predisponerse a una investigación epistemológica que, a partir de las categorías científicas, demuestre y represente de forma racional y objetiva, la existencia de los hechos y las afirmaciones. Estas reflexiones,

[24] Haack, Susan, *Defending Science – Within Reason: Between Scientism and Cynicism*, Amherst (N.Y.), Prometheus Book, 2007. A propósito de Rorty, Haack critica la interpretación de la historia de Occidente como un intento de "sustituir el amor a Dios por el amor a la Verdad" Haack, Susan, *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 18.

[25] "[…] what Rorty calls the homely sense of 'truth' is not a sense of 'truth'". Haack, *op. cit.*, nota 24, p. 19.

[26] "[…] after all, to call a statement true 'is just to give a rhetorical path on the back'". Haack, *op. cit.*, nota 24, p. 7. "[…] a contrast between truth-as-consensus (YES) and Truth-as-accurate-representation (NO)". Haack, *op. cit.*, nota 24, p. 18.

reconducidas a una perspectiva que se pregunte sobre el proceso y la cognoscibilidad de los hechos que deben ser juzgados y decididos, inducen a Haack a cuestionarse sobre la posibilidad de recurrir a la epistemología y a sus herramientas cognitivas, para ver cómo los hechos realmente acaecidos pueden acceder al proceso a través de las pruebas procesales, para ser conocidos, probados, representados, y finalmente juzgados a la luz de un modelo de credibilidad racional de las pruebas.

El papel de la epistemología, tal como la entiende Haack, por lo tanto, no consiste en determinar los hechos o pruebas, ya que, como señaló J.S. Mill, la epistemología "no proporciona pruebas sino enseña qué las hace pruebas y cómo juzgarlas".[27] Para Haack, el corazón de la epistemología se encuentra en el propósito que se persigue con la adquisición y valoración de las pruebas y consiste en la posibilidad de conocer las acciones y objetivos relacionados con tales acciones. La epistemología se dirige a la representación de una verdad que no es valorativa, ni con respecto a los hechos, ni con respecto a las opiniones o creencias de los individuos. El modelo epistemológico[28] propuesto por Haack se presenta principalmente como una respuesta a la tesis posmodernista antes citada, y llama nuestra atención sobre la comparación que se instaura con la idea de la infalibilidad del método científico y las categorías científicas[29] utilizadas en el proceso de comprobación de la verdad.

La epistemóloga estadounidense insiste en la necesidad de mediar el conocimiento puramente científico con el contexto procesal en el que se establecen los hechos. En particular, el análisis de Haack se centra en el rol de la prueba científica, cuestionando la conveniencia de confiar únicamente en los instrumentos científicos para evaluar la admisibilidad de las pruebas que deben adoptarse en el proceso (especialmente el derecho penal), así como en la demostración de la relación causal entre los hechos y las conse-

[27] [Epistemology] "does not give […] proofs, but teaches what makes them proofs, and how […] to judge of them". Mill, John, S., *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles and Methods of Scientific Investigation*, London, Longman, 8th ed., 1970, p. 5.

[28] *Cfr.* Principalmente Haack, Susan, "The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front", *Ratio juris*, vol. 25, núm. 2, 2012, pp. 206-235 y Haack, Susan, "An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 26, núm. 2, 2001, pp. 217-248, consultable también en el sitio web *http://www.ahrq.gov/clinic/jhppl/haack.pdf*.

[29] Nos referimos sobre todo al *Frye test* y al método *Daubert*. De ambas metodologías se dirá algo, *infra*.

cuencias. La evaluación detallada de la llamada *Prueba de Frye*[30] y el método *Daubert*[31] (que lo sustituye) se convierte en cambio paradigmático desde una visión de la filosofía procesal típica de los años 70, que se basaba exclusivamente en el juicio de la validez de la comunidad científica pertinente (el llamado principio del "consenso de la comunidad científica") para decidir la admisibilidad de la evidencia científica en el proceso, a una filosofía procesal que se afirmó desde principios de los años noventa que, después de haber puesto en duda la validez y el grado de certeza absoluta que ofrece la ciencia, considera que se debe confiar al juez, y no a la comunidad científica, la tarea de valorar y supervisar la validez y la confiabilidad de la evidencia científica adoptada (o por adoptar). Sobre este cambio de perspectiva que se centra en el papel del juez y sus funciones, se pregunta también Sheila Jasanoff, que analiza la capacidad del sistema jurídico para adaptarse a los cambios en la economía, el conocimiento científico, las tecnologías y ofrecer respuestas adecuadas a las relaciones y disputas interpersonales, que se hacen más complejas por estos rápidos cambios.[32] Así, hasta finales de los años 90s, el conocimiento científico que jugó un papel decisivo dentro de los tribunales; ahora se convierte en una fuente de cambio y de controversia, a partir de la propagación de la creencia de que el tribunal puede y debe pronunciarse sobre la validez de los enunciados científicos (o tecnológicos) originados en el proceso. En resumen, el conocimiento científico pasa de ser un factor que soluciona las controversias a uno de los factores que pueden pro-

[30] El test de Frye, proveniente del caso *Frye v. United States* de 1923, fue utilizada para excluir como prueba, en un proceso de homicidio, el testimonio de un consultor sobre los resultados experimentales de un polígrafo utilizado durante el interrogatorio del imputado. El test preveía que la opinión de un experto sobre una técnica o una prueba científica fuese admisible en un proceso solamente si era generalmente aceptada por la comunidad científica. Haack, *op. cit.*, nota 28.

[31] La sentencia Daubert (*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 1993) enfrentó el caso de malformaciones de nacidos de mujeres expuestas a terapias farmacológicas. La Corte debía pronunciarse sobre la admisibilidad del testimonio de un consultor científico y, para la ocasión, elaboró una serie de criterios que sustituyeron de hecho al *test de Frye*. Los criterios individuados fueron los siguientes: 1) verificabilidad del método, esto es, la posibilidad de cuidar a través de experimentos; 2) falsabilidad, es decir, la posibilidad de someter al test de falsabilidad que, en caso de resultado negativo, confirmen su credibilidad; 3) someter a control de la comunidad científica; 4) conocimiento de las porcentuales de error por parte del juez; 5) aceptación general por parte de la comunidad científica. Se trata de un criterio complementario que no es considerado como *conditio sine qua non*, Haack, *op. cit.*, nota 28.

[32] Jasanoff, Sheila, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, A Twentieth Century Fund Book, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, especialmente, pp. 24-41.

vocar la aparición de un conflicto, al cambiar la estructura de ciertos conceptos jurídicos, tales como "RESPONSABILIDAD" o "el nexo de CAUSALIDAD". Tomemos, por ejemplo, los descubrimientos científicos en el campo de la genética, en las prácticas de reproducción asistida, o en el medio ambiente: ¿Son las afirmaciones científicas o la opinión de la comunidad científica en estos casos las encargadas de dirimir una controversia, o son, más bien, son una de las concausas?[33] A partir de estas transformaciones, Jasanoff se pregunta sobre el papel de los tribunales, argumentando que los jueces no pueden confiar en el consenso de la comunidad científica o las categorías científicas que comparten el honor de evaluar el alcance y la confiabilidad de la evidencia científica,[34] sino que, por el contrario, los jue-

[33] En Italia basta pensar en la reciente sentencia de la Corte de Casación, III sec. Civ., 16754/2012 (relator Juez Giacomo Travaglino) en la que la Corte se pronunció sobre el eventual derecho de compensación del daño de un menor afectado de síndrome de Down por malformaciones genéticas no encontradas por el ginecólogo durante el embarazo, no obstante la firme voluntad, expresada por la madre del menor, de interrumpir el embarazo en caso de que fuese encontrada una malformación del feto. La Corte debió dirimir la controversia sobre la capacidad de los test científicos a los que la mujer se sometió durante el embarazo (sobre todo el Tri-Test), bajo la supervisión del ginecólogo, con el fin de encontrar las malformaciones genéticas o síndromes que afectaron al feto al momento del nacimiento. Para ello, claramente debió valorar las implicaciones científicas (genéticas) de la prueba y debió pronunciarse sobre el eventual derecho de autodeterminación del feto y de la respectiva compensación por los daños sufridos. En este caso, las categorías científicas y el consenso de la comunidad científica, en vez de dirimir la controversia, fueron parte de la misma, conjuntamente con los derechos personales en disputa.

[34] La atención al papel del juez y a sus funciones decisorias en calidad de *peritus peritorum* que se sobrepone a la comunidad científica se explica también en consideración a los más recientes desarrollos de la teoría de la INTERPRETACIÓN JURÍDICA, tanto en sus variantes continental como anglosajona. Ronald Dworkin, por ejemplo, justamente entre los años ochenta y noventa, exaltó la figura del juez a través de la construcción del mítico juez "Hércules" capaz de encontrar siempre una *respuesta correcta (the one right answer)* moviéndose en una red de reglas y principios morales. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982 [*Los derechos en serio*]; Dworkin, Ronald, *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore, 1989 [*El imperio de la justicia*]; y DERECHO COMO INTERPRETACIÓN. En la parte continental, Robert Alexy define el discurso jurídico como un caso particular del discurso práctico general y localiza la argumentación del juez (a partir del momento de la justificación interna y de la externa) el momento determinante de todo el juicio donde se puede verificar la corrección de la decisión. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica,* Milano, Giuffrè, 1998 [*Teoría de la argumentaicón jurídica*] y TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. En los últimos años, finalmente, la perspectiva argumentativa ha sido discutida también por Manuel Atienza con un acercamiento que una dimensión *lógico-formal* con una de tipo *material* y otra dimensión *pragmática* en un intento por ponderar el excesivo formalismo del razonamiento del juez y de

ces a menudo deben dirimir los conflictos entre la percepción personal o compartida de los individuos y las afirmaciones impersonales y universales de la ciencia, deben decidir cuáles saber privilegiar y en cuáles confiar. Entonces, cambian las actitudes hacia las pruebas, los expertos y el conocimiento científico en general, y el poder de decisión de la juez se fortalece.

Es interesante apreciar la vinculación que Haack hace entre el conocimiento científico a disposición del juez, y la capacidad de decidir el caso concreto. En un ambiente que tenga en cuenta los avances científicos del siglo XX (empezando desde la *prueba Drye* de los años 30 y hasta el análisis de los casos más recientes de los años 90), la epistemóloga estadounidense se pregunta acerca de las formas en las que la ciencia accede al proceso, condicionando la tendencia, a partir de la admisibilidad de la prueba, en la evaluación de la existencia de una relación de CAUSALIDAD que en algunos casos en últimas determinan la decisión final. La pregunta que guía su pensamiento es: "¿Son las leyes de la ciencia, la epistemología neopositivista y su confianza en las categorías científicas las que rigen la admisibilidad de las pruebas son suficientes para establecer la verdad de los hechos?".[35] O dicho de forma diferente: "¿Es una concepción epistemológica del proceso sostenida únicamente en los tests científicos, sobre los cuales la comunidad científica ha dado su consentimiento puede ser la premisa 'cierta' de una deducción procesal y que se puede utilizar para identificar una verdad *más o menos* en consonancia con la realidad de los hechos ocurridos?".[36] "La justicia sustancial exige una verdad de los hechos".[37] En un intento de responder a estas preguntas, Haack critica tanto el *test de Frye* como el *método de Daubert*, partiendo del presupuesto de que un enfoque epistemológico para el proceso no debe contentarse con un punto de vista puramente científico que, con sus categorías, legitimen las pruebas tomadas, la verificabilidad la relación de causalidad y la decisión final. "La estructura de la prueba" –escribe la autora– "no es lineal, como una demostración matemática, sino ramificada, como un crucigrama, y lo que hace que una prueba sea mejor o peor respecto de una afirmación, es análogo a aquello que hace a un crucigrama más o menos razonable: Cuánto *apoyo* existe…;

---

su motivación con atención a las implicaciones de carácter práctico que refieren a las consecuencias sociales de la decisión judicial. Sobre el punto, véase M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2012 (véase, RAZONAMIENTO JURÍDICO).

[35] Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 213 y ss.

[36] *Ibidem*, p. 209 y ss.

[37] *Ibidem*, p. 214 y ss.

cuán *seguro* es, independientemente de la afirmación en cuestión…; y cuán *comprehensivo* es, es decir, cuánto material probatorio relevante incluye…".[38] La evidencia probatoria no debe responder a grados de certeza, sino a grados de credibilidad racional y justificación.[39] En otras palabras, si examinamos las posibilidades cognoscitivas de la realidad/hechos objetivos en un proceso, lo que debería interesarnos no es tanto si el acusado ha cometido el delito o no, sino de si la proposición "el acusado ha cometido el hecho" (o "el acusado no cometió el hecho") esté apoyada por un grado de admisibilidad y de la credibilidad de las pruebas presentadas. Lo que implica necesariamente una evaluación epistemológica sobre la admisibilidad y la credibilidad de las pruebas. Y es a partir de la utilización de estos instrumentos científicos (ensayos, el consenso de la comunidad científica) que deciden la elegibilidad y la adquisición de la prueba que Haack se pregunta sobre la posibilidad cognitiva de la filosofía en relación con el proceso, como una de las posibilidades a conocer. Entonces, aproximarse al proceso con una metodología epistemológica significa cuestionar la posibilidad de estudiar científicamente a las pruebas. Sin embargo, Haack no considera suficiente el valorar la admisibilidad de una prueba sólo en una perspectiva estrictamente científica y, por tanto, en forma aislada del contexto procesal. Cree, por el contrario, que un enfoque epistemológico al proceso debe ser capaz de combinar los elementos objetivos de la prueba –incluyendo el valor científico propio que ofrecen las categorías científicas– con actividades prospectivas subjetivas que provienen de la reconstrucción de los hechos, del contexto, la realidad social y de todos los elementos subjetivos de tipo valorativo (razonamiento del juez y de los abogados, además de las creencias o el comportamiento de las partes). Para este propósito, de hecho, Haack escribe, que "al igual que la prueba con respecto a cualquier afirmación empírica, la prueba respecto de una declaración científica incluye tanto la evidencia experiencial (lo que alguien vio,

[38] "The structure of evidence isn't linear, like a mathematical proof, but ramifying, like a crossword puzzle; and what makes the evidence with respect to a claim better or worse is analogous to what makes a crossword entry more or less reasonable: how *supportive* it is (…); how *secure* it is, independent of the claim in question (…); and how *comprehensive* it is, i.e., how much of the relevant evidence it includes". Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 216.

[39] "Legal degrees of proof are not degrees of credence; they are degrees of *rational credibility* or *warrant*". Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 219.

alguien escuchó, etc.,) como las razones (las creencias que se tienen) que se ramifican en todas las direcciones...".[40]

2. *Evaluación (Epistémica) de la verdad vs. Resolución de la controversia: ¿Inferencia lógica o solución cultural?*

En premisas no disímiles a las de Susan Haack, parece moverse, al menos en apariencia, el también procesalista italiano Michelle Taruffo, quien propone un modelo epistémico [de la verdad] procesal orientado, precisamente, a la averiguación la verdad. Como hemos dicho, se trata de una analogía sólo aparente, porque Taruffo no se limita sólo a sostener que es *posible* acceder a la verdad en el proceso, viéndolo desde la perspectiva crítica incluso escéptica de Haack (por ejemplo, en sus examinaciones de los casos Daubert, Sacco y Vanzetti). Por el contrario, Taruffo afirma que no sólo es *posible*, sino que es *necesario* "dirigir el proceso hacia el descubrimiento de la verdad".[41]

La dimensión epistémica del proceso, para Taruffo, es la posibilidad de estructurar el proceso como un conjunto de actividades susceptibles de adquirir la "verdad" de los hechos que deben ser decididos y, así, éste debe ser evaluado como un instrumento "eficaz para el descubrimiento y la determinación efectiva de la verdad".[42] Este enfoque es *epistémico*, además, porque la verdad de un enunciado depende de la posibilidad de justificarlo válidamente. La valoración que sugiere Taruffo de la evidencia, su elegibilidad y selección, la distinción entre las pruebas típicas y pruebas *atípicas,*[43]

[40] "Like the evidence with respect to any empirical claim, the evidence with respect to a scientifi c claim includes both experiential evidence (someone's seeing, hearing, etc., this or that) and reasons (background beliefs) ramifying in all directions […]". Haack, *op. cit.*, nota 28, p. 222.

[41] Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 135.

[42] Del mismo modo, Williams habla del proceso como *truth-acquiring* ['adquisición de la verdad'] y Goldman como *veritistic* ['veritístico'] (Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 135). La tesis epistémica de acuerdo a la cual el proceso se presenta como un lugar en el cual es posible conocer los hechos sobre la base de las pruebas adquiridas no está libre de dificultades que el mismo Taruffo reconoce, en especial, las relacionadas con las llamadas "elecciones ideológicas" del juez (*Ibidem*, p. 136 y ss.). Si, por ejemplo, sostenemos que la función del proceso consiste en legitimar la solución de una controversia a través de la adopción de un ritual destinado a repetirse, entonces la dimensión epistémica pasa al fondo.

[43] Las pruebas *atípicas* son aquellas no previstas específicamente por la ley y por lo tanto no admisibles en el proceso. No obstante, sostiene Taruffo, desde un punto de vista estrictamente epistémico que valora positivamente cada dato capaz de proporcionar indicaciones

la relevancia de los resultados probatorios mismos con base en los criterios de *comprehensiveness* [comprehensividad] y *completeness* [completitud], y el método por el cual se adquiere el conocimiento de los hechos están destinados a la construcción de una verdad que Taruffo define como *objetiva*, aunque *relativa.*[44]

Los hechos conocidos a través de las pruebas reunidas en el proceso se incorporarán a la decisión final, que será formada por "un conjunto ordenado de las declaraciones de hechos, cada uno de los cuales se ha obtenido a partir de las pruebas disponibles, racionalmente valoradas, con una confirmación probatoria lo suficientemente fuerte",[45] por lo que este realidad verdadera de los hechos acaecidos.

La *verdad* de los hechos, por lo tanto, parece posible debido a que los hechos han sido *probados* y que las pruebas presentadas han pasado algún tipo de prueba de valoración racional. En esta perspectiva, la dimensión *epistémica* del proceso se ve claramente entrelazada con el fin del proceso, que es la consecución de la verdad y que emerge en la medida en que es necesario proporcionar justificaciones válidas (y veraces) a las declaraciones y afirmaciones de que las partes que avanzan en el proceso.

En el modelo de Taruffo, la apelación a la epistemología se explica tanto por razones ideológicas, *i. e.*, "justicia social", según la cual el proceso debe perseguir el objetivo de la verdad, y, sobre todo, como una respuesta crítica a lo que él llama la "borrachera" [*ubriacatura*] postmoderna (la posición mencionada anteriormente, y que recibió críticas similares también de Susan Haack,[46]) que son la expresión de posiciones críticas o escépticas de los teóricos de la posmodernidad sobre el concepto de verdad y las falacias de la ciencia y sus métodos para conocer y averiguar la verdad de los hechos.[47]

útiles a los fines del conocimiento, la exclusión de pruebas atípicas sería inaceptable (*Ibidem*, pp. 139-140).

[44] Es *Objetiva* porque la verdad es, no obstante, "cognoscible y como tal representa un valor en sí" (*Ibídem*, p. 79). Es *Relativa* porque "es dependiente de las opciones individuales de los sujetos que se ocupan (…), bien en el sentido de que el *conocimiento* de la verdad es relativo al contexto en el cual esa verdad viene a ser realizada, al método con el que se desarrolla la investigación, y a la cantidad y calidad de información de la que se dispone y sobre la cual tal conocimiento se funda" (*Ibídem*, p. 82).

[45] *Ibidem*, p. 225.

[46] Véase *supra*, pp. 5-7.

[47] Para un comentario crítico de la obra de Taruffo y un marco teórico más amplio de la perspectiva epistémica, se reenvía a Di Donato, *op. cit.*, nota 6, especialmente, p. 193.

Taruffo en últimas llega a una *concepción epistémica* de la verdad del caso según la cual "la verdad de un enunciado corresponde a su *warranted assertibility*, es decir, a la existencia de una justificación válida para creer que un enunciado es verdadero".[48] Su concepción sobre la determinación de la verdad no forma parte de un marco epistemológico *tout court*: la verdad no se construye correctamente en el proceso, sino que es más bien *re-construida*, ya que no es la realidad, entendida como un hecho objetivo, sino que lo que entra al proceso son más bien un conjunto coherente de enunciados fácticos. Por lo tanto, Taruffo confía en el juez el papel de "garante de la función epistémica del proceso", porque reconoce que las partes no están ciertamente interesadas en la investigación de la verdad, la cual podría ser contraproducente para su propia posición y sus propios intereses. El juez debe asegurar la función epistémica, tomando posesión de la evidencia, o instando a las partes a presentar determinadas pruebas y, finalmente, respetando la carga de motivar la sentencia, como las maneras de garantizar el fin de la verdad.[49] La decisión final, que debe garantizar que la averigua-

[48] Taruffo no se apresura a sostener que la época de la Verdad, con "V" mayúscula, haya sido en definitiva superada, sino que sostiene que es siempre posible encontrar en el proceso una verdad basada en una *warranted assertibility* (Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 79). Es una verdad cuya reconstrucción ve involucrados a los agentes procesales, las partes, los abogados y el juez, cada uno según su papel.

[49] El Código de Procesal Civil italiano dispone, en su artículo. 184, "[C]onclusión de la investigación" establece que "[s]in perjuicio del artículo 187, el juez de instrucción, si considera que son pertinentes y relevantes, admitirá las pruebas ofrecidas [por las partes]; o si, a petición de parte, se requiere a una nueva audiencia, especificará un plazo dentro del cual las partes podrán presentar los documentos y nuevos medios de prueba, así como los mandatos necesarios para la presentación de pruebas en contrario... En caso de que los medios de prueba sean dispuestos de oficio, cualquiera de las partes puede presentar, dentro del plazo fijado por el juez, el medio de prueba de que se necesite en relación al primero".

Del poder del juez de ordenar la práctica de pruebas, encontramos rastros hasta en los artículos 202, 210, 212, 213 del Código del Procedimiento Civil. El artículo 202 ("El tiempo, lugar y manera de aprehensión"), dispone que "[c]uando se tiene el medio de prueba, el juez de instrucción, si no lo pudiere aprehender en la misma audiencia, determinará el tiempo, lugar y el modo de aprehensión". El artículo 210 ("Orden de la exposición de la parte o de un tercero") dispone en cambio que: "En los mismos límites dentro de los cuales se puede solicitar la inspección de las cosas en la posesión de una parte o de un tercero en virtud del artículo 118, el juez instructor, previa solicitud, podrá ordenar a la otra parte o a un tercero a que exhiba en la corte un documento u otra cosa cuya adquisición estimen necesarias para el proceso". El sucesivo artículo 212 ("La exhibición de una copia del documento y los libros de comercio") prevé que "[e]l juez de instrucción podrá ordenar que, en lugar del original, se exhiba una copia fotográfica o un extracto del documento auténtico. Al ordenar la exhibición de libros de contabilidad o registros con el fin de extraer ciertas partes, el juez, a instancia de la persona interesada, puede ordenar que los productos extraí-

ción de la verdad, se basará por tanto en hechos probados sobre la base de un proceso epistemológico, cuya corrección es confiada al juez y a sus poderes de control.

En el modelo epistémico propuesto por Taruffo, la "verdad" parece, en definitiva, afirmarse en una dimensión lógica, puesto que un enunciado, por su parte, es *cierto*, y podrá confluir en la decisión final, en cuanto resulte probado y confirmado, de acuerdo con un diagrama de flujo que Taruffo resume así: W = E → H (W = *warrant*, E = la evidencia disponible, H = hipótesis en cuestión).[50]

Este aspecto que desplaza la cuestión de la verdad a un plano lógico, contradice al modelo de Haack en el que la objetividad de las pruebas, aunque provenientes de afirmaciones o categorías científicas que lleva el consenso de la comunidad científica, deben conectarse con el contexto del proceso. Igualmente, el modelo de Taruffo también contradice a los modelos abiertamente "culturalistas", como el propuesto por Oscar Chase a partir del análisis de los conflictos y de las técnicas de resolución de la tribu africana de los Azande.

Mientras que Taruffo afirma claramente que el objetivo del proceso para los sistemas jurídicos de derecho civil es la averiguación de la verdad; Chase, después de examinar los métodos de resolución de conflictos de los Azande, afirma, de un modo igualmente claro y decisivo, que para éstos el fin del proceso es resolver la disputa.

Estos sistemas están fuertemente permeados por la cultura y las tradiciones; en estos sistemas la cultura no sólo se relaciona con el derecho o lo influencia, sino que estructura y determina el contenido y las categorías del derecho. El proceso de los Azande, descrito por Chase, que se desarrolla en un ritual en el cual se administra veneno a un polluelo (el llamado *oráculo del veneno*, *el benge*) para luego establecer la validez o no de la acusación de acuerdo con la muerte o no del polluelo, ciertamente no es relevante por sus implicaciones exóticas. Sin embargo, la contribución de Chase a los estudios culturalistas y las investigaciones comparativistas ofrecen un límite a aquellas investigaciones que consideran que las prácticas jurídicas se en-

---

dos sean puestos a disposición de un notario y, cuando sea necesario, de un experto para que lo ayude". Por último, el artículo 213 ("Solicitud de información a la administración pública") se dispone que "[s]alvo en los casos previstos en los artículos 210 y 211, el juez podrá solicitar de oficio a la administración pública la información escrita de los actos y documentos de la administración misma que se necesitan incorporar al proceso".

[50] Taruffo, *op. cit.*, nota 3, p. 135, pp. 207-209, además Di Donato, *op. cit.*, nota 6.

cuentran divorciadas de una dimensión cultural y social. La divinización, que representa uno de los aspectos del sistema cultural y las creencias de los Azande, impregna el proceso en sí mismo, que se convierte en una ceremonia de la transformación de las relaciones entre las partes, incluido el juez y los demás miembros de la sociedad. El proceso es una clave para entender a la sociedad Azande: ayuda a entender la vida social, el flujo de los acontecimientos, las relaciones personales. En resumen, el proceso funciona como un espejo de la sociedad de los Azande: resolver una disputa significa confirmar los mecanismos de estratificación social, las relaciones interpersonales (por ejemplo, entre el marido-acusador y mujer-acusada de adúltera), permitir la elaboración del duelo o la pérdida, legitimar el poder de las autoridades, etc. Reflexionar sobre estos mecanismos sociales y culturales a través de mecanismos procesales significa, al mismo tiempo, influenciar a la sociedad, transformar las relaciones, indicar cuáles eventos, cuáles patrones sociales se dirigen a ciertas direcciones, mientras que otros avanzan en direcciones diferentes. Esto es lo que se ha definido en otros lugares como "doble reflexividad",[51] porque así como el proceso refleja la sociedad y la cultura de los Azande, éste influye en su progreso y destino, porque los Azande con sus creencias, rituales divinos, significados metafísicos, estratificación social, diferencias de género, etc. reflejan el proceso (entendido como una práctica compartida) y condicionan su éxito.

Los estudios de Chase, en una perspectiva comparativista-cultural, tienden a demostrar, en definitiva, la forma en que la cultura plasma el derecho y determina sus estructuras, partiendo justamente del proceso, puesto que no es posible separar al derecho de la cultura.

Las opciones teóricas que hemos examinado, a partir incluso de breves reflexiones llevadas a cabo en la sección anterior sobre el reciente florecimiento del *Nuevo Realismo*, nos permiten ahora hacer algunos comentarios sobre el proceso como un lugar para averiguar la verdad.

Al final de esta digresión, se puede observar que, por un lado, los modelos epistemológicos de Taruffo y Haack, a pesar de sus diferencias, parecen limitarse a considerar el proceso desde el punto de vista de la determinación de la verdad, a partir de la credibilidad lógica de las declaraciones, o preguntándose sobre la posibilidad cognoscitiva del proceso mediante la evaluación de la fiabilidad de las categorías científicas (incluso en una dimensión que no es

[51] Scamardella, Francesca, "La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto", *I-Lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, vol. 6, fasc. 13-14, 2011, pp. 199-222; Scamardella, Francesca, *Il diritto attraverso lo specchio. Esercizi filosofici sulla riflessività giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011

puramente objetiva, sino en una red en la que la objetividad de la prueba contiene aspectos subjetivos relacionados con el contexto) para determinar la elegibilidad y la adquisición de pruebas y por tanto la decisión final . Por otro lado, Chase, incluso como un comparativista de indiscutible calidad e importancia, se detiene en la puerta de la tesis de que "los procedimientos para la solución de controversias 'reflejan' cultura",[52] sin decir más.

A partir de las reconstrucciones hechas anteriormente podemos concluir que los estudios sobre el proceso a menudo se limitan a las opciones de carácter formal, al análisis de los patrones y prácticas lógicas de INTERPRETACIÓN y ARGUMENTACIÓN, dejando de lado el tejido humano, el espacio (tal y como lo es dentro y fuera del proceso), la adjudicación de significado y las acciones de los actores que construyen la realidad, narrando su propia verdad.[53] Nuestra perspectiva sostiene, por el contrario, que además de la abstracción de los modelos lógicos formales, como el de los modelos epistemológicos o epistémicos analizados, y además de las opciones realistas, constructivistas y culturalistas *á la Chase*, la filosofía del proceso debe examinar más de cerca el significado de las acciones que están inscritas en la experiencia de la vida humana o la práctica diaria. Citando las palabras de uno de los más grandes filósofos italianos del siglo XX, esta investigación debe llevarse a cabo con humanismo "con las posibilidades y formas que son inherentes a la condición humana".[54]

[52] Chase, *op. cit.*, nota 7, p. 7.

[53] La teoría de la INTERPRETACIÓN y la ARGUMENTACIÓN jurídicas, a partir de finales de los ochenta y principios de los años noventa del siglo pasado (véase *supra* nota 34) manifestaron que las misiones y funciones del juez eran elementos "dignos" de atención, aproximándose a estas prácticas jurídicas como prácticas sociales. Sin embargo, stas teorías no logran capturar la mirada adecuada de los agentes "humanos" de las actuaciones. En este punto nos referimos a MacCormick, Neil, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011. En Italia, señalamos la labor de Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010. Para una evaluación global de la práctica argumentativa, se puede consultar Abignente, Angelo, "Argomentazione giuridica. Voce enciclopedica", en Pomarici, Ulderico (editor), por publicarse en Giappichelli, Torino: "Como hemos dicho antes, se trata de modelos que, al tiempo que expresan su preocupación por los derechos (Pino), por una dimensión pragmática (Atienza) o la práctica de la argumentación y el razonamiento de la corte (MacCormick), en general, no capturan, sin embargo, el acto y las narraciones de los agentes de los procedimientos y la forma en que estas prácticas se reflejan a continuación, en el terreno práctico y en las rutas, y la línea argumentativa que [el juez] sigue".

[54] Capograssi, Giuseppe, *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 66.

IV. El objetivismo y el culturalismo: ¿Una *liasion* posible pare el estudio del proceso? Reflexiones sobre el método

Uno de los resultados que juzgamos como "valioso" del enfoque procesal-culturalista propuesto por Chase es la toma de conciencia de los límites y la naturaleza del proceso legal estudiado de manera aislada: no se puede entender una ley practicada fuera de los procedimientos, y, al mismo tiempo, estos procedimientos no tienen sentido por fuera de una dimensión cultural. El ejemplo de los Azande que recurren a un método "no legal" para resolver disputas demuestra, después de todo, que la confianza en las pruebas y en la verdad es un problema cultural y que las diferentes maneras de llegar a la verdad reflejan "mundos" diferentes.[55]

A diferencia de Chase, el interés que mueve a nuestra investigación no es mostrar la influencia de la cultura sobre la organización, la forma y la estructura de la controversia, sino, más bien, sobre su génesis y el tipo de acciones y estrategias aplicadas por los protagonistas con el fin de encontrar una solución. La hipótesis de la que partimos es que el grado de éxito jurídico en la resolución de una disputa depende del grado de conciencia cultural de los actores sociales y sus acciones orientadas por el conocimiento de las reglas (formales/informales, implícitas/explícitas) practicadas en un contexto.[56] En este tipo de discurso, por tanto, resulta difícil distinguir al derecho de la cultura; se trata de un binomio inextricable, si bien es cierto,

[55] Para un comentario crítico más amplio sobre los temas tratados por Chase, Di Donato, Flora, Recensione di Chase, Oscar, G., "'Law, Culture and Ritual', New York e London, New York University Press, 2005", *Sociologia del Diritto*, vol. 2, 2007, pp. 191-193.

[56] Para la distinción entre normas implícitas y explícitas se recomienda la obra de Fuller, quien distingue entre *made* e *implicit rules*. Las primeras son proposiciones normativas generales concebidas *a priori* y presupuestas para orientar las conductas. Se trata de formulaciones verbales canónicas, cuya fuerza práctica depende de la autoridad de quien las produce y del rol que ocupa. Las *implicit rules*, en cambio, emergen de la conducta y son siempre formuladas *post hoc*; no tienen por ende una fecha precisa de nacimiento y no provienen específicamente de ningún autor. Presuponen relaciones de autoridad o de subordinación: su fuerza práctica depende del hecho de que son la directa expresión de las conductas de los unos hacia los otros. Las *implicit rules*, por tanto, fungen en la vida social de los agentes también como facilitadoras de interacciones de éxito. Para referencias específicas: *cfr.* Fuller, Lon, L., *The Anatomy of Law*, Westport (C.T.), Grenwood Press, 1968; Fuller, Lon, L., "Human Interaction and the Law", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, 1969, pp. 1-36. Para una reconstrucción de la concepción de Fuller, *cfr.* Postema, Gerald, J., "Implicit Law", *Law and Philosophy*, vol. 13, núm. 3, 1994, pp. 363-366.

la comprensión del derecho pasa a través de las prácticas en vigor en una comunidad dada.

El concepto de cultura que adoptamos aquí –como un conjunto de *significados* tejidos por las personas en la *práctica* de interacciones cotidianas–, de hecho no está muy lejos del concepto de *práctica* desarrollada por Bourdieu para describir las actividades específicas de un sector o de un "campo", como, por ejemplo, los campos profesionales. Bourdieu explica así cómo el efecto del derecho en la sociedad está fuertemente formado por la tradición, la educación y la experiencia cotidiana, y la representación de lo que constituye un comportamiento jurídico, el uso profesional, etc. Él llega a identificar la "función" del derecho en la transformación de la "regularidad" en regla (recurriendo a las leyes y rituales formales).[57]

Por lo tanto, si estamos dispuestos a reconocer que el funcionamiento del derecho está condicionado por las prácticas culturales (locales), no podría considerarse al proceso inmune a la cultura en la que se forjó, no sólo en los rituales y formas, sino también en el contenido, las prácticas y las representaciones locales, cualquiera que sea la perspectiva epistemológica que nos proponemos tomar con el fin de analizarlo.[58]

Por otra parte, una epistemóloga de la ciencia como Susan Haack y un antropólogo de la ciencia como Bruno Latour –quienes investigan, respectivamente, sobre la obtención de pruebas en los procedimientos judiciales y en el laboratorio científico– han observado, desde diferentes perspectivas, la existencia de algún tipo de continuidad entre las formas de pensamiento o pruebas regulares u ordinarias, y las formas de pensamiento y pruebas científicas.

Haack muestra, con una serie de ilustradores ejemplos, cómo la evidencia científica incluye tanto elementos experienciales (que tienen que ver con lo que se ve, lo que se oye, etc.) como elementos de razonamiento (incluyendo un *background* de creencias del juez),[59] y cómo, una vez adquirida, la

[57] El derecho, como cualquier otro ámbito social – explica Bordieu – está organizado en torno a un cuerpo de protocolos internos y asunciones, comportamientos típicos y valores auto-referenciales. Es lo que comúnmente se define también como *cultura jurídica*. *Cfr.* Bourdieu, Pierre, "The Force of law: Toward a Sociology of the Juridical Field", *Hastings Law Journal*, vol. 38, núm. 5, 1987, pp. 814-853.

[58] Para una lectura crítica de la relación entre la cultura del proceso y la práctica judicial italiana, *cfr.* Taruffo, *op. cit.*, nota 3.

[59] Además de lo que se muestra en la sección anterior sobre el papel de la experiencia sensorial en la adquisición y valoración de una prueba (por ejemplo, la tomografía axial referida al al cerebro de un acusado de asesinato puede ser mostrada al jurado en su forma

evidencia es el objeto de evaluaciones y es aceptable en tanto sea relevante para que el caso sea decidido. Tanto Haack como Latour –a raíz de las provocaciones de las llamadas *revoluciones científicas*– reconocen que la investigación científica es una especie de "empresa social" entre las personas que trabajan cooperativamente, incluso si tienen posiciones divergentes u opuestas, para calificar el resultado de una investigación. Al punto en que la decisión final sobre la validez y pertinencia de las pruebas termina siendo el objeto de un acuerdo/desacuerdo sobre posiciones/afirmaciones diferentes entre los expertos y los miembros del jurado. La conclusión a la que llega Haack es la siguiente: mientras que la prueba es "objetiva" (dependiendo de la forma en que es respaldada en términos científicos), el juicio sobre la calidad de la prueba es "perspectival" o subjetiva, es decir, dependiente del tipo de creencias de la persona que juzga y la coherencia entre lo que se dice en el juicio y lo que se demuestra.[60]

Desde distintos ángulos, tanto Latour como Haack demuestran cómo los requisitos de "científico" o de "jurídico" son el producto de un proceso valorativo, tanto por parte los miembros del jurado como por los científicos.

Además, la compatibilidad del discurso epistemológico "puro" –en parte, propuesto por Haack y Taruffo– con una especie de antropología jurídica, como la propuesta por Chase, es demostrada por Latour. Como se ha notado, en su camino de investigación, el antropólogo de la ciencia, pasa por la observación del laboratorio de análisis (científico) al análisis de un

original o por medio de un presentación *PowerPoint*), véase, a modo de ejemplo, el caso de "Sacco y Vanzetti" (1921), reconstruido por Haack, *op . cit*, nota 28. Sacco y Vanzetti fueron dos anarquistas italianos, condenados a muerte porque se los acusaba de haber cometido un asesinato en South Braintree, en el Estado de Massachusetts. Tiempo después, la condena en primera instancia fue apelada porque otro recluso confesó que él era el asesino. El recurso fue rechazado y en 1927 la pena de muerte se llevó a cabo. Sacco y Vanzetti fueron finalmente absueltos por la proclamación del Gobernador de Massachusetts, 23 de agosto de 1977, exactamente 50 años después de su ejecución. Haack se pregunta si el grado de credibilidad de la confesión que supuestamente iba a exonerar a Sacco y Vanzetti, fue afectado por el impacto emocional que tuvo en el jurado el hecho de que los imputados eran conocidos anarquistas en el período histórico de la decisión. En esencia, el científico, descartando enfoques que cuestionan el elemento científico o estadístico de los testimonios adjuntados al proceso, investiga la credibilidad de los testigos, combinando elementos subjetivos y objetivos. Con estos elementos llega a la conclusión de que se condenó a Sacco y Vanzetti, a pesar de la confesión exonerante, porque "eran culpables de *algo*, ellos sabían que ellos eran culpables de una especie de radicalismo político" (*Ibidem*., p. 226).

[60] A propósito, escribe Haack: : "The quality of evidence is objective depending on how supportive it is, how compressive, and how independently secure the reasons it includes; but judgments of the quality of evidence are perspectival, i.e. they depend on the background beliefs of the person making the judgment". Haack, *op. cit.*, nota 29, p. 225.

contexto jurídico, como el Consejo de Estado Francés. Recurriendo a una metodología del tipo etnográfico, él documenta todas las fases y actividades de consulta y comunicación a través del cual se construye un expediente, haciendo hincapié –como en parte también lo hace Haack[61]– en la naturaleza discursiva y la construcción de una decisión colegiada, aunque sea a través de la mediación de las prácticas y rituales codificados en el Consejo de Estado.

A la luz de estos ejemplos, y trayendo una vez más a colación Bourdieu, podríamos concluir que la investigación de la verdad no puede dejar de tener en cuenta la *práctica* del contexto de la investigación (judicial, laboratorio, etcétera).

El punto es, entonces, *¿cómo distinguir o conciliar, en la investigación procesal, lo que es "jurídico" y lo que es "cultural"? ¿Cómo conciliar las actitudes sobre la objetividad propias del derecho y sus instituciones con las dimensiones subjetivas e intersubjetivas de los seres humanos como actores sociales?*

Además de Chase y Latour, otros juristas y antropólogos –como Sacco, por ejemplo– ofrecen el uso de la antropología para tratar de identificar los componentes de los llamados silencios del derecho relativos a la dimensión cultural e implícita, como un aspecto separado de la dimensión estrictamente jurídica, en el proceso de construcción de los significados al interior de los grupos[62].

En general, la sociología y la etnografía tratan de trazar u objetivar la cultura, en parte, a través del estudio de los documentos (jurídicos, en sentido amplio), que son examinados "a la luz del contexto social en el que aparece el fenómeno jurídico contenido en el documento en sí mismo",[63] en parte, el uso de "testigos" (a través de encuestas, entrevistas, etc.) que

[61] *Idem*.

[62] Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007.

[63] "Los documentos tienen una objetividad propia, en el sentido de que existen y sobre éstos el investigador no puede influir", escribe Ferrari, Vincenzo, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 112. Treves, por su parte, identificó un amplio elenco de documentos jurídicos que pueden ser sujetos de investigación: "Entre documentos jurídicos, se pueden distinguir aquellos cuyo contenido es previsto y valorado por el derecho, como son las leyes, los laudos arbitrales, los testamentos, los contratos de varios tipos y los actos notariales en general, y aquellos que contienen simples discursos sobre el derecho como pueden ser, por ejemplo, las estadísticas judiciales, las relaciones anuales de los procuradores generales, los artículos sobre temas jurídicos publicados en revistas, periódicos de las órdenes profesionales, las labores de la doctrina y la jurisprudencia". *Cfr.* Treves, Renato, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1988, p. 203.

humanizan la investigación de campo, en parte a través de la re-escritura de las observaciones adquiridas.[64]

Se trata de lo que los científicos sociales definen como "búsqueda situada".[65] En particular, los métodos previstos por la etnografía –desde la observación participante a las entrevistas a profundidad, desde el análisis documental a la narrativa y la semiótica– hacen posible el estudio de las interacciones poniendo en el centro de la investigación no a los "objetos naturales" sino a los actores sociales como los co-autores del mundo social que construyen.

Se trata, sin embargo, de métodos que aún no son muy difundidos en el ámbito jurídico.[66]

V. Un Enfoque *clinical law* para el análisis de los casos judiciales y la función socio-epistemológica de las narraciones

En contraste con la tradición europea, en contextos pragmáticamente orientados como el estadounidense, se ha venido desarrollado durante la

[64] A propósito de la actividad de discreción-formalización típica de la antropología. *Cfr.* Fabietti, Ugo, *Antropologia culturale. L'esperienza e l'interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 112. Sobre la necesidad de recurrir a la documentación como forma de inscripción de lo real en diferentes niveles de la realidad institucional, *cfr.* Ferraris, Maurizio, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 296: "[...]. La realidad social de cada día se compone de citas, invitaciones a cenar, promesas, apuestas, amenazas, y en todos estos momentos la inscripción aparece de manera relativamente informal, como el apretón de manos, apuntes en la memoria o en la agenda del teléfono móvil, o incluso en el recibo, la cuenta del restaurante, el boleto del tranvía o billete de tren, el recibo del taxi. Pero, como se puede ver, éstos se realizan a través de inscripciones en el sentido estricto, los pedazos de papeles, recibos con valor jurídico, por no hablar de ese documento omnipresente y altamente codificado que es el dinero, la realidad social comienza a orientarse hacia la realidad institucional, donde la aplicación de la ley Objeto=Acto inscrito es estrecha y literal. Aquí, de hecho, no estamos tratando más con usos más o menos informales, sino con verdaderas y propias inscripciones codificadas".

[65] Se trata de una aproximación que excluye de inicio la posibilidad de extender y generalizar a todos los tipos de sociedad los resultados de investigaciones desarrolladas con referencia a grupos particulares. Para un panorama, *cfr.* Mantovani, Giuseppe, *Metodi qualitativi in psicologia*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 22.

[66] Son excepción los estudios de Conley y O'Barr sobre las cortes judiciales. *Cfr.* Conley, John M. y O'Barr, William, M., "Fundamentals of Jurisprudence: an Ethnography of Judicial Decision Making in Informal Courts", *The North Carolina Law Review*, vol. 66, núm. 3, 1988, pp. 467-508.

última década un enfoque casuístico o estudio *clínico* de los casos y las decisiones judiciales. En una perspectiva más amplia de *law and culture,* el enfoque *clínico* pretende traer a la luz, a través del análisis de las narraciones de los casos jurídicos y judiciales, los patrones culturales que subyacen al derecho y que afectan la forma de funcionamiento de los sistemas jurídicos y las representaciones de las personas ordinarias.[67]

Gracias al aporte interdisciplinario de sociólogos, psicólogos sociales, antropólogos y expertos en el procedimiento civil,[68] el programa *clinical* pretende "traer de vuelta la realidad al derecho", centrándose en los temas críticos en la re-construcción de un caso y en la determinación de hechos y poniendo en el centro de la investigación al cliente considerado como "protagonista" de su historia.[69]

Se trata de un método que también se fija en la formación jurídica de los estudiantes (*legal education*), formados en la enseñanza de que el derecho no es un conjunto de normas independientes y escindidas de la utilización de ellas que se hace en la práctica, y con conciencia de las consecuencias que, a través del sistema jurídico, "son escritas por hombres en la vida de otros hombres".[70]

En el núcleo del enfoque casuístico propuesto por la postura clínica se encuentra el estudio de las narraciones. ¿Por qué? En primer lugar, por un principio de orden epistemológico: psicólogos del conocimiento y críticos literarios han teorizado la función organizativa de la experiencia y de la

[67] Se habla también de *therapeutic jurisprudence* puesto que este método mira a la prevención jurídica y a un tipo de enseñanza de la justicia social al interior de la comunidad. Winick, Bruce, J. y Wexler, David, B., "The Use of Therapeutic Jurisprudence in Law School Clinical Education: Trasforming the Criminal Law Clinic", *Clinical Law Review*, vol. 13, núm. 1, 2006, pp. 605-632.

[68] Sobre la investigación interdisciplinaria como "combinación práctica" de enfoques de investigación y métodos. *Cfr.* también Hesse-Biber, Sharlene, N., *Mixed Mehods Research. Merging Theory with Practice*, New York and London, The Guilford Press, 2010.

[69] "Rather, lawyers must understand them in context, based on their entire lives including understanding their familial, community, housing and financial circumstances. Without an understanding of these different contexts, client centeredness generally... would be ineffective...". Barry, Margaret, M. *et alii*, "Teaching Social Justice Lawyering: Systematically Including Community Legal Education in Law School Clinics", *Clinical Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2012, p. 445.

[70] *Cfr.,* como principal ejemplar de esta orientación, Amsterdam, Anthony, G. y Bruner, Jerome, *Minding the Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000.

conciencia propia de la narrativa.[71] Narrar una historia significa imprimir un significado especial, temporal y causal, incluso en el proceso.

Es un enfoque que no es indiferente ni siquiera para aquellos que están a favor de un modelo lógico o correspondentista de la investigación de hechos, quienes, hasta cierto punto, están dispuestos a reconocer que las historias representan la principal herramienta para la organización e interpretación de los "hechos", es decir, de los elementos de información, fragmentos de realidad introducidos en el proceso por las partes (cliente, abogado, testigos) y que pueden ser reconstruidos como un conjunto coherente de datos.[72] En este contexto, es útil resumir algunas de las principales características de la narrativa estudiadas hasta ahora en la literatura y que se encuentran bien conectadas con el estudio del proceso:

i) La *función socio-epistemológica de la narrativa* –como se describe más arriba– que permite dar un orden a la realidad recreándola a través de historias (jurídicas).

ii) La *construcción de procesos judiciales como historias*. Este enfoque, característico del método clínico, lee los casos judiciales y los pronun-ciamientos de los jueces como narraciones más amplias de una historia y de una cultura que "impone" significados y que orienta las soluciones, con el objetivo implícito de garantizar el "mantenimiento" de un orden social más complejo.[73] Dentro de este enfoque, se dedica atención especial al estudio de las prácticas profesionales y sus relaciones con los problemas de la vida coti-

[71] *Cfr.* Bruner, Jerome, "The Narrative Construction of Reality", *Critical Inquiry*, vol. 18, núm. 1, 1991, pp. 1-21; White, Hayden, "The Value of Narrativity in the Representation of Reality", en Mitchell, Thomas W.J. (ed), *On Narrative*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1981, especialmente p. 1 y ss. Sobre la función general de la narración como "representación de eventos secuenciales", *cfr.* también Kafalenos, Emma, "Not (Yet) Knowing: Epistemological Effects of Deferred and Suppressed Information in Narrative", in Herman, David (ed.), *Narratologies. New Perspecitves on Narrative Analysis*, Columbus (OH), Ohio University Press, 1999, p. 53.

[72] *Cfr.* principalmente, para un acercamiento analítico: Twining, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge (N.Y.), Cambridge University Press, 2006; Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 4. En una prospectiva no analítica sino constructivista y narrativista, *cfr.* Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 9.

[73] Véanse como ejemplos de esta orientación algunos ensayos publicados en la *Clinical Law Review* de la NYU: AA.VV., "Stories Told and Untold: Lawyering Theory Analyses of the First Rodney King Assault Trial", *Clinical Law Review*, vol. 12, núm. 1, 2005, pp. 1-50; Amsterdam, Anthony, G., "Telling Stories and Stories About Them", *Clinical Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1994, pp. 9-40.

diana: así el papel del abogado, el del juez, y el del cliente obtienen un papel principal en la construcción de historias legales.

iii) *La reconstrucción de tramas narrativas (jurídico-literarias)*. Los significados y las acciones contenidas en los textos narrativos jurídicos deben ser reconstruidos con un método que a veces coincide con el de las tramas literarias.[74] Al igual que en la novela literaria, en la reconstrucción de una historia judicial, se debe identificar una trama (*plot*), unos personajes (caracteres) y un entorno como elementos fundamentales que componen una narración.[75]

iv) *El estudio de las historias en el contexto*. Conocimientos útiles para el estudio de las narrativas *en contexto* provienen de áreas no relacionadas con los estudios jurídicos, como la etnografía del discurso, ya mencionada anteriormente.[76] Los enfoques etnográficos se refieren, como es sabido, a la génesis y evolución de las narrativas en el contexto cultural en que se producen, poniendo el énfasis en los protagonistas. Las narraciones están atrapadas en su dimensión dinámica en cuanto son puestas en una estructura secuencial más amplia de participación en las prácticas y cursos de acción específicos (negocios, de organización, etc.), compartidas en el tiempo y sedimentadas en repertorios que las narraciones mismas contribuyen a hacer evolucionar.[77] Este último enfoque es el menos desarrollado, aunque representa, en nuestra opinión, uno de los más prometedores para un estudio contextualizado del proceso.

VI. Voces en Acción y Análisis de Casos

[74] Sobre la función de la trama narrativa en las narraciones, *cfr.* Brooks, Peter, *Trame. Intenzionalità e progetto nel discorso narrativo*, Torino, Einaudi, 2004, p. 17. *Cfr.* también Propp, Vladimir, *Morphology of the Folktale*, ed. ing. de L.A. Wagner, Austin (Tex.), University of Texas Press, 2nd edition, 1968, p. 21.

[75] *Cfr.* Kafalenos, Emma, *op. cit.*, nota 72, p. 55. Kafalenos propone una interesante equiparación entre la acción de los personajes de una historia y la acción de los individuos. En ambos casos trata de acciones generadas a partir de la información disponible que producen los eventos que serán interpretados y que producirán nuevas acciones. Personajes y las acciones, individuos y eventos se mantienen unidos por las narraciones.

[76] *Cfr.* Conley, y O' Barr, *op. cit.*, nota 66.

[77] Acerca de las narrativas y los contextos, Ochs y Capps hablan de "narrativa conversacional" queriendo hacer hincapié en la naturaleza interactiva y colectiva. *Cfr.* Ochs, Elinor y Capps, Lisa, *Living Narratives. Creating Lives in Everyday Storytellling*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001.

1. *Un enfoque de* socio-clinical law

El estudio contextual de las narraciones, a través de las *voces de los protagonistas,*[78] se encuadra dentro de una perspectiva promovida por las ciencias sociales que ha influido en los últimos años en el estudio del derecho, mostrando cómo la gente común (*lay people*) está involucrada en un proceso activo, compartido y colectivo de construcción de la legalidad, a través de las prácticas diarias e institucionales. En este sentido, se han desarrollado en los Estados Unidos, primero, y en Europa después, varios movimientos llamados *law and humanities, legal storytelling, lawyering theory,* etc. Se tratan de orientaciones basadas en muchos casos en métodos de investigación y fuentes extra-jurídicas como justamente son las narraciones de la gente común.[79]

La combinación entre estas diferentes áreas ha proporcionado resultados útiles, en general, en el estudio de la relación entre individuos y sistemas jurídicos para mostrar cómo la gente común (*lay people*) participa no sólo como "protagonista" en la construcción de sus vías legales y judiciales, sino de forma más general, en procesos de construcción de los significados jurídicos que son compartidos entre los individuos y las instituciones, y que influencian en el desarrollo de la cultura jurídica en la sociedad.

Por nuestra parte, sobre la base de algunos de los supuestos científicos anteriormente reconstruidos e inspirándonos en las teorías narrativas de la psicología social,[80] la antropología[81] y la sociología[82] –sólo a título de ejemplo– desde hace algunos años hemos experimentado el uso de una metodología de análisis socio-jurídico o de *social-clinical law* para reconstruir un caso judicial como una historia legal.[83]

[78] Como un intento de desarrollar un análisis contextual de las narraciones, inspirada por la etnografía, por favor consultar, Di Donato, Flora, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli, Guida, 2012.

[79] Ewick, Patricia, Silbey, Susan, S., *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1998.

[80] Bruner, *op. cit.*, nota 71

[81] Ochs y Capps, *op. cit.*, nota 78.

[82] Ewick y Silbey, *op. cit.*, nota 79.

[83] Esta línea de investigación ha sido inspirada por la investigación desarrollada en el contexto italiano por Flora Di Donato. Su tesis doctoral (Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 9) trató sobre la interacción y la construcción de dinámicas de hechos jurídicos en la integración entre los actores (clientes, abogados y jueces) en el juicio. El principal resultado del estudio, adelantado en varios casos, era mostrar cómo el cliente, presentado como una persona ordinaria, puede tener una "voz" en el proceso de construcción de su caso y un papel clave en la definición –en colaboración con su abogado- de una estrategia jurídica victoriosa. El análisis narrativo de los casos –desde una perspectiva socio-jurídica y psicoló-

De acuerdo con este método, se analiza el caso judicial en su materialidad (fascículo legal, artículos de prensa) para investigar no sólo la génesis jurídica, sino también su génesis cultural. Este análisis se hace con una mirada que es, en un sentido amplio, etnográfica y sociológica, y cuyo objetivo es doble: "humanizar" la investigación jurídico-legal a través de testimonios (entrevistas, encuestas, artículos de prensa) representativos del contexto, y a la vez, salvaguardar los niveles de objetividad exigidos por el derecho formal y procedimental, a través del análisis de documentos oficiales y no sólo del proceso.[84] De esta manera es posible integrar un análisis desde un punto de vista "objetivo" de lo que debería ser la típica labor de investigación, con una subjetividad que pertenece a las personas involucradas: los clientes.

La *historia legal* que deviene a partir del análisis de casos examinados tiene la función de re-construir las diferentes narraciones en las cuales el caso se articula (la voz del cliente, de la contraparte, del abogado, del juez, de los testigos, etc.), lo que demuestra que lo que se define como *agentividad del cliente* se construye y se modela dentro de un discurso polifónico con los otros agentes sociales, en la dinámica intra-procesal y pre-procesal de adquisición de los hechos.

Tomando influencias del enfoque clínico descrito anteriormente, se pone en primer plano el papel del cliente como el protagonista de la historia legal y como "agente narrativo": la historia del cliente es considerada como esencial en la reconstrucción de los hechos de la causa. Ésta se enmarca en un universo más complejo, humano, social y jurídico.[85]

---

gica—también reveló aspectos de la construcción judicial, usualmente opacos para el análisis jurídico, por ejemplo, de los aspectos contextuales de la decisión. Este método ha sido desarrollado en un estudio más reciente (Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 78) que fue adelantado en dos áreas del sur de Italia, mostrando que el grado de conocimiento, más o menos implícito, de las reglas (jurídico-formales y de conducta) practicadas en el contexto, y ser una parte "activa" en la red social puede conducir a diferentes resultados (exitosos o no) en la solución de problemas institucionales-jurídicos.

[84] Bourdieu, Pierre, *Per una teoria della pratica. Con tre studi di etnologia cabila*, Milano, Cortina, 2003; Duranti, Alessandro, *Etnopragmatica. La forza nel parlare*, Roma, Carocci, 2007; Latour, Bruno, *La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato*, Roma, Edizioni Città Aperta, 2007.

[85] "Mientras que ellos [los abogados] escuchan y trabajan para entender el mundo del cliente, los abogados no pueden dejar de interpretar el mundo con el fin de conectar los eventos y para evaluar la importancia". Traducción del inglés: "As they listen and work to understand a client's world, lawyers cannot help but interpret that world as they connect

Desde la perspectiva de los estudios norteamericanos, también se habla del *client-centered approach* [aproximación centrada en el cliente] en contraposición al enfoque más difuso y prevalente *lawyer-centered approach* [86] [aproximación centrada en el abogado]. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, sería más razonable hablar de una *client-lawyer relationship* [relación cliente-abogado], que no es necesariamente una situación de dominación respecto del cliente, asumiendo, al contrario, que la relación abogado-cliente puede ser de una razonable simetría y cooperación.[87]

La centralidad del papel del cliente se encuadra explícitamente en un enfoque más amplio de co-construcción de la realidad[88] que considera la *agentividad* del cliente como una capacidad para definir sus propios caminos de vida y de acción dentro de las limitaciones específicas (tanto legales como culturales) y para darle un sentido.[89] Tal *agentividad* se modela directamente en el contexto cultural en el cual el individuo actúa, orientando la investigación de soluciones –como en el caso de una disputa judicial– que además de ser dictadas por el derecho provienen directamente de la cultura. En este sentido, proponemos analizar un caso que parece emblemático o "paradigmático" de la relación entre los componentes legales y relacionales-culturales que dan origen a la agenda que lo orienta hacía una posible solución.

---

events and evaluate meaning". Ellmann, Stephen *et alii*, *Lawyers and Clients. Critical Issues in Interviewing and Counseling*, St. Paul (MN), Thomson Reuters, 2009, p. 139.

[86] En investigaciones anteriores he mostrado que el cliente es capaz de iniciativas útiles, e incluso, es esencial en la re-construcción de su caso, en colaboración con el abogado. Las iniciativas van desde la adquisición de la información, en el contexto de su trabajo y de la disciplina de su campo profesional, hasta la construcción de estrategias de comunicación diseñadas para construir un determinado tipo de realidad. Di Donato, Flora, *op. cit.*, nota 9.

[87] Sobre las peculiaridades del modelo de la relación cliente-abogado, su potencial, así como su posible fracaso inspirado en una actitudes de silencio y la reticencia de los clientes, nos referimos a Scamardella, Francesca y DiDonato, Flora, "Il silenzio 'a più voci' nelle narrazioni di clienti e avvocati", *Sociologia del diritto*, vol. 2, 2012, pp. 127-150. Véase, además, la reunión "Legal Profession Group", sesión "Judiciary", Bonn/Königswinter, presentación: "*Client's voice in the lawyering process: cases of silence and reticence*", ahora en ISA-RCSL 50th Jubilee Cerimonial Conference, y, la presentación, "*Legal Profession between classical and contemporary theory of trial*".

[88] Berger, Peter, L., Luckmann, Thomas, *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, Il Mulino, 1997.

[89] Bruner, *op. cit.*, nota 71, pp. 1-21, también, Bruner, Jerome, "A Narrative Model of Self-Construction", en Snodgrass Joan, G., Thompson, Robert, L. (eds.), *The Self across Psychology: Self-recognition, Self-awareness and Self-concept*, New York, New York Academy of Sciences, 1997, pp. 145-162.

2. *El caso de C**[90]

Se trata de un caso de derecho laboral ambientado en Irpinia, en la provincia de Avellino (ciudad del sur de Italia), que se encuentra a medio camino entre un caso de 'descalificación' y de acoso laboral [*mobbing*].

El caso de C* surge de dinámicas de reorganización corporativa de matriz política y al interior del contexto laboral, así como de rivalidad personal entre los protagonistas.

Para la reconstrucción de la *trama* de la historia de C*,[91] inspirándonos en categorías de análisis provenientes de teorías narrativistas antes mencionadas, se adopta un esquema diseñado para resaltar los siguientes elementos: el *contexto*, los *personajes*, entendidos como los "protagonistas", las *funciones* que desempeñan en la historia analizada, el *tejido emotivo*, las *interacciones*, el tipo o tipos de *agentividad*[92] puestos en marcha por los protagonistas de las historias. Empezaremos por:

A. *El contexto y los protagonistas*

El caso de C* se origina en un área de la región de Campania, Irpinia, dominado por un partido político tradicional (Partido Demócrata Cristiano) del cuál C* es un exponente. El protagonista C* es contratado por el Consorcio en un momento de colapso financiero total, con la tarea de rescatarlo y de proporcionar una gestión gerencial. Aunque C* se enmarca inicialmente con un papel secundario –primero de oficinista, luego de imagen corporativa– termina por asumir las riendas de la empresa convirtiéndose en el punto de referencia, tanto a nivel interno con los empleados, como en las relaciones externas frente a otras autoridades territoriales y con las autoridades nacionales (Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Activi-

[90] El caso de C* es tratado más detalladamente en Di Donato, *op. cit.* nota 78.

[91] En línea con la prospectiva constructivista en la que nos movemos, la "estructura", trama o *plot* de cada narración viene identificada con la articulación de relaciones que condicionan, orientan, una historia. *Cfr.* AA.VV., *op. cit.*, nota 74, pp. 148-149.

[92] Cuando se habla de *agentividad* en la construcción de un caso, se refiere a las fuerzas en juego que provocan la historia y la condicionan: puede tratarse de una persona o una institución (el banco, un departamento de Estado, Corte de Casación); de una abstracción (el mercado, el sistema jurídico); de una fuerza sobrenatural (la divinidad, la fortuna), o de un complicado tejido de todo ello. Para la utilización de la categoría de *agentividad* en el análisis de las historias legales, *cfr.* Di Donato, *op. cit.* nota 78, cap. II.

dades Productivas). Su capacidad es plenamente reconocida por la dirección, y será nombrado por el Consejo de Administración como "director general" y "administrador delegado" del Consorcio .

El manejo exitoso de C* también se evidencia en la prensa local de la época. En un periódico en el momento dice: "[CXXXXX], del fracaso al éxito. En el 96 al borde del abismo. El Consorcio está ahora en aumento gracias a las inversiones de calidad":

Mondo impresa

Venerdì dicembre 19

Nel '96 sull'orlo del baratro. Il Consorzio ora è in crescita grazie a investimenti di qualità

dal fallimento al successo

L'amministratore *svela i segreti del piano di rilancio aziendale*

Le industrie del C

Meridionale

Sfida tecnologica

Fma: arriva il certificato Iso 14001

Figura 1.

El *segundo protagonista* es L* y entra en escena como el nuevo presidente de la institución. La entrada de L* en el consorcio será un paso decisivo para el destino personal y profesional de C*. L* pertenece a la misma área de inspiración política, pero siempre ha estado en una relación de rivalidad con C*. Hay noticias que documentan los desacuerdos políticos, de ocasiones anteriores entre los dos protagonistas. C* y L* están, en general, dotados de una visión política diferente sobre los hechos. C* trabaja para la rehabilitación del Consorcio y no duda en confrontar, si es necesario, a las figuras políticas locales o entidades. A diferencia de C*, L* parece proceder con una forma inescrupulosa de hacer política, que tiene como objetivo sus intereses personales (al respecto, hay evidencia en los reportajes y testimonios de la época).

El *tercer protagonista* de la historia es Y*, carácter aparentemente menor que entra en escena como "antagonista" de C*. En realidad, es el nuevo

presidente L* quien crea el cargo de Y* como un alter ego de C*, para que tome sus funciones: Y*, de hecho, será nombrado nuevo director general del Consorcio.

B. *Las interacciones entre los protagonistas*

L*, como nuevo presidente electo, decide reformar la estructura societaria, procediendo no sólo a nombrar a Y*, sino también a redefinir la posición jerárquica de C*, quien fue removido como administrador delegado y como director general. La reforma formaliza una línea societaria donde C* no tiene ninguna de las funciones relevantes internas o externas, como se indica en esta comunicación dirigida por L* a C*:

> El Consejo de Administración de esta sociedad, en cargo desde hace algunos meses, está tomando los controles necesarios sobre la labor realizada en el tiempo anterior a la confirmación del mismo, y en el que, desde las primeras investigaciones, ya se revelan irregularidades graves en el perfil administrativo y corporativo. Durante dicha verificación [...] lo invitamos por favor a abstenerse de escribir comunicaciones de relevancia pública, y también se abstenga de la utilización de dicciones jerárquicas, como 'Dirección', que crearían en terceros apariencias no correspondientes con la verdad, teniendo en cuenta que éstas recaen exclusivamente en nuestro Presidente [...] y el responsable designado por este Consejo[93].

A la revocación de las funciones que hasta este punto eran llevadas por C*, le siguieron órdenes de servicio que le confirieron cualificaciones profesionales cada vez más "cambiantes". Se trataban de "meras etiquetas" que no se corresponden con las funciones concretas: por ejemplo, "responsable del sistema de calidad." La descalificación es tal que C* se encontrará en poco tiempo dedicándose a tareas menores que las de los otros empleados que hasta ese momento habían sido sus subordinados. De hecho, C* fue puesto poco a poco en un estado de inactividad total.

C* se defiende de los intentos de descalificación tratando de reconducir los eventos a través de una nueva reorganización de la narrativa en la que, si bien toma nota de la nueva titulación, reclama sus funciones como director. Léase el pasaje de esta nota "polémica", dirigida por C* a Y*, en su nuevo papel de "jefe de la calidad del servicio":

[93] El pasaje es extraído del recurso presentado por el abogado de C* de acuerdo con el procedimiento del art. 700 del Código de Procedimientos Civiles italiano, que regula un procedimiento cautelar de urgencia que viene concedido por el juez, a petición de parte, recorriendo dos presupuestos: el *fumus boni* iuris y el *periculum in mora*.

> Como siempre, no me he sustraído a las tareas asignadas a mí, por las razones en su momento ampliamente aclaradas en una nota que he enviado a su Dirección, es decir, las consagradas en la Jurisprudencia de la materia, que permiten que un empleado sujeto a descalificación reclame sus derechos de las varias maneras y, posiblemente, en la sede judicial, sin dejar de prestar sus servicios, incluso cuando el tema de la queja sea el mismo objeto de la descalificación... Entonces, me gustaría recordarles que quien escribe había presentado, entre las alternativas viables para la solución de la controversia antes anunciada, una petición a la Dirección Provincial de Trabajo, para declarar que soy responsable, al menos, de la co-administración conjunta, y que probablemente se me debe reconocer indemnización, ajuste salarial y la reincorporación plena del rol jerárquico completo como resultado de los derechos incontrovertibles, sólo marginalmente reconocidos también por los acuerdos del Consejo de Administración, debido a que debía haber desarrollado ininterrumpidamente el cargo de Director General...[94]

La actitud de la compañía de "atribuir" etiquetas profesionales sin contenido a C*, o de desafiar sus acciones, encuentra epílogo en una suspensión disciplinaria. Esto deriva de una contestación que C* considera infundada, que tiene que ver con la flexibilidad del horario de trabajo –del cual puede disfrutar, como lo determina la práctica corporativa– y con una historia de permisos no solicitados con motivo de la participación en reuniones sindicales. C* va a la oficina del director Y* para desafiar los supuestos cargos, que tienden a poner de manifiesto su supuesta conducta en incumplimiento, y termina en un enfrentamiento verbal con el Director General. La confrontación degenera en una discusión, y C* se va sin permiso del lugar de trabajo. Después de este episodio, se notificará a C* el despido, además, durante las vacaciones de verano.

La historia toma contornos que C* juzga como kafkianos a causa de la "irrealidad" de las objeciones formuladas. Esto se aprecia en varias comunicaciones. La primera se refiere al pliego de cargos por parte el Director General Y*:

> De conformidad con el art. 7o. de la Ley 20 de mayo 1970, n. 300 y la disciplina contractual actual, presentamos los siguientes cargos: El 25 de julio de 2008, aproximadamente a las 9:30 am, nuestro Director General el sr. Y *, emitió una orden dirigida a su servicio en el que solicitó un informe sobre la gestión de permisos, incluidos los relativos a la participación en las reuniones sindicales. Inesperadamente, unos minutos después de su recepción, usted fue a la oficina del sr. Y * y lo agredió verbalmente a con las siguientes frases: 'me estás rompiendo las p…'; 'váyase a la….' y otras en el mismo tenor y al mismo tiempo, afirmando que no realizará ninguna actividad requerida, rompiendo descaradamente la orden prevista de servicio, una nueva señal de de-

[94] La nota es del 22 de diciembre de 2005.

> safío contra el Director General. [...] Por último, como resultado de este episodio, a las 11:15 am, abandonó el trabajo sin permiso alguno para ello.

Y he aquí un pasaje de la carta enviada en respuesta al Director General Y*, donde C* vuelve a narrar el suceso desde su punto de vista, justificando la conducta denunciada:

> ...he encontrado con sorpresa otra de sus acciones injustamente vejatorias de las cuales –al igual que le había escrito recientemente– podría decirse que constituyen 'acoso laboral' (conducta que en cualquier caso tiene que ser investigada por un magistrado), la que se ha extendido a mis períodos de descanso y lo que no ha permitido siquiera un mínimo descanso mental, perpetuando el estrés que es causado por usted en el periodo ferragostano* [...]. En cuanto al fondo de sus objeciones injustificadas, a continuación respondo lo siguiente: No estoy acostumbrado a usar términos vulgares como los que usted ha mencionado en la queja relativa al oficio n. 18/08, ya que, en mi vida rara vez utilicé tales exclamaciones y, en todo caso, con términos muy diferentes, tales como 'me estás rompiendo la caja' y 'vete a la fregada'. En todo caso, como cualquiera puede testificar, no he abordado esos insultos con esos términos. Confirmo en cambio, como escribí en el oficio. 735/08, que su conducta, en mi opinión, puede tener implicaciones penales, como fácilmente pueden enmarcarse en el caso de acoso laboral, así como efectivamente le declaré aquella circunstancia en consideración a las exigencias absurdas que usted ha formulado, a las cuales mi respuesta no es más que una continuación coherente. [...]. Su desafío, entonces, subvierte la realidad de lo sucedido y contribuye aún más a degradar mi dignidad profesional. En este sentido, no se debe perder de vista que lo único que puedo decir referente a lo que se me acusa es que son juicios comparables a los diálogos de irrealidad registrables sólo en un manicomio, así como en las historias surrealistas de Kafka.

C. *Las reacciones de C**

La nota anterior representa la forma típica de reaccionar de C* frente a los intentos de ataque del empleador: él vuelve a narrar los acontecimientos anticipando también el posible significado jurídico. Sin embargo, no es suficiente su pronta reacción para protegerse de un despido disciplinario que ocurrirá unos días más tarde, cobijado bajo la apariencia de una "causa justa" para la terminación de la relación laboral.

C* no puede dejar de recurrir a su abogado para apelar el despido. La línea defensiva elegida por el abogado busca desafiar la existencia de causa justa de despido y detectar las razones reales de la conducta de los empleadores:

* *N. de. T.* Se refiere al periodo del "ferragosto", fiesta civil del 15 de agosto relacionada con la Asunción de la Virgen.

> La medida en cuestión, así como la motivación, –escribe el abogado– de hecho carece de los requisitos para integrar la causal de rescisión de conformidad con el art. 2119 cc., sino que se encuentran su justificación real en motivos subjetivos y se derivan comportamientos persecutorios y totalmente engañosos contra el señor C*. En particular, se responde que el sr. C* ha realizado la conducta descrita en la orden de 18 de agosto, habiéndose limitado simplemente a contestar de manera firme, pero civil, a las exigencias anormales y *contra legem* del Director General del Consorcio [Cxxx].

Esta primera fase del juicio terminará con la decisión de la empresa de reintegrar a C* al contexto empresarial. Esto será seguido, en un momento posterior, con la introducción, por iniciativa de C*, de un juicio "por las diferencias salariales y el acoso laboral".

D. *¿Qué "fuerzas" están en juego en la historia de C*?*

Es posible identificar diferentes niveles de *agentividad* en el caso de C*. El primero puede ser definido como uno de naturaleza abstracta y tiene que ver con el contexto geopolítico: las actividades del Consorcio están impregnadas de constante influencia política. El nombramiento de L* como presidente del Consorcio es claramente un acto de connotación política.

El segundo nivel de *agentividad* –conectado con el primero– tiene que ver con los informes de las rivalidades personales y políticas que existen entre los dos protagonistas, C* y L*, como se demuestra por los extractos de los artículos anteriores, y según es confirmado por el cliente en las entrevistas:

> C*: La persona a la que no apoyé para la alcaldía ha logrado convertirse en presidente [del consorcio]. En el pasado me había dicho que el poder debe ser ejercido de manera brutal, porque éstas son las reglas de la selva y luego se puso a experimentar conmigo. Lo conozco desde niño, y habíamos discutido sobre este asunto del alcalde. Tan pronto como asumió el cargo me arrinconó, me dijo que yo ya no era el director. Éste es el clásico ejemplo de acoso laboral [...]. Después de eso me pregunté: "¿qué soy, qué es lo que hago y cuál es mi lugar en el organigrama?" Respuesta: "nada". ¡Pura violencia!

Un tercer nivel de *agentividad* tiene que ver con las fuerzas sociales en juego: las fuerzas obreras, los sindicatos, la opinión pública, etc. La influencia de la comunidad en el caso de C* es particularmente evidente: el despido disciplinario de C* se convertirá en un "caso" de verdad, con un fuerte eco en la prensa y las reacciones de los sindicatos locales. Éstos son algunos de los titulares más importantes, publicados en agosto de 2008, después de que C* recibió la notificación de la acción disciplinaria:

Titular de *Corriere della Sera:* "RSU en pie de guerra después del caso de C*".
Titular de *OttoXXX* : "Consorcio [Cxxx], C* despedido. La RSU: acto no motivado".
Titular de *Il Mattino*: "[Cxxx], los sindicatos se opusieron a la destitución del administrador".
Titular de *Buongiorno Irpinia*: "Los sindicatos 'No a la destitución del administrador C*".

La prensa local destaca el carácter abusivo del despido a la luz de la gestión virtuosa del Consorcio realizada por C* antes de ser sustituido por Y*. He aquí el pasaje de una nota publicada por los representantes sindicales en otro periódico local "OttoXXX":

> Las representación sindical unitaria (RSU) del Consorcio, con la certeza de interpretar el sentimiento de solidaridad humana que envuelve a todos los empleados, expresa su indignación por el despido indebido del sr. C* por parte de la dirección de una empresa que tendría, en cambio, que haberle otorgado premios especiales. […]. El Consorcio [CXXXXX] había sido, bajo su liderazgo, milagrosamente curado y revivido gracias a un compromiso profesional y personal sin precedentes de todos nosotros los empleados, motivados, hermanados y hechos copartícipes de las decisiones de gestión. Esa misma empresa fue vendida más adelante y depreciada por los dirigentes rapaces e incompetentes que se apoderaron de ella. En la certeza de que este vulgar intento de asesinato político será revocado por el poder judicial y en espera de decidir las formas de protesta o huelga durante la reunión de los trabajadores especialmente convocada, la RR.SS.UU todavía desea dar a conocer a la opinión pública y las fuerzas políticas lo siguiente…: durante el período de administración confiada al administrador delegado C*, se dio un caso ejemplar de una buena gestión, gracias a la cual muchos de nosotros, que hoy terminamos en movilidad•, fuimos capaces de volver proporcionar alimentación segura para nuestras familias. [...]. Cada uno de nosotros, incluso los que tuvimos que ser llamados duramente a ejercer nuestras responsabilidades, tiene un grato recuerdo del sr. C*, de su transparencia, de su dedicación, de su sensibilidad humana. Cada uno de nosotros, a su vez, recientemente ha experimentado la insensibilidad más cínica ante los problemas de los trabajadores en diversas formas arrogantes dignas de otras épocas.

• *N de. T.* 'Renuncia Voluntaria'.

GIOVEDI' AGOSTO 20 | Buongiorno IRPINIA

Il caso alla

si proceda al reintegro di

Riceviamo e pubblichiamo da provinciale della Democrazia Cristiana

«Al peggio non c'è mai fine. Dopo una gestione non di certo soddisfacente della società e la decisione, successiva, da parte dei "vertici" aziendali di risistemare il deficit societario con la messa in mobilità di ben 20 dipendenti, ecco arrivare una ennesima conferma che le sorti dei lavoratori e delle loro famiglie non interessano a nessuno. L'ex amministratore delegato e Direttore Generale della Società, il dottore che in sette anni era riuscito a risollevare le sorti del consorzio gestione servizi, è stato raggiunto, al momento, da un provvedimento di sospensione dal lavoro, vero è propria anticamera del licenziamento. Un provvedimento, questo, che in verità, dopo quanto accaduto in questi ultimi anni, ce lo aspettavamo. Ma non per questo desistiamo dal condannare l'atto, messo a segno, nuovamente, da cosiddetti "vertici" societari. Il dottore si è sempre contraddistinto sul lavoro mettendo a disposizione della società pregevole professionalità, riuscendo, anche nei momenti economici più neri, a sollevare le sorti aziendali, scongiurando inevitabili licenziamenti. Oggi, dopo risaputi fatti e misfatti, denunciati non solo dai dipendenti ma anche dalle maestranze sindacali, ci viene spontanea una domanda: vuoi vedere che il dottore si ritrova a pagare per aver rivendicato le giuste ragioni dei lavoratori che hanno subito evidenti torti a causa di comportamenti iniqui e dissennati in questi ultimi tempi? A voi, cari dirigenti del chiediamo la risposta. E a chiederlo, oltre alla della provincia di Avellino, anche il personale che ha inoltrato apposita richiesta per svolgere una assemblea martedì prossima. Un incontro con i sindacati, per manifestare la propria solidarietà all'ex Amministratore Delegato, per aver subito una rimozione immotivata. La con fermezza, nel sanzionare questo ennesimo atto, chiede al presidente di voler immediatamente ritirare la richiesta di sospensione e di reintegrare con provvedimento immediato dottore al lavoro».

Figura 2.

E. *El tejido emocional*[95]

La fuerte presión ejercida a C* en el contexto empresarial, afectará su equilibrio personal y familiar. A raíz de la destitución, C* será llevado de urgencia al hospital: se le administran antidepresivos y medicamentos contra la ansiedad. El informe del Departamento de Salud Mental cuenta con la certificación de un "cuadro ansioso de depresión con rastros los somatoformes y de naturaleza reactiva y situacional".

Algún tiempo antes, C* recibió también una demanda de separación legal por iniciativa de su esposa. A continuación se muestra un pasaje del

[95] La historia de C* representa uno de los ejemplos sobre cómo las emociones pueden incidir en la articulación de una historia, respecto de los componentes esenciales del tejido cognitivo y narrativo e, incluso, motor mismo de la historia. Nussbaum, Martha, C., *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2004.

acto de separación matrimonial que confirma el estado de alienación o "alejamiento" de C* dentro de la familia:

> ...la relación conyugal inicialmente caracterizada por el respeto mutuo y una buena sensación desde hace algunos años se ha deteriorado debido a la incomprensión entre los cónyuges y, en particular, causada por el comportamiento irresponsable y descuidado del sr. C* que ha desafiado repetidamente el ambiente familiar distanciándose de éste y anulando en el ámbito familiar la posibilidad de diálogo y de válida argumentación.

F. *El testimonio de C* y la construcción de la historia legal*

Éste es el testimonio directo de C* respecto a su historia personal: se refiere, en una entrevista, a vivir esta historia como una "novela" y sentirse dentro de la empresa donde trabaja como un "fantasma":

> C*: [...]. Con el asesoramiento del profesor [XXXXXX] hemos descubierto algunos aspectos que eran importantes en mi opinión y que explican, en conversaciones ordinarias, la razón por la que me encontré en esta "trampa kafkiana".
>
> [...].
>
> Todos estos eventos, más que tener un significado jurídico, tienen un significado político:
>
> [...].
>
> La verdad básica es la siguiente: Había una prevención en mi contra, había una voluntad de utilizar al ente con fines clientelistas, personales, particularistas, independientes de la eficacia y los balances. La consecuencia es que la empresa está en crisis, se tardará años en volver a sanarla: L* ha obtenido el resultado personal puesto que ha sido electo. Y él usó las instalaciones de servicio para fines clientelistas.
>
> [...]
>
> Esta situación se prolongó por cerca de 7 años ...todavía no reconocen la compensación: en este momento trabajo en la empresa como un "fantasma", ya que al cargo de Director General no le corresponde compensación económica.

G. *¿Cómo la representación del cliente penetra en el derecho y en el arreglo de la controversia jurídica?*

El conocimiento que C* tiene sobre sus derechos –él es abogado, su hermana es magistrada– le permite leer al instante los hechos, registrarlos (por escrito), para preservar su memoria histórica para el futuro, incluso anticipándose a la calificación jurídica.[96]

[96] Existe una identificación "desconcertante" –comenta su abogado– entre el hecho y el derecho: a cada dinámica de los hechos corresponde una inmediata calificación del dere-

La categorización de la realidad, la interpretación del caso hecha por C* es filtrada por el abogado, quien "traduce el caso" interpretando elementos del contexto y tejiéndolos con la práctica jurídica y judicial. El abogado, por ejemplo, aunque está dispuesto a aceptar la clave de lectura de kafkiana o irreal de la historia dada por el cliente en actos oficiales y no oficiales, no se refiere al sustrato político que lo caracteriza.

¿Por qué razones? ¿Con el fin de no ofender la sensibilidad política del juez? ¿O, en cambio, se encuentran en juego también equilibrios sociales más complejos?

H. *Coda: la historia de C* se origina en la cultura y encuentra solución en la cultura.*

Aunque el caso de C* es tratado ante los tribunales competentes, el epílogo de la historia es en parte determinado por la intervención de la "comunidad", así como las iniciativas personales de C*.

Como hemos visto, la historia adquiere contornos bastante públicos. El despido de C* llega en una etapa particular de una disputa de los trabajadores y de nuevas dificultades financieras del Consorcio, por lo que los sindicatos y las fuerzas de los trabajadores no dudan en expresar su solidaridad con C*, en crítica abierta a las decisiones de la alta dirección. La presión pública es tal que, al día siguiente de su destitución, C* fue reintegrado al Consorcio. Además, se eliminó el cargo de Y*, identificado como el autor de la medida de despido "injustificado" y por lo tanto fue utilizado como un "chivo expiatorio".

En el caso de C*, "las fuerzas" parecen, por lo tanto, encontrar alguna forma de equilibrio: las fuerzas sociales, los sindicatos, etc. de alguna manera les hacen contrapeso a las opciones políticas.

Sin embargo, el "enfrentamiento" entre C* y L* sigue siendo desigual: sigue siendo el poder político, expresado en forma de algún tipo de consenso público, el que determinará quién es el más fuerte de los dos y cuál será la narrativa "ganadora". L* ha pasado recientemente a desempeñar un cargo político-administrativo importante, el de consejero regional. C* en cambio, y sólo recientemente como resultado de un acuerdo de solución ante un tribunal laboral (octubre de 2011), ha obtenido el reconocimiento

---

cho, a través de un juego de acciones en parte provocadas por C* y que él utiliza como estrategia defensiva respecto de las relaciones internas de la empresa. *Extracto de la entrevista al abogado de C*.*

por parte de los principales ejecutivos de la compañía y la compensación financiera en forma de diferencias salariales.

Éste es el contenido del acuerdo celebrado entre la empresa, en la persona de su representante, (la abogada M*) y C*:

> La abogada [XXXXX] en la calidad indicada, en su reiteración a la Contestación a la apelación presentada por el señor C* ante el Tribunal de Avellino en función de juez laboral, presentada el [XXXXXX] junio de 2009 y registrada bajo el número [XXXXXX], como parte de la defensa en nombre de la sociedad, proporciona al empleado indicado anteriormente, con los fines de definir la controversia y de mejorar la profesionalidad y optimización, las siguientes prestaciones:
>
> A) El ascenso al rango de director, con efecto a partir de la fecha de hoy, con un aumento de sueldo de € [XXXXXX] netos mensuales y con la previsión expresa de que la terminación promovida por el empleador sólo podrá tener lugar por una causa justificada [...];
>
> B) La aplicación a la relación laboral dirigencial así instaurada en el vigente contrato colectivo nacional del trabajo para los dirigentes del sector industria así establecido, confiándole las funciones directivas de Director General del Área Administrativa de la sociedad a continuación especificadas, revocables sólo en el caso contemplado en el precedente punto A) o en el caso de la asignación de otra posición acordada y aprobada por las partes.
>
> Funciones del Director General del Área Administrativa:
>
> 1. Responsable de la gestión administrativa de la empresa, en coordinación con el Presidente del Consejo, a través de la organización de los procedimientos operativos de la contabilidad y del balance empresarial;
> 2. Responsable de la administración y gestión del personal de la empresa, en coordinación con el Presidente del Consejo a través de la fijación de los estándares laborales con el fin de optimizar la profesionalidad;
> 3. Monitoreo, control, verificación y gestión de las actividades financieras y de tesorería de la empresa;
> 4. Gestión de las relaciones con la junta sindical;
> 5. Supervisión y control de la actividad empresarial a través de la verificación en la consecución de los objetivos fijados.
>
> Las funciones anteriores deberán necesariamente relacionarse con la estructura organizativa de la empresa que, por su naturaleza, histórica y funcional, prevé la responsabilidad legal en la persona del Presidente del Consejo de Administración, en consulta con el Consejo de Administración y bajo el control del Colegio Sindical.
>
> C) El pago de la indemnización, por los daños biológicos sufridos por el sr. C*, por la cantidad de 50,000.00. Este importe se abonará en cuotas con el salario mensual desde enero de 2012 y hasta finales de noviembre de 2012…

I. *Conclusiones sobre el caso de C**

La historia de C*, a pesar de la forma de "jurídica" que reviste, no sería comprensible por fuera del tejido social en el que se inserta y expresa. Ningún procedimiento lógico permitiría "afirmar" la verdad –aunque al-

gunos de sus aspectos se mantienen en el fondo, sobre todo los matices de la naturaleza política de la historia– sin la *agentividad* adecuada de C* y el llamamiento a la comunidad que ha permitido afirmar que "se ha hecho justicia" no con la eliminación del cargo de Y*, antagonista de C*, sino con la reincorporación de C* en puestos de gestión que le habían sido usurpados a través de las vías de la conciliación judicial.

VII. Conclusiones

Desde las primeras páginas de este documento declaramos nuestra intención de reflexionar sobre la experiencia procesal yendo más allá de los mecanismos conocidos que ofrece el positivismo lógico-formal y el racionalismo de la Ilustración, deteniéndonos en el papel de los seres humanos en el proceso, en la creencia de que una aproximación filosófica al proceso que aspira a aparecer creíble y bien fundada no puede permanecer anclada en categorías formales y abstractas que, aunque bien conocidas, deberían conceder espacios adecuados para cuestionar el papel de los individuos, sus historias, su cultura, el significado de sus acciones dentro del contexto social de origen, primero, y en el procesal, después.

Es el contexto [cultural] en donde el proceso y los hechos se inscriben, y de donde provienen los protagonistas (las partes, abogados, testigos y jueces), lo que hace posible entender el derecho y su funcionamiento, en especial, el proceso y sus mecanismos. Una de las preguntas que tomamos como punto de partida trata de si es suficiente proporcionar una "comprensión de los métodos culturales de resolución de disputas".[97] al igual que Chase, para *rastrear* la génesis y evolución del proceso hasta llegar a la decisión final.

El estudio etnográfico de los Azande muestra de manera valiosa cómo las instituciones propuestas para solucionar las controversias pertenecen a la cultura y son determinadas socialmente. Sería contraproducente y errado escindir el oráculo *benge* de las prácticas sociales, de las creencias y los valores de los Azande: los métodos de resolución de las controversias de la tribu de los Azende demuestran que la relación entre derecho y cultura y, por tanto, entre proceso y cultura, es inescindible. Las prácticas procesales reflejan la cultura y no se trata de un reflejo pasivo, meramente especulativo, sino de una operación reflexiva sobre el contenido que contribuye a la

[97] Chase, *op. cit.*, nota 8, p. 17.

determinación de las prácticas culturales. También, la cultura refleja los métodos de resolución de las controversias, puesto que los oráculos funcionan como prueba y las prácticas procesales mismas son "construcciones culturales".[98] El modelo cultural-constructivista de Chase muestra, sin contradicción alguna, que la práctica jurídica no puede ser estudiada de manera separada del contexto cultural en el que se genera y actúa para dirimir controversias. Es sólo en esa perspectiva en que podemos comprender por qué los Azande confían en un polluelo y su eventual capacidad de sobrevivir a una sustancia venenosa como la prueba de adulterio o de homicidio. Sin embargo, lo que Chase no logra demostrar es cómo la cultura orienta a los agentes procesales. En otras palabras, como Taruffo ha observado, el modelo culturalista de Chase "proporciona explicaciones útiles de las razones por las cuales aquel proceso es 'así y así' en esa sociedad, pero tiende a no decir nada, o a decir poco, sobre cómo funciona ese proceso".[99] Aprendemos que el ritual procesal refleja las prácticas culturales y que está influenciado por ellas y a su vez las influencia, pero no sabemos *cómo* sucede, cómo la controversia debe ser resuelta, y, *cómo*, al final, la decisión será aceptada en cuanto construcción cultural. No aprendemos a través de este modelo, sin embargo, *cómo* es que la cultura al incidir sobre el proceso orienta a los agentes procesales, constriñéndolos a elegir unas estrategias en vez de otras, a construir una defensa en lugar de otra.

En definitiva, si el modelo de Chase representa una estructura útil e imprescindible en la cual adscribir nuestra investigación orientada hacia el estudio de la relación entre el derecho y la cultura, es sin embargo innegable la necesidad de recurrir a modelos ulteriores que permitan explicar cómo la solución de un proceso y las decisiones que se toman dependen en buena medida del actuar consciente y culturalmente orientado de los individuos que lo condicionan, de manera directa o implícita, como hemos visto en el caso de C* y de la colectividad que respalda y determina la orientación de la solución judicial.

Nuestra conclusión es que probablemente se deba imaginar una perspectiva epistemológica que permita pasar el umbral en el cual Chase se detiene, preguntándonos además si los estudios de Haack y si el modelo de Taruffo son capaces de proporcionar instrumentos necesarios para tal análisis. Aunque los resultados a los que llega Haack son compatibles con ello,

[98] *Ibidem*, p. 18.
[99] Taruffo, *op. cit.*, nota 6, p. 105.

puesto que ponen los elementos objetivos frente a un *background* experiencial que revela la innegable *socialidad* también de la investigación científica, que es vista como un modelo epistemológico válido sobre el que se desea valorar el proceso judicial, que a su vez es puesto a la par de los procedimientos científicos o empíricos; menos compatible es el modelo de Taruffo que en sus valoraciones conclusivas parece negar las premisas iniciales que declaran la naturaleza *culturalmente relativa* de la verdad procesal. El objetivo del proceso, de acuerdo con Taruffo, no es el de resolver una controversia, como en el modelo de Chase, sino el de buscar la verdad: "el proceso, si se entiende como un método de búsqueda de la verdad de los hechos, puede [por ende] ser sujeto a valoración epistémica".[100] Sin embargo, la cuestión es que para alcanzar el objetivo anunciado, Taruffo debe confrontarse con el papel de las partes, de los testimonios, de los abogados, sobre los cuales no se puede pretender imparcialidad o un comportamiento objetivo, imparcial y dirigido a la simple verificación de los hechos como realmente sucedieron. Como el mismo Taruffo reconoce, la parte mira y demuestra su verdad; el abogado debe tutelar los intereses y los derechos de su cliente; los testigos *narran* los hechos de manera favorable a la parte que los llamó al proceso.[101] Y así, aunque Taruffo no renuncia a confrontar el constructivismo de matriz *bruneriana* y otras de las teorías narrativistas más modernas, reconociendo que "[u]na narración de los hechos no es jamás, especialmente en un proceso, algo ya listo y confeccionado que cae del cielo sobre la mesa de un abogado o de un juez", sino que, por el contrario, [las narraciones] son "construidas por los autores".[102] Sin embargo, llega posteriormente a la conclusión de que la *verdad* de un enunciado depende únicamente del grado de *warranted assertibility* que ha recibido en el proceso.[103] Por lo tanto, la verdad, tenazmente invocada en las premisas del razonamiento de Taruffo, también en oposición a las tesis relativistas y las que denomina "cínicas" del posmodernismo, se desvincula de las *narraciones* de las partes, de las *construcciones* que provienen de la acción de los individuos, y se torna en una cuestión de simple *probabilidad lógica*:[104] "[E]l grado de confirmación de un enunciado deriva de inferencias lógicas que tienen en cuenta la can-

[100] *Ibidem*, p. 136.

[101] *Ibidem*, especialmente p. 48 y ss., pp. 168 y 169.

[102] *Ibidem*, p. 53.

[103] Sobre este punto además de la contribución de Taruffo, *op. cit.*, nota 6, véase Di Donato, *op. cit.*, nota 7.

[104] Taruffo, *op. cit.*, nota 6, p. 209.

tidad y la calidad de las pruebas disponibles que se refieren a aquel enunciado, de su grado de confiabilidad y de su coherencia".[105]

En resumen, el modelo crítico de Taruffo parece vulnerable e incompleto justamente en los mecanismos que deberían garantizar su fuerza: los instrumentos lógicos que el procesalista utiliza para *aceptar* los hechos y *construir* la verdad.

A la luz de estas reflexiones, consideramos necesario avanzar en la investigación de nuevos modelos epistemológicos y metodológicos que hagan emerger los mecanismos lógicos y culturales simplemente enunciados por Chase y que transitan en el trasfondo de cada disputa judicial a través del actuar condicionante y condicionado por las partes.

Al rescatar el *clinical law approach* –convertido en un *socio-clinical law approach*[106]– como posible modelo que concilie la dimensión epistemológica del proceso con la dimensión cultural del análisis casuístico, hemos puesto en el centro de la reconstrucción fáctica la *agentividad* del cliente C* en el caso examinado. El caso de C* es emblemático sobre la forma en que el cliente puede actuar conscientemente en el análisis y la reconstrucción de los hechos, evaluando las dinámicas implícitas y en ocasiones indescifrables –al menos para un observador externo– del contexto cultural en el que éste se mueve. Esto es además emblemático sobre cómo la acción orientada del cliente constituye una base imprescindible del éxito de la estrategia procesal del abogado.

Se trata, en definitiva, de un modelo que, mirando con desencanto la objetividad de las leyes y de los códigos, va directo a la realidad desnuda de los hechos, demostrando el estrecho vínculo con la cultura y sus lógicas, hasta ahora, muy perversas. Lógicas a las cuales muy a menudo el derecho es asertivo, volviéndose él mismo un instrumento de la cultura. No es a partir de las categorías jurídicas, de su objetividad y lógica formal que el caso de C* es resuelto, sino, más bien, a través de las soluciones *culturales*, orientadas desde el trasfondo, por medio de las acciones de los protagonistas y de la colectividad más amplia en la cual el caso se inscribe, contribuyendo a la definición de aquello que se puede llamar la cultura jurídica propia de una sociedad.[107]

[105] *Ibidem*, p. 220.

[106] Véase *supra*,VI.1.

[107] Como un ejemplo más de análisis basado en un modelo *clinical approach* se propone un análisis sintético de un caso de separación personal de los cónyuges que se produjo en 2009 en la provincia de Nápoles. Es interesante leer el abandono del domicilio conyugal por el

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., "Stories Told and Untold: Lawyering Theory Analyses of the First Rodney King Assault Trial", *Clinical Law Review*, vol. 12, núm. 1, 2005.

ABIGNENTE, Angelo, *Argomentazione giuridica. Voce enciclopedica*, in Pomarici, Ulderico (a cura di), in corso di pubblicazione per i tipi della Torino, Giappichelli.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Consitucionales, 2000.

AMSTERDAM, Anthony, G., "Telling Stories and Stories About Them", *Clinical Law Review*, vol. 1, núm. 1, 1994.

AMSTERDAM, Anthony, G., BRUNER, Jerome, *Minding the Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2000.

ATIENZA, Manuel, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, A. Abignente (ed.), V. Nitrato Izzo (trad.) Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

BARRY, Margaret, M. *et al.* "Teaching Social Justice Lawyering: Systematically Including Community Legal Education in Law School Clinics", *Clinical Law Review*, vol. 18, núm. 2, 2012.

BERGER, Peter, L., LUCKMANN, Thomas, *La realtà come costruzione sociale*, A. Sofri Peretto (ed.) M. Innocenti Sofri (trad.) Bologna, Il Mulino, 1997.

---

cónyuge de la Sra. T *, aparentemente desprovisto de motivos pertinentes en el contexto cultural específico donde el caso se originó y donde crece. Se trata de un contexto caracterizado por la separación de roles entre hombres y mujeres y el fuerte vínculo entre el individuo y la familia de origen de los cónyuges (sobre todo la mujer) que participa activamente en la vida, las decisiones y las elecciones del núcleo. E incluso las acciones de las partes, de T * y de su cónyuge, en el proceso sólo puede entenderse en relación con estos significados culturales que han marcado el camino de las elecciones y decisiones orientadas a la vida. T *, en particular, permite que sea la madre quien elabore esta separación y para identificar los objetivos y estrategias procesales. El abogado de T* es "dirigido" a una estrategia para recuperar la dote matrimonial de T* quien, al final, pierde incluso la manutención. El proceso termina con una transacción en la que T * recupera la posesión de su dote conyugal, renunciando a la casa de la familia, a algún tipo de mantenimiento, y cualquier otro derecho. Una vez más, la cultura y el tejido social se despliegan en el derecho y se convierten en las únicas claves para comprender las acciones de las partes, las soluciones imaginadas y la definición de la controversia

BOURDIEU, Pierre, "The Force of law: Toward a Sociology of the Juridical Field", *Hastings Law Journal*, vol. 38, núm. 5, 1987.

_____, *Per una teoria della pratica. Con tre studi di etnologia cabila*, I. Maffi (trad.), Milano, Cortina, 2003.

BROOKS, Peter, *Trame. Intenzionalità e progetto nel discorso narrativo*, D. Fink (ed.) Torino, Einaudi, 2004.

BRUNER, Jerome, "A Narrative Model of Self-Construction", in Snodgrass Joan, G., Thompson, Robert, L. (eds.), *The Self across Psychology: Self-recognition, Self-awareness and Self-concept*, New York, New York Academy of Sciences, 1997.

BRUNER, Jerome, "The Narrative Construction of Reality", *Critical Inquiry*, vol. 18, issue 1, Autumn 1991.

CAPOGRASSI, Giuseppe, *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959.

CHASE, Oscar, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, M.R. Ferrarese (ed.) Roma-Bari, Laterza, 2009.

CONLEY, John, M., O' BARR, William, M., "Fundamentals of Jurisprudence: an Ethnography of Judicial Decision Making in Informal Courts", *The North Carolina Law Review*, vol. 66, 1988.

DAMAŠKA, Mirjian, *Il volti della giustizia e del potere*, A. Giussani e F. Rota (trads.) Bologna, Il Mulino, 2000.

_____, *Il diritto delle prove alla deriva*, F. Cuomo Ullao (trad.) Bologna, Il Mulino.

DI DONATO, Flora, "Il Super-giudice ovvero il giudice come garante della funzione epistemica del processo. Note a margine di un volume di Michele Taruffo", *Sociologia del diritto*, vol. 1, 2010.

_____, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*, Milano, Franco Angeli, 2008.

_____, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli, Guida, 2012.

_____, Recensione di Chase, Oscar, G., "Law, Culture and Ritual", New York e London, New York University Press, 2005, *Sociologia del Diritto*, vol. 2, 2007.

DURANTI, Alessandro, *Etnopragmatica. La forza nel parlare*, Roma, Carocci, 2007.

ELLMANN, Stephen *et al*, *Lawyers and Clients. Critical Issues in Interviewing and Counseling*, St. Paul (MN), Thomson Reuters, 2009.

EWICK, Patricia, SILBEY, Susan, S., *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1998.

FABIETTI, Ugo, *Antropologia culturale. L'esperienza e l'interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

FERRARI, Vincenzo, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

FERRARIS, Maurizio *et al*, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012.

_____, "Il ritorno al pensiero forte", *La Repubblica*, 8 agosto 2011.

_____, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

_____, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick (N.J.), Transaction Publishers, 2009.

FULLER, Lon, L., "Human Interaction and the Law", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, núm. 1, 1969.

FULLER, Lon, L., *The Anatomy of Law*, Westport (C.T.), Grenwood Press, 1968.

GADAMER, Hans-Georg, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Milano, Bompiani, XIV edizione, 2004.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.

HAACK, Susan, *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

_____, "An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 26, no. 2, April 2001, consultabile alla pagina web *http://www.ahrq.gov/clinic/jhppl/haack.pdf*

_____, "The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front", *Ratio juris*, vol. 25, núm. 2, 2012.

_____, *Defending Science – Within Reason. Between Scientism and Cynicism*, Amherst (N.Y.), Prometheus Book, 2007.

HESSE-BIBER, Sharlene, N., *Mixed Mehods Research. Merging Theory with Practice*, New York and London, The Guilford Press, 2010.

HOLMES, Oliver, W., *The Common Law*, Stilwell (KS), Digireads.com Publishing, 2005.

JASANOFF, Sheila, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, A Twentieth Century Fund book, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995.

KAFALENOS, Emma, "Not (Yet) Knowing: Epistemological Effects of Deferred and Suppressed Information in Narrative", Herman, David (ed.), *Narratologies. New Perspecitves on Narrative Analysis*, Columbus (OH), Ohio University Press, 1999.

KRUSE, Katherin R., "Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism, and Clinical Legal Education", *New York Law School Law Review*, vol. 56, núm. 2, 2012.

LATOUR, Bruno, *La fabbrica del diritto. Etnografia del Consiglio di Stato*, P. Landri y D. Lipari (eds) Roma, Edizioni Città Aperta, 2007.

LYOTARD, Jean-François, *La condizione postmoderna: rapporto sul sapere*, trad. it. di C. Formelli, Feltrinelli, Bologna, 2002.

MACCORMICK, Neil, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, V. Villa (ed.) A. Schiavello (trad.) Torino, Giappichelli, 2011.

MANTOVANI, Giuseppe, *Metodi qualitativi in psicologia*, Bologna, Il Mulino, 2003.

MILLS, John, S., *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles and Methods of Scientific Investigation*, London, Longman, 8th ed., 1970.

NIETZSCHE, Friedrich W., *Fragmentos Póstumos,* vol. IV, 1885-1889, Tecnos, Madrid, 2009.

NUSSBAUM, Martha, C., *L'intelligenza delle emozioni*, G. Giorgina (ed.) R. Scognamiglio (trad.), Bologna, Il Mulino, 2004.

OCHS, Elinor y CAPPS, Lisa, *Living Narratives. Creating Lives in Everyday Storytellling*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001.

PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

POSTEMA, Gerald, J., "Implicit Law", *Law and Philosophy*, vol. 13, no. 3, 1994.

PROPP, Vladimir, *Morphology of the Folktale*, ed. ing. a cura di L.A. Wagner, Austin (Tex.), University of Texas Press, 2nd edition, 1968.

SACCO, Rodolfo, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007.

SAVIGNY (von), Friedrich, C., *Sistema del diritto romano attuale*, V. Scialoja (ed.) Torino, Utet, 1886-1896.

SCAMARDELLA, Francesca, "La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto", *I-Lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, vol. 6, núm. 13-14, 2011.

_____ *Il diritto attraverso lo specchio. Esercizi filosofici sulla riflessività giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

_____ y DI DONATO, Flora, "Il silenzio "a più voci" nelle narrazioni di clienti e avvocati", *Sociologia del diritto*, vol. 2, 2012.

TARUFFO, Michele, "Cultura e processo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 1, 2009.

_____, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

TREVES, Renato, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1988.

TWINNING, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge (N.Y.), Cambridge University Press, 2006.

WHITE, Hayden, "The Value of Narrativity in the Representation of Reality", in Mitchell, Thomas W.J. (ed.), *On Narrative*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1981.

WINICK, Bruce, J., WEXLER, David, B., "The Use of Therapeutic Jurisprudence in Law School Clinical Education: Trasforming the Criminal Law Clinic", *Clinical Law Review*, vol. 13, 2006.

CAPÍTULO 60
EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA APLICADA

Enrique CÁCERES NIETO*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Definiciones y presupuestos teóricos.* III. *El proceso judicial como un sistema de hechos institucionales: una visión panorámica.* IV. *Las pruebas (1): Semántica de la palabra "prueba".* V. *Las pruebas (2): Decisión y normatividad epistémica.* VI. *Las pruebas (3): Clausura de operación cognitiva. Determinación de la verdad (prueba en el sentido 2).* VII. *Los efectos contraepistémicos del derecho positivo y la disyuntiva entre valores epistémicos y valores no epistémicos.* VIII. *El derecho humano a una debida deliberación: La verdad como condición de la justicia.* IX. *Bibliografía.*

A Larry Laudan

I. INTRODUCCIÓN

"La filosofía del derecho no sirve para nada", afirmaba un estudiante en los pasillos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, después de haber salido del aula en que se había practicado el examen final de la asignatura. A juzgar por la escena, que incluía tanto su comunicación verbal, como la no verbal, uno podría asumir que el enunciado contra la filosofía surgía de un estallido emocional derivado de lo mal que había respondido el examen y de su predicción de no poder salir de la licenciatura por culpa de una materia que, a fin de cuentas, es de relleno en el plan de estudios.

Sin embargo, esta actitud se extiende más allá de los alumnos desafortunados e iracundos, y es fácil constatar que está ampliamente extendida en las representaciones sociales tanto de los estudiantes como de los operadores jurídicos prácticos que "*sí saben cómo pasan las cosas en el mundo del derecho*".

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2195-2296.

El reclamo no es del todo injustificado si consideramos que mucho de lo que se enseña como filosofía del derecho es gato que se da por liebre. Pero no ocurre así en todos los casos y la misma creencia sobre la inutilidad de la asignatura puede encontrarse cuando se estudia y discute a los grandes pensadores de la filosofía del derecho como es el caso de Kelsen, Hart, o Dworkin.

No es este el lugar para hacer una defensa de la utilidad práctica de las teorías generales del derecho como fuente de esquemas cognitivos y modelos mentales que influyen de manera fundamental en la forma en que organizamos la información que tiene lugar en la práctica jurídica. Más bien me interesa resaltar que el dominio de la filosofía del derecho va más allá del análisis conceptual de esas teorías e incluye a las materias responsables de los cimientos del razonamiento jurídico mismo a través de disciplinas tales como la lógica, la argumentación, la interpretación y la metodología jurídicas.

A este grupo de asignaturas íntimamente vinculadas con el razonamiento práctico en el derecho se suma la epistemología jurídica, la más joven de la familia y que se encuentra en la etapa inicial de su desarrollo.

Al respecto Larry Laudan, uno de los más grandes epistemólogos de los siglos XX y XXI y pionero de la epistemología jurídica, afirma que:

> Epistemología Jurídica… apenas existe como una area de investigación reconocida… ha habido muy pocos estudios sistemáticos acerca de la cuestión de si las normas existentes podrían ser cambiadas para mejorar la probabilidad de obtener verdaderos veredictos.[1]

Señalar esta situación es particularmente importante en esta obra, pues normalmente se espera que una enciclopedia dé cuenta del conocimiento cristalizado, con linderos bien definidos y cimientos firmes, lo cual no es posible hacer respecto de la epistemología jurídica dado el estado de conformación en que se encuentra.

Visto desde otro prisma, el reto que representa dar forma precisa a lo que se encuentra en proceso de conformación permite realizar un trabajo propositivo que no se limite a un discurso informativo de lo que ya está dado y en ese sentido contribuir al desarrollo del nuevo dominio de conocimiento. Éste es el objetivo último de este trabajo.

[1] Laudan, Larry, *Truth, arror and criminal law,* New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 2-3.

II. Definiciones y presupuestos teóricos

1. *Definición de "epistemología"*

De forma simplificada "epistemología" (aplicada) denota a un área de la filosofía cuyo objetivo es determinar las condiciones bajo las cuales una creencia puede ser considerada verdadera y justificada.

Aparentemente del hecho de que una creencia (expresable en una proposición descriptiva) sea verdadera debería seguirse que está justificada, pero no es así. Puede haber proposiciones verdaderas que no estén justificadas. Por ejemplo, durante mucho tiempo, previo al desarrollo de la medicina actual, la herbolaría ha sido usada por brujos y chamanes para curar las enfermedades de los miembros de su comunidad. Sin embargo, eran incapaces de explicar por qué curaban. Se limitaban a proporcionar "pseudo-explicaciones" en el sentido de que era debido al contacto que tenían con seres de otra dimensión durante su estado alternativo de conciencia, lo que no puede contar como explicación objetiva. Dicho en otros términos, una verdad por casualidad no está epistémicamente justificada.

La justificación epistémica se obtiene como resultado de procesos confiables para la determinación de la verdad. En el caso de la ciencia esos procesos corresponden al método científico, o, mejor dicho, "los métodos científicos" que varían de disciplina a disciplina. En otras palabras, no hay un único procedimiento para determinar la verdad ni siquiera en la ciencia: los criterios que son útiles para las matemáticas no son iguales a los que requiere un físico o un biólogo. Los procesos de verificación que son confiables para una disciplina científica pueden ser totalmente inútiles en otra.

Sobre la importancia de la prueba en la filosofía de la ciencia como parte de los criterios para la determinación de la verdad, Laudan indica:

> Los problemas acerca de las bases epistemológicas y los métodos de la investigación merecen un lugar preferente en las teorías filosóficas acerca de esas actividades… (la historia, las ciencias o las matemáticas)…
> Nadie con un mínimo sentido de la responsabilidad intelectual, se plantearía escribir sobre filosofía de las matemáticas sin hablar extensamente sobre la naturaleza de la prueba matemática… Tampoco nadie escribiría sobre la filosofía de las ciencias empíricas sin abordar la naturaleza del experimento o de la corroboración de hipótesis.[2]

Independientemente de la ciencia de que se trate, hablar de condiciones necesarias para la determinación de la verdad presupone todo un universo

[2] *Ibidem,* p. 16.

de elementos que inciden en las prácticas de investigación. Por ejemplo, cierto tipo de microscopio puede ser indispensable para la determinación de la verdad en ciertos experimentos en bio-medicina, o el FMRI para la identificación de la actividad cerebral que tiene lugar al realizar ciertas tareas. Es decir, que el desarrollo de la ciencia y la determinación de la verdad son situados.[3]

Sin que pueda decirse que es totalmente independiente de las prácticas de investigación y de factores ecológicos, existe un elemento fundamental en el proceso de determinación de la verdad que corresponde a lo que aquí referiré con la expresión "normatividad epistémica", que denota a los procesos cognitivos que deben ser seguidos en el proceso de investigación como una condición ineludible para la determinación de verdades justificadas. En el ámbito de las ciencias, ésta corresponde a la lógica de la investigación. En este sentido, saber en qué condiciones una creencia es verdadera es consecuencia de razonar de cierta manera sobre el material disponible en el proceso de investigación. Precisamente es esta normatividad epistémica la que permite distinguir entre "explicaciones" pseudocientíficas o ideológicas, por una parte, y las científicas, por la otra.

Todo lo dicho hasta aquí tiene sentido referido a la ciencia, pero: ¿qué tiene que ver con el derecho?

2. *Definición de "epistemología jurídica"*

Siguiendo el hilo conductor del epígrafe anterior, se puede avanzar un paso en la definición de "epistemología jurídica" estipulando provisionalmente que denota a un área de la filosofía del derecho cuyo objeto es identificar los procedimientos confiables bajo los cuales una creencia acerca de hechos jurídicamente relevantes puede considerarse verdadera.[4] Desde luego la confiabilidad de esos procesos implica de manera fundamental la justificación de las inferencias que concluyen la verdad de las proposiciones, es decir, contar con un modelo de normatividad epistémica, entre otras cosas.

Con el objetivo de avanzar hacia una estipulación final, es conveniente hacer algunos comentarios aclaratorios al avance de definición expuesto:

[3] El término "situado" se emplea en el sentido de la "teoría de la cognición situada" discutida en la filosofía de la cognición contemporánea, conforme a la cual la cognición es el determinada por el ambiente en el cual se desarrollan los agentes cognoscentes.

[4] *Ibidem,* pp. 6, 7 y 42.

1) La normatividad epistémica es sólo una parte de los elementos constitutivos de los procedimientos confiables para la determinación de la verdad. Otros están vinculados con las condiciones que hacen posible que el razonamiento que sigue dicha normatividad sea confiable. Por ejemplo, un juez puede realizar inferencias perfectas a partir del material disponible en el expediente, pero que el derecho positivo sea sumamente limitativo en la admisión de pruebas relevantes. Así, un juez en materia electoral podría estar en condiciones de realizar una inferencia correcta sobre la responsabilidad de un partido político respecto de si el contenido de los materiales publicitarios usados en una campaña rompen o no el equilibrio de la contienda electoral. Sin embargo, esta operación lógica sería deficiente si la ley hubiera excluido la presentación de pruebas periciales en psicología social o en mercadotecnia política.

2) La normatividad epistémica tiene una dimensión tanto descriptiva como normativa. El avance de definición proporcionado podría hacer suponer que la epistemología jurídica es una disciplina puramente normativa. Sin embargo, no es el caso ya que un modelo adecuado de normatividad epistémica requiere estar apoyado en un modelo descriptivo y no ser totalmente tejido en el mundo subjetivo de la especulación.

3) La normatividad epistémica es independiente de la normatividad jurídica. Esto significa que las normas jurídicas que pretenden regular las tareas cognitivas que debe realizar un juzgador para tomar sus decisiones no garantizan que esos procesos satisfagan las condiciones de la normatividad epistémica para la determinación de la verdad. Por ejemplo, cuando en los sistemas del *common law* se indica que los miembros de un jurado deben declarar culpable a alguien sólo cuando hayan alcanzado un estado psicológico *subjetivo* equivalente a "más allá de toda duda razonable". Ello significa que podrían cumplir la ley con base en un razonamiento común, sin haber seguido un razonamiento que pudiera justificar su decisión desde una punto de vista epistémico.

4) En los hechos y en términos generales, los procesos confiables para la determinación de la verdad no siempre han sido incorporados por el derecho procesal. La constante referencia a jueces en el discurso de la epistemología jurídica podría hacer pensar que los procedimientos confiables para la determinación de la verdad están y siempre han estado presentes en los procesos jurisdiccionales, pero no es el caso.

Las decisiones jurídicas sobre culpabilidad[5] o inocencia tienen una historia siniestra de la que dan cuenta prácticas medioevales según las cuales Dios debía interceder para mostrar si alguien era culpable o inocente del delito que se le imputaba. Esto se lograba a través de procesos conocidos como Ordalías, una de cuyas modalidades consistía en meter al presunto responsable en una jaula que se sumergía en aceite hirviendo. Si el sujeto era inocente, Dios haría el milagro de salvarlo y por tanto saldría ileso de la prueba.

Es razonable pensar que el desdén por la determinación de la verdad en las decisiones jurisdiccionales fue producto de una época de superstición y obscurantismo superados, que hoy las cosas operan de manera totalmente distinta y que la determinación de la verdad ocupa un lugar privilegiado en los juicios. Desafortunadamente, no es el caso, y para mostrarlo no hace falta sino referir algunas propiedades de los procesos jurisdiccionales que tienen lugar tanto en la tradición del *common law* como en la tradición romano-germánica.

En ambas familias es frecuente que el estándar para determinar la inocencia o culpabilidad de alguien se exprese mediante términos referidos a estados psicológicos subjetivos de los juzgadores, tales como: "más allá de toda duda razonable", "convicción íntima", "certeza moral", "estar seguros", "altamente probable,[6] "firmemente convencido", "completamente persuadido", "con una conciencia satisfecha",[7] etc.

Asumir que fórmulas de este tipo corresponden a criterios confiables para la justificación de la decisión resulta tan absurdo como sostener que un método confiable para la verificación de hipótesis en la física corresponde a la convicción íntima del físico de que su hipótesis es verdadera.

En el caso del sistema de *common law* se presenta un problema adicional consistente en que la decisión sobre culpabilidad o inocencia es tomada por jurados constituidos por gente común, que por tanto carece de la preparación y experiencia necesarias para el manejo de métodos confiables para la determinación de la verdad.

[5] En este trabajo no se usa la expresión "culpabilidad" en el sentido técnico del derecho penal, sino en un sentido coloquial equivalente a responsabilidad. Las razones de ello son que el trabajo no versa sobre epistemología del derecho penal, sino del derecho en general y, por otra parte, que las referencias a la epistemología del derecho penal se toman del trabajo de Larry Laudan, quien usa la expresión en el sentido propio del derecho anglosajón, tradición en la que la no se sigue la tradición de la dogmática jurídica penal de corte continental europeo y latinoamericano.

[6] *Ibidem,* pp. 32-34.

[7] *Ibidem,* p. 51.

Bueno, podría decir el lector, seguramente que el asunto es diferente en la tradición romano-germánica debido a que los juzgadores suelen ser jueces profesionales. Desafortunadamente tampoco es el caso, debido a que la propia ley suele establecer desequilibrios y obstáculos epistémicos para la determinación de la verdad; los estándares de prueba vagos y subjetivos también están presentes en esta tradición y por tanto los jueces profesionales tampoco toman sus decisiones con base en una normatividad epistémica bien establecida, que en buena medida aún está por definirse por parte de quienes teorizamos sobre la epistemología jurídica.

5) Las reglas que protegen valores epistémicos no son las únicas que regulan las decisiones y conductas de los operadores jurídicos. Al igual que sucede en el terreno de la ciencia, en el derecho los procedimientos epistémicos que pueden hacer confiable la búsqueda de la verdad se encuentran restringidos por reglas que protegen valores no epistémicos. Por ejemplo, en el ámbito científico hay razones morales que limitan la investigación en humanos, restricción equivalente en derecho, a la impuesta por las reglas para la exclusión de evidencia obtenida de manera ilícita.

6) Los hechos sobre los que versa la actividad epistemológica de los operadores jurídicos son constituidos por el propio derecho. A pesar de sus semejanzas con la ciencia, el derecho presenta una propiedad muy particular que complica extraordinariamente la reflexión epistémica: el derecho es el generador de los propios hechos sobre los que versan las creencias cuya verdad o falsedad hay que determinar. Por ejemplo, si es verdadera o no la proposición que afirma que alguien expresó agravios en un juicio de amparo, dependerá de la definición de "agravio" establecida en la ley, interpretada conforma a lo establecido por la jurisprudencia y la narración de las partes. Presentar agravios es un "hecho" que no existiría en el mundo independientemente de las reglas que los establecen, como sí ocurre, por ejemplo, con la caída de los objetos explicada por la teoría de la gravedad.

Una vez aclarados los puntos precedentes, podemos intentar un paso más en la construcción de la definición de "epistemología jurídica".

Con relación al problema de la evaluación epistémica del derecho, Laudan, refiriéndose al derecho penal, pero extensible al derecho en general, afirma:

> Un juicio criminal es, ante todo, una máquina epistémica, una herramienta para desentrañar la verdad de lo que a menudo inicialmente es un confuso conjunto de indicios e indicadores… si esto es así, entonces cabe preguntarse si los procedimientos y

> normas que rigen el juicio son realmente propiciatorios de la verdad… el esfuerzo por responder a esta cuestión constituye lo que ... yo he llamado "epistemología jurídica".[8] La epistemología propiamente concebida, implica tanto: a) un proyecto descriptivo cuyo objetivo es determinar cuáles normas de las existentes frustran la búsqueda de la verdad y b) uno normativo que propone cambio a las reglas existentes para eliminar o modificar aquellas que resulten ser serios obstáculos para la búsqueda de la verdad.[9]

Una distorsión que debe evitarse a toda costa es considerar que el objetivo de Laudan es analizar tal o cual derecho positivo. Una interpretación de este tipo sería incorrecta, pues el célebre epistemólogo no realiza un trabajo de dogmática jurídica. En estricto sentido, cuando se refiere a normas del derecho se está refiriendo a "instituciones" jurídicas plasmadas en normas de derecho positivo. Se ocupa, por ejemplo, de analizar el papel epistémico de la presunción de inocencia y no de las normas que la regulan en determinado(s) código(s) procesal(es).

Llegados a este punto el lector perspicaz podría preguntarse qué sucede con la definición de epistemología jurídica ofrecida al inicio de este apartado, especialmente enfocada a la normatividad epistémica, si se contrasta con la ofrecida por Laudan.

La pregunta es de gran relevancia pues como se verá más adelante a Laudan no le interesa abordar el problema de la normatividad epistémica, o al menos no de manera explícita. Esto lleva a preguntarse: ¿Cómo pretende Laudan que su proyecto, consistente en proporcionar criterios para evaluar los méritos epistémicos del derecho positivo sea exitoso sin ocuparse del problema de la normatividad epistémica?

La respuesta a estas cuestiones quedará más clara en el transcurso de este trabajo. Sin embargo, se puede adelantar que la evaluación del impacto del derecho en la normatividad epistémica no es la única manera de evaluar si satisface o no procedimientos confiables para la búsqueda de la verdad. Ello puede lograrse también analizando los elementos que el derecho permite o prohíbe para que la normatividad epistémica pueda llevarse a cabo exitosamente.

El objetivo teórico de Laudan es proporcionar criterios para identificar, evitar y corregir los desequilibrios y obstáculos epistémicos (efectos contraepistémicos) con los que ciertas instituciones jurídicas pueden afectar la distribución de errores que la sociedad está dispuesta a admitir entre falsos culpables y falsos inocentes.

[8] *Ibidem*, p. 2.
[9] *Ibídem*, p. 3.

En algún sentido la preocupación de Laudan es complementaria de la que tiene lugar respecto de la determinación de la normatividad epistémica en el derecho. Mientras que la normatividad epistémica se preocupa por los procesos cognitivos o razonamiento de los operadores jurídicos necesarios para determinar cuándo es justificado considerar que una creencia en derecho es verdadera, Laudan se preocupa por la forma en que el derecho incide en la las condiciones necesarias (ecológicas) para que esa normatividad se pueda desplegar.

Llegado este punto podemos volver a la definición propuesta anteriormente y leerla con otras gafas que incorporan lo que hemos desarrollado hasta aquí: "Epistemología jurídica" designa a un área de la filosofía del derecho cuyo objetivo es determinar las condiciones que deben satisfacer los procedimientos confiables para la determinación de la verdad en el derecho.

Ahora sabemos que la regulación de dichos procedimientos implica que el derecho incluya instituciones jurídicas (procesales) que i) no produzcan efectos contra-epistémicos, sino que faciliten las condiciones necesarias para que los operadores jurídicos puedan determinar la verdad de los hechos; ii) no interfieran, sino que promuevan, el ejercicio de la normatividad epistémica de los operadores jurídicos; y iii) protejan valores no epistémicos de tal suerte que su protección no imposibilite la determinación de la verdad.

3. *Presupuestos teóricos*

A. *Constructivismo jurídico*

Desde hace varios años mi investigación principal ha versado sobre la elaboración de un nuevo punto de partida en la comprensión del derecho al que he dado en llamar "constructivismo jurídico". Su definición es la siguiente: "Enfoque epistémico cuyo objetivo es actualizar nuestra comprensión de la teoría jurídica, del derecho positivo y de la forma en que éstos inciden en los procesos de construcción social de la realidad mediante agentes e instituciones, y determinar estrategias eficaces de intervención en dichos procesos". El constructivismo jurídico parte de una perspectiva naturalizada que integra supuestos epistémicos, teorías y métodos provenientes de dos disciplinas que están impactando profundamente y de manera

transversal a muchas áreas del conocimiento: las ciencias cognitivas y las ciencias de la complejidad.[10]

El sentido que tiene hablar de actualización se refiere a la necesidad de que el derecho y sobre todo la teoría jurídica respondan a la crisis producida en la filosofía del derecho como consecuencia de las crisis de las dos grandes posturas epistemológicas previas al XX: la epistemología metafísica o especulativa, y la epistemología empirista y su impacto en el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

Más que una teoría, el constructivismo jurídico puede entenderse como la propuesta de nuevas gafas (*weltanschauung)* que permiten explicar al derecho desde una óptica distinta.

Que el constructivismo jurídico parta de un umbral de exigencia de naturalización significa que evita realizar especulaciones que no puedan ser consideradas una continuación de los resultados obtenidos en el terreno de las ciencias cognitivas y de la complejidad.

De manera particular, el recurso a las ciencias cognitivas trata de suplir lo que considero una deficiencia generalizada en la investigación jurídica y en nuestra manera de entender el derecho en general: el hecho de que el derecho tenga como objetivo último la regulación de la conducta humana y los juristas nos hayamos encerrado en una burbuja que nos ha aislado de las actuales explicaciones científicas sobre el binomio entre cognición y conducta.

En ese sentido, el constructivismo jurídico busca poner al derecho en contacto con la ciencia y reformularlo desde ella. Este objetivo implica, además, romper el aislamiento derivado del autoengaño epistémico consistente en creer que el derecho puede ser teorizado únicamente como una cuestión de normas generadas por ciertas instituciones creadas por el derecho mismo.

Una de las finalidades de este trabajo es explorar los alcances explicativos del constructivismo jurídico en el terreno de la epistemología jurídica.

B. *Cognición y realidad*

No es éste el lugar para tratar con detenimiento la crisis del empirismo clásico y el surgimiento del constructivismo como nuevo punto de partida.

Me referiré a dicha crisis de manera tangencial a mi exposición sobre el papel de la cognición en la construcción de los hechos.

[10] Sobre la naturalización en la teoría del derecho véase el trabajo paradigmático: Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

La psicología cognitiva surge como nuevo paradigma frente al conductismo. En términos generales cuenta con dos grandes modelos explicativos de la cognición íntimamente vinculados con la concepción del hombre como procesador de información: uno se inspira en el funcionamiento de la computadora como metáfora teórica y el otro en el funcionamiento del sistema nervioso. Ambos cuentan con respaldo experimental.

La piscología cognitiva ha centrado su atención en el funcionamiento del cerebro y a grandes rasgos muestra que lo que tradicionalmente consideramos como la realidad "dada ahí afuera" es el resultado de la manera en que procesamos la información que recibimos del contexto en el que estamos inmersos.

Dicho brevemente: los colores de la naturaleza, la armonía de la novena sinfonía de Beethoven, los aromas de los perfumes no existen dados "ahí afuera", sino que son el resultado de las transformaciones que realiza nuestra cognición corporeizada y de manera especial el cerebro como resultado de nuestra historia evolutiva como especie.

Con base en lo anterior podría pensarse que pertenecer a la misma clase biológica es condición suficiente para que todos los hombres procesemos la información del entorno de la misma manera. Sin embargo, éste no es el caso: Supongamos que entramos a un laboratorio donde un físico está ante una cámara de burbujas y percibimos las mismas manifestaciones perceptivas visuales que él. Sin embargo, si le preguntáramos qué está haciendo, no nos diría que está contemplando burbujas, sino contando procesos subnucleares, lo que para nosotros carece totalmente de sentido (sólo vemos burbujas). Esto significa que nuestra manera de sistematizar cognoscitivamente la información "bruta" que recibimos del mundo (protones, fotones, ondas acústicas, etc.) no sólo es producto de nuestras características como especie, sino que varía en función de los modelos mentales que hemos desarrollado. Con base en ello es posible afirmar que en la ciencia no es verdad que la realidad determine nuestras teorías, sino que es la interacción entre nuestras teorías, esa información "bruta" y la forma en que la organizamos, lo que asumimos como real.[11]

[11] Sobre la concepción constructivista en el derecho véase Cáceres Nieto, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. El ejemplo de la cámara de burbujas y otros semejantes se pueden ver en las pp. 7-14. Sobre el mismo tema véase Villa, Vitorio, *Constructivismo y teorías del derecho,* presentación de Enrique Cáceres, trad. de Anna Lucía Coppa, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Sobre las distintas áreas de investigación del constructivismo jurídico, véase Cáceres, Enrique, *Justiniano. Un prototipo de sistema experto en materia de derechos humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho,* México, UNAM, 2007.

Llevando esta reflexión al derecho tendríamos el siguiente ejemplo: Empíricamente hablando el mar es sólo mar: olas que van y vienen en un flujo interminable. Sin embargo, los juristas solemos distinguir entre aguas nacionales y aguas internacionales; pero empíricamente, ¿dónde está la línea divisoria? Simplemente no existe, es el resultado de los modelos mentales que en tanto juristas hemos generado a partir del lenguaje plasmado en las normas de los tratados internacionales.

Algunos destacados filósofos del derecho han atacado cierta concepción del constructivismo que, en su concepto, sostiene que las investigaciones científicas son meras construcciones mentales, que la verdad depende de la coherencia entre las proposiciones de la narración y del consenso. Según estos críticos, estos constructivistas "radicales" tratan por todos los medios de no hablar del mundo. En otras palabras, tildan a los constructivistas de nuevos escépticos.[12]

Sin profundizar en ese debate, me permito subrayar que hay otras formas de entender el constructivismo, sustentado en los resultados de la investigación experimental tanto en la biología como en la cognición. Algunos de los autores más representativos a nivel mundial pertenecen a nuestro medio latinoamericano, como es el caso de los chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela.[13] Es decir, al lado del constructivismo criticado asociable a la filosofía posmodernista (como la defendida por Rorty) existe otro tipo de constructivismo fundado en la investigación científica.

No es éste el sitio para profundizar en este constructivismo científico. Por lo tanto, me limitaré a señalar las tesis que caracterizan la versión que suscribo:

1) La sistematización cognoscitiva es situada, es decir, se genera y opera en función de la interacción del organismo con su entorno.

2) La cognición es corporeizada, lo que significa que no ocurre únicamente dentro de la fría caja de la bóveda craneal, sino que involucra al organismo completo. Este punto es relevante porque mucho de la sistematización cognoscitiva ocurre sin participación del consciente.

[12] Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos,* trad. de Daniela Accatino Scagliotti, España, Marcial Pons, 2012, pp. 89-93.

[13] Para una introducción al pensamiento de estos autores véase Maturana, Humberto, *La realidad ¿objetiva o inventada?,* México, Universidad Iberoamericana y Anthropos, 1997; Varela, Francisco, *Conocer. Las ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales,* España, Gedisa, 1990; Maturana, Humberto y Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del conocimiento humano,* España, Debate, 1990.

3) Todo lo que consideramos que es el caso en el mundo es necesariamente mediado por procesos cognitivos. Por su importancia me permitiré desarrollar este punto a partir de un experimento mental: Supongamos que en el futuro ocurre una terrible guerra bacteriológica y como medida preventiva algunos padres dejan a sus hijos recién nacidos dentro de submarinos habilitados para que puedan subsistir por muchos años, en los que pasan los efectos de la guerra. Parte de los elementos con que cuentan estos submarinos son robots-nodrizas programados para cuidar de los niños en sustitución de los padres y enseñarles todo lo necesario para sobrevivir dentro del submarino.

Como nunca estuvieron en contacto con el mar, los niños desconocen cómo es y su único contacto con el exterior es a través de pantallas de radar que monitorean la trayectoria de la nave a través de luces que se encienden en función de su interacción con el entorno. De esta manera, a través de atribuciones causales, el niño N 1 de un submarino que individualizaremos con S1, ha aprendido que existe una probabilidad de 8/10 de que cuando se encienda una luz verde del lado derecho de la pantalla, algo colisione con el submarino y produzca una sacudida de mediana intensidad. También ha aprendido que cuando se enciende una luz amarilla el submarino se detiene por un tiempo prolongado, y así sucesivamente.

Otro de los instrumentos del submarino permite tener comunicación entre los niños de diferentes submarinos. De esa forma N1 se entera de que el equipo de radar de un submarino S2 en el que vive un niño N2 tiene una luz roja con la que no cuenta S1 (S2 es más moderno que S1) y durante su conversación N1 se entera de que también N2 ha aprendido que cuando se enciende la luz verde de S2 tiene una probabilidad de 8/10 de colisionar, pero que cuando se encienden simultáneamente la luz verde y la luz roja (de la que carece S1) el submarino no sufre ninguna turbulencia. A partir de ese momento N1 y N2 celebran un pacto por virtud del cual cada vez que N2 perciba una luz roja se lo comunicará a N1 para que éste no se alarme y no pierda tiempo en actividades preventivas como sería proteger objetos para que no caigan, amarrarse a alguna parte de la cabina de control para evitar lastimarse, etcétera.

Dado que N1 y N2 nunca han tenido contacto con el mundo marino, no es difícil asumir que para ellos el mundo está constituido por luces, turbulencias e inmovilidades pasajeras que permiten relacionar su experiencia con lo que marca el radar.

Por otra parte, el hecho de que los radares de cada uno de los submarinos tenga potencialidades diferentes hace que la manera de entender el mundo por parte de N1 y de N2 tengan ciertas diferencias. No obstante

ello, N1 ha generado un modelo del mundo derivado de la transferencia de conocimiento por parte de N2 (aunque él no pueda ver luces rojas en su propia pantalla) por haber constatado lo que N2 le había dicho respecto de la correlación entre la luz verde de S1, el mensaje de N2 y la ausencia de turbulencias en su propio submarino. Es decir, tiene buenas razones para considerar que la creencia de N2, así como la proposición por la que la afirma, es verdadera.

Lo que pretende ilustrar este experimento mental es la forma en que nuestra comprensión acerca de modelos del mundo está determinada necesariamente por lo que podemos percibir (nuestros órganos de percepción), más los artefactos que nos permiten percibirlo (telescopios, microscopios electrónicos, etc.) y que adquirimos teorías acerca del mundo que incorporamos a las propias a partir de lo que han desarrollado los demás y nuestra propia experiencia.

Entender el mundo en términos de luces y correlaciones con la presencia o ausencia de turbulencias equivale a lo que asumimos es el caso en el mundo a partir de nuestros modelos mentales, convalidados por el hecho de que nos permiten conducirnos en un entorno que, a fin de cuentas, desconocemos "tal cual es".

Si los niños de nuestro ejemplo hubieran tomado un curso de filosofía de la ciencia, habrían aprendido que su modelo mental acerca del entorno no podría ser transferido a como el entorno "*es*", pues constituye una carta de navegación entre muchas otras posibles, pero que en última instancia no requieren de saber "como es el mundo *per se*" para conducirse en él.

De la misma manera que los niños desconocen si el entorno es estático o es dinámico, o si parte de esa dinámica incluye los cambios producidos por el submarino al desplazarse en el mar, desconocemos cómo será ese mar (que algunos consideran estructurado fuera de nosotros) y si esa estructura es estática o es dinámica, o si se modifica en función de la manera en que interactuemos con el entorno a partir de lo que nuestras pantallas de radar nos permiten entender.

A diferencia de la historia y de que quienes estamos fuera de los submarinos sepamos cómo se ve a simple vista el mundo marino, nadie que no esté condicionado por sus propios radares nos podría decir cómo es el mar que va más allá de nosotros mismos.

Para finalizar este inciso, es útil resaltar que una de las causas de algunas de las distinciones en epistemología, y ahora en epistemología jurídica, es resultado de dejar pasar desapercibido que el término "realidad" se usa para denotar tanto al entorno (el mar) que debemos organizar mediante

sistematización cognoscitiva[14] y a la manera en que lo hemos sistematizado en modelos mentales (el mundo entendido como luces y turbulencias). La otra causa es confundir el mapa con el territorio, la teoría con la realidad en el primer sentido referido.

Como ya hemos adelantado, el derecho presenta problemas importantes en lo que respecta a la diferencia entre la realidad como dimensión susceptible de sistematización y la sistematización misma porque a través de sus normas es constitutivo de esa realidad, de los hechos que la constituyen: algo así como si el submarino fuera construyendo el camino al andar. Volveremos sobre esto.

4) Lo que hay "afuera" es información susceptible de múltiples sistematizaciones cognoscitivas con diferentes tipos de funcionalidad. Esta afirmación, íntimamente vinculada con la anterior, se encuentra en la base de lo que podría llamarse un pluralismo epistémico y metodológico que está detrás del hecho de que la dimensión susceptible de sistematización haya podido producir diferentes modelos a lo largo de la historia, susceptibles de ser descartados como falsos únicamente mediante un proceso de inducción retrospectiva.

En la filosofía tendría un equivalente correspondiente a la diversidad de tradiciones filosóficas y en el derecho a distintas teorías dogmáticas enmarcadas bajo distintas "escuelas".

5) No toda sistematización cognoscitiva tiene el mismo valor epistémico: algunas son obtenidas mediante métodos confiables para la determinación de la verdad y proporcionan modelos útiles acerca de lo que podemos considerar es el caso en el mundo. Otras, como es el caso de los mitos, son producto de sistematización cognoscitiva meramente especulativa. Una medida del éxito epistémico de unas sistematizaciones sobre otras radica en la manera en que unas nos permiten manipular "al mundo". Por ejemplo, si una sistematización cognoscitiva correspondiente a una teoría en investigación biomédica es exitosa, permitirá constatar que los micro-organismos objeto de investigación pueden ser destruidos o neutralizados y por tanto los pacientes que eran víctimas de su infección ser curados.

Cuando este tipo de interacción ocurre se suele decir que se ha descubierto algún aspecto previamente oculto acerca del mundo. Pensar de esta manera implica trasladar al mundo la sistematización correspondiente a la teoría, lo cual es equivocado. El que una teoría nos permita organizar la información del entorno de cierta manera funcionalmente útil no significa

[14] La expresión "sistematización cognoscitiva" se toma de: Rescher, Nicholas, *Sistematización cognoscitiva*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1981.

que corresponda a la manera en que el mundo de ahí afuera está estructurado, error del empirismo clásico, hoy considerado ingenuo.

6) La determinación de lo que cuenta como verdad tiene lugar en comunidades epistémicas (por ejemplo, las científicas), cuyos miembros comparten los mismos procedimientos confiables para la determinación de la verdad. Es decir, la verdad no es el producto de un mero consenso, sino una empresa social en la que se ejerce un control intersubjetivo entre los miembros de la propia comunidad. Es esto lo que está en la base de la discusión científica en las revistas especializadas o en los congresos internacionales.

7) Es compatible ser epistémicamente constructivista y metodológicamente empirista. Es decir, es posible suscribir que lo que entendemos como realidad es siempre un constructo y al mismo tiempo asumir que hay formas de sistematización cognoscitiva privilegiadas, como es el caso de los métodos científicos.

Como se verá más adelante, estas consideraciones serán de gran relevancia para entender la epistemología jurídica de distintas formas. Por ejemplo, podemos entender ahora el problema de la determinación de la normatividad epistémica en el derecho como un problema consistente en determinar reglas de sistematización cognoscitiva confiables para la determinación de la verdad en el derecho. De igual forma, resulta relevante para una adecuada conceptualización de los hechos jurídicamente relevantes sobre los que versa precisamente el problema de la verdad.

C. *Ciencias de la complejidad, auto-organizatividad y emergencia*

El término "auto-organizatividad" denota la propiedad de ciertos sistemas consistente en que sus elementos constitutivos se organizan "por sí mismos", i.e., sin la participación de un controlador central.

El término "emergencia" denota la propiedad de sistemas auto-organizativos consistente en generar un cambio radical en la dinámica de sistema para dar lugar a otro distinto sin que se puedan rastrear en el sistema inicial las propiedades del sistema emergente.

Por ejemplo, el cloro y el sodio considerados aisladamente son tóxicos para el hombre. Sin embargo, juntos pierden su toxicidad y la ausencia de toxicidad no puede encontrarse en las substancias por separado. Es lo que subyace a la conocida expresión que dice que el todo es más que la suma de las partes.

Un ejemplo de sistema auto-organizativo y emergente es el de las hormigas. Cada hormiga individualmente considerada es un agente estúpido. Sin embargo, de su auto-organizatividad emerge inteligencia colectiva. Curiosamente, lo mismo sucede con nuestro sistema nervioso ya que cada neurona es un agente estúpido de cuya auto-organizatividad emerge inteligencia.

D. *Reglas regulativas y reglas constitutivas, hechos brutos y hechos institucionales*

Como se ha indicado en otra parte, a pesar de sus semejanzas con la ciencia, la epistemología jurídica enfrenta problemas diferentes derivados de que los hechos jurídicos sobre los que habrá de versar la determinación de la verdad o falsedad no están en el mundo de la misma manera que los fenómenos que estudia un físico, sino que son generados desde el propio derecho. De profundizar en esta idea me ocupo a continuación.

Según el influyente filósofo John Searle,[15] es posible distinguir ciertos hechos "brutos" cuya existencia es independiente de cualquier regla o norma que los constituya. Por ejemplo, supongamos que se inaugura una nueva terminal de taxis y siguiendo una costumbre social para contextos similares, la gente hace una fila para subir en el orden de llegada a la parada.[16]

Este hecho preexiste a cualquier regulación mediante reglas explícitas. Sin embargo, aunque excepcionalmente, también existe gente abusiva que suele no respetar el orden de la fila y se mete delante de la posición que le corresponde aprovechando cualquier descuido.

Ante esta situación, la administración de la terminal de taxis decide poner un sistema de fichas numeradas y un inspector que dé acceso a los autos en estricto orden de numeración progresiva.

En este caso, el hecho bruto consistente en "hacer fila" preexiste a la regulación mediante fichas e inspector. El mismo hecho es regulado posteriormente, sin que dicha regulación haya sido una condición para la existencia del hecho. A este tipo de reglas encargadas de regular hechos preexistentes, Searle los denota con la expresión "reglas regulativas".

Sin embargo, hay hechos cuya existencia únicamente puede tener lugar a condición de haber sido constituidos por reglas. Es el caso del ajedrez, donde la posibilidad de ver en el mundo un jaque mate presupone necesa-

[15] Véase Searle, John, *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1980.

[16] El ejemplo está inspirado en uno de Neil MacCormick expuesto en: MacCormick, Neil, *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*, Inglaterra, Oxford University Press, 2007.

riamente las reglas que crearon el juego. Dicho en otros términos, los hechos ajedrecísticos no existen en la naturaleza como las manzanas o las piedras, sino que son creados mediante actos lingüísticos, a través de reglas. A hechos como los ajedrecísticos, Searle los denota con la expresión "hechos institucionales", y a las reglas que los generan con "reglas constitutivas".

La función constitutiva de este tipo de reglas tiene importantes consecuencias. Entre ellas:

1) Son condiciones de pensabilidad de los hechos institucionales: sólo puedo pensar en un jaque, enroque o jaque mate porque existen las reglas del ajedrez.

2) Son condiciones de existencia de los hechos institucionales en el mundo: sólo es posible identificar en el mundo un movimiento válido de ajedrez (mover la reina en diagonal varias casillas) y distinguirlo de uno inválido (mover la torre en diagonal), o identificar cuando se ha realizado un jaque mate, gracias a las reglas del juego.

3) Son condiciones de verdad de las proposiciones que describen los hechos institucionales: la proposición "Ricardo ha realizado un jaque mate" es verdadera, sólo si Ricardo ha conseguido una distribución de piezas en el tablero que imposibilita el rescate del rey. La proposición sería falsa si, por ejemplo, en vez de tratarse de un jaque mate, se tratase de un simple jaque que puede ser resuelto en el siguiente movimiento por parte del contrincante de Ricardo.

4) Son condiciones de evaluación: sólo es posible evaluar una jugada por la preexistencia de las reglas constitutivas del ajedrez.

5) Son condiciones de explicación: sólo es posible explicarse por qué A realizó cierta jugada en función de las reglas del juego.

6) Son condiciones estratégicas y por tanto teleológicas: los razonamientos realizados por ambos jugadores con el fin común de ganar la partida sólo tienen sentido por la existencia de las reglas del ajedrez.

La distinción entre ambos tipos de reglas y hechos es de particular relevancia para el derecho, dado que las normas jurídicas y los hechos jurídicos corresponden a la categoría de reglas constitutivas y hechos institucionales, respectivamente. Desde luego, las consecuencias de la constitutividad enumeradas previamente también se siguen para el derecho.

Dos ejemplos podrán ayudar a esclarecer lo que quiero decir:

Ejemplo 1. Supongamos que en un momento de su historia, un país enfrenta una profunda crisis económica y en consecuencia el reino necesita

más recursos para poder operar. Como estrategia, la legislatura correspondiente incluye dentro de la legislación fiscal un nuevo impuesto: el impuesto sobre la tenencia de ventanas.

El impuesto está vigente durante varios años, período durante el cual es posible lo siguiente:

(i) Encontrar en el mundo hechos ilícitos consistentes en el delito de evasión del pago del impuesto sobre ventanas.
(ii) Pensar en el delito de evasión del pago del impuesto sobre ventanas de manera abstracta, por ejemplo en las clases de derecho fiscal.
(iii) Emitir proposiciones descriptivas que afirmen que cierto sujeto cometió el delito de evasión del pago del impuesto sobre ventanas, mismas que pueden ser verdaderas o falsas (problema que será dilucidado en tribunales).
(iv) Evaluar si el cobro del impuesto es o no equitativo.
(v) Explicar la razón por la cual el vecino tuvo que pagar una cuantiosa multa.
(vi) Determinar estrategias para reducir el pago del impuesto sin que ello implique evasión por parte de los despachos de abogados fiscalistas.

De todas estas consecuencias nos centraremos aquí básicamente en dos: las reglas constitutivas como condiciones de existencia de hechos institucionales y como condiciones de verdad de las proposiciones que los describen.

La función constitutiva de la regla que establece el impuesto y el consiguiente delito de evasión hace que durante su vigencia sea posible encontrar hechos institucionales consistentes en la evasión del impuesto. De igual manera tiene sentido discutir acerca de si es verdadera o falsa una proposición que afirma que alguien cometió ese delito fiscal.

Con los años, la crisis económica es superada y consecuentemente la norma constitutiva del delito de evasión fiscal por la falta de pago al impuesto sobre ventanas es derogada.

El papel que el derecho juega en los procesos de construcción de la realidad se hace evidente en este caso, pues a pesar de que en el mundo sigan existiendo las mismas ventanas, después de la derogación, es imposible encontrar en el mundo un hecho constitutivo del delito de evasión por falta de pago del impuesto sobre ventanas. Es decir, las ventanas han dejado de ser un observable desde los esquemas jurídicos en tanto que son parte del

hecho imponible. Ello significa, por otra parte, que cualquier proposición descriptiva que afirme que alguien comete ese delito es falsa.

La constitutividad de las normas jurídicas es un tema que se presta a debates interesantes. Por ejemplo, alguien podría afirmar que las normas jurídicas no son constitutivas, sino regulativas ya que lo único que hacen es regular una realidad social preexistente.

El siguiente ejemplo nos ayudará a esclarecer este punto:

Ejemplo 2. Desafortunadamente durante toda la historia del hombre siempre ha habido algunos que privan de la vida a otros. Como es bien sabido, el derecho emplea el término técnico "homicidio" para referirse a estos hechos delictivos.

Con base en lo anterior, alguien podría sostener que lo único que hace el derecho penal es regular el hecho bruto (en todos los sentidos de la palabra "bruto") consistente en privar de la vida a otro, mediante reglas regulativas.

Sin embargo, vistas las cosas con detenimiento, resulta que en el terreno del derecho se distingue entre parricidios, infanticidios, homicidios dolosos, homicidios culposos, etc. Es decir, "para efectos jurídicos" el privar de la vida a otro constituye un homicidio sólo porque así lo han determinado las normas del sistema.

Si por alguna extraña razón en algún sistema jurídico se derogaran las normas constitutivas del delito de homicidio, "jurídicamente hablando" sería imposible encontrar homicidios en el mundo.

Por otra parte, casos como el anterior no constituyen la regla, sino más bien la excepción en el derecho. Piénsese por ejemplo en cuáles podrían ser los hechos brutos meramente regulados que preexistieran a las normas que establecen figuras jurídicas como la caducidad de la instancia, el amparo directo, la tácita reconducción, etc. Simplemente, no preexiste nada.[17]

[17] Al respecto resulta interesante analizar críticamente la forma en que los penalistas aluden a las normas penales como aquellas que "describen" al tipo penal, como si el tipo penal preexistiera a la norma y esta únicamente diera cuenta de ello. Independientemente de que como hemos visto la descripción no es una función normativa, para poder describir algo es una condición necesaria la existencia del objeto a describir, pero ¿qué preexiste a la norma penal? Simplemente… nada. Las normas penales, al igual que las demás normas jurídicas, son constitutivas. Esta arraigada forma de pensar entre algunos penalistas, está basada en supuestos esencialistas de origen platónico que llevan a conclusiones absurdas: Si los tipos preexisten a las normas ¿qué se agrega al sistema normativo legislándolos?, ¿cuántos preexisten qué no han sido descritos?, ¿cómo los conozco a todos y con qué criterios "describo"

La relación entre reglas constitutivas y hechos institucionales jurídicos está íntimamente vinculada con las consideraciones constructivistas hechas previamente. Ahora queda claro lo que significa sostener que, a diferencia de lo que ocurre en la ciencia (o al menos algunas de ellas), donde los hechos tienen lugar independientemente de las teorías, en el caso del derecho los hechos institucionales jurídicos no pueden preexistir, en tanto jurídicos, previamente a la costitutividad de las reglas. En el caso de la ciencia, gracias a nuestras propiedades biológicas *vemos* caer manzanas de los árboles como producto de una sistematización cognoscitiva de primer orden, mucho antes del desarrollo de la teoría de la gravedad (sistematización cognitiva de segundo orden). Posteriormente la misma manzana es comprendida como un objeto atraído por la fuerza de gravedad. Sin embargo, en el mundo del derecho no hay tácitas reconducciones o preterintencionalidades previas al efecto constitutivo de las normas jurídicas que sean equivalentes a las manzanas del ejemplo anterior.

Esta propiedad del derecho marca una diferencia importante porque la determinación de la verdad presupone hechos institucionales jurídicos generados a partir de la constitutividad normativa.

III. El proceso judicial como sistema de hechos institucionales: una visión panorámica

Generalmente el foco de atención de los trabajos sobre epistemología jurídica se centra en los problemas relativos al RAZONAMIENTO JUDICIAL.

Aquí se asume un enfoque distinto conforme al cual la determinación de la verdad es resultado de un proceso sistémico en el que interactúan diversas clases de sujetos y operadores jurídicos constituidos por el derecho.[18]

Este sistema del cual depende el éxito o fracaso en la determinación de la verdad opera en una dimensión multinivel.

Uno de esos niveles está constituido por elementos extrajurídicos que corresponden a la normatividad epistémica, que debe orientar los procesos

---

a unos en las leyes y a otros no? Y lo que es peor: si preexisten a las normas ¿qué se deroga cuándo se derogan sus "descripciones"?

[18] Para una introducción a la concepción sistémica del derecho véase Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI,* prólogo a la edición México-Argentina de Enrique Cáceres, México-Argentina, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-LExisNexis, 2006; Cáceres, Enrique, *Hacia un modelos de institución nacional para la promoción y protección de los derechos humanos del siglo XXI,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.

cognitivos de los operadores jurídicos al determinar la verdad de los hechos.

Otro nivel corresponde a las instituciones jurídicas y al derecho positivo.

Un tercero a la operatividad práctica de los operadores jurídicos y que incluye factores tales como la cultura organizacional de las instituciones legales (por ejemplo, la cultura de la corrupción), carencia de recursos materiales, falta de capacidad para satisfacer la demanda de casos por resolver, etc.

La correcta operación de un proceso confiable para la determinación de la verdad en buena medida depende del grado de coherencia entre estos tres niveles. Por ejemplo, podría suceder que se contara con un buen modelo de normatividad epistémica para la determinación de cierto tipo de hechos jurídicamente relevantes, pero que el derecho positivo contuviera reglas contra-epistémicas que imposibilitaran decidir con base en dicha normatividad, como sucede cuando se indica a los jueces el peso que deben conceder a ciertas pruebas con independencia del caso o el valor de verdad que deben conceder a una presunción. También podría suceder que el derecho positivo contuviera una normatividad epistémicamente correcta, pero que en la práctica esas normas fueran ineficaces, como podría suceder cuando se cuenta con una adecuada regulación de la cadena de custodia de las pruebas que, no obstante, no es observada por investigadores y operadores jurídicos negligentes o corruptos.

Esta descripción deja clara de la enorme cantidad de problemas que deben ser superados para que la determinación de la verdad y la alta probabilidad de errores que pueden ocurrir durante el proceso.

En lo que sigue dejaré de lado las fuentes de errores que pueden ocurrir en la práctica y me conllevará a realizar una caracterización teórica sobre el derecho como sistema de normas y de la normatividad epistémica de los operadores jurídicos.

1. *Las fases del proceso*

Independientemente de las propiedades de cada sistema jurídico, las fases de que se componen dichos procesos comprenden una etapa de instrucción que corresponde al acopio de los "insumos" que habrán de ser procesados y que son, básicamente, fundamentos normativos, narraciones de hechos, proposiciones aseverativas de hechos, hipótesis y ofrecimiento de pruebas.

Una segunda etapa se caracteriza por el procedimiento probatorio correspondiente a lo que se conoce como la audiencia.

Finalmente tiene lugar la fase deliberativa que concluye (o debería concluir) con la determinación sobre la verdad o falsedad de la o las proposiciones a probar (*probandum*) como base de la decisión final.

Retomando la idea del proceso como una dimensión multinivel y dejando de lado el problema de los errores en la práctica, se puede sostener que el derecho positivo, e incluso la normatividad epistémica, funcionan como andamios que sirven como trazos o directrices generales de los procesos auto-organizativos y emergentes que van configurando cada caso desde el inicio hasta su fin. Es esta característica, propia de los sistemas complejos, la que subyace a la afirmación de que "cada caso es único".

Una propiedad de los procesos jurídicos que suele ser señalada como característica del derecho con respecto a otras áreas de determinación de la verdad, es que el derecho establece tiempos predeterminados para agotar las fases del proceso, obliga a los operadores jurídicos a decidir a favor de alguno de los contendientes y constitutivamente da fin a los procesos mediante la institución de la cosa juzgada.

Como se ha indicado previamente, los problemas centrales que debe contestar la epistemología jurídica giran en torno a tres grandes ejes: 1) la determinación de la normatividad epistémica; 2) el análisis y corrección de instituciones jurídicas con efectos contra-epistémicos; y 3) la determinación del equilibrio entre la protección de valores no epistémicos y valores epistémicos.

En lo que sigue se hará una presentación panorámica de los conceptos que caracterizan a la epistemología jurídica, como paso previo a abordar, aunque sea brevemente, las tres problemáticas apuntadas. Para tales efectos analizaremos por separado cada uno de los elementos del sistema.

2. *Los participantes en el proceso*

Es frecuente que en los trabajos de epistemología jurídica se centre la atención en las partes litigantes y en el órgano juzgador.

Sin embargo, los procesos tendentes (o que deberían ser tendentes) a la determinación de la verdad suelen depender de muchas variables que incluyen a diversas clases de sujetos normativos y operadores jurídicos diferentes a las partes litigantes y al juzgador. De la actuación en cada uno de los respectivos "roles" de estos sujetos depende el éxito final del proceso completo.

Por ejemplo, en materia penal el trabajo realizado por el fiscal (o ministerio público) es fundamental para la coordinación del proceso de investigación. Sin embargo, la eficiencia de su aportación no sólo depende de

cómo se conduzca él mismo, sino también de la eficiencia, sagacidad y honestidad de los policías encargados de realizar las pesquisas. Asumiendo que la recolección de los indicios y pruebas en la escena del crimen fue exhaustiva (por ejemplo en un homicidio) y la cadena de custodia respetada, dichas pruebas serán más o menos útiles dependiendo del tratamiento que se dé a cada una de ellas por los especialistas en las distintas disciplinas forenses involucradas en el caso (asumiendo que se cuenta con servicios forenses suficientes en cantidad y calidad).

En algunos procesos, también de carácter penal, los operadores jurídicos encargados de determinar las pruebas que habrán de ser admitidas y cuáles no, ya sea en función de lo que establece la ley, o por su relevancia en el caso concreto, son distintos a los que realizan la deliberación sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados por las partes. Si el primer operador jurídico considera no relevante una prueba que sí lo era, o si la ley evita la admisión de pruebas importantes para la determinación de la verdad para cierto tipo de casos, el resultado de la deliberación de los juzgadores que toman la decisión final será totalmente distinto. Desde luego que esto se complica notoriamente si se considera la actuación de las instancias superiores y las cadenas de revisión sobre el trabajo realizado por juzgadores de jerarquía inferior.

Si bien el derecho penal es especialmente útil para ejemplificar la propiedad sistémica de los procesos jurídicos, ésta se encuentra presente en prácticamente todos los procesos. Piénsese por ejemplo en el papel de los fedatarios en el derecho civil, los terceros interesados, etc.

Centrando la atención en el subsistema integrado por las partes directamente involucradas: actor, demandado y juez, se ponen de manifiesto otras propiedades sistémicas.

A. *Las partes contendientes*

Las partes suelen perseguir intereses distintos a los epistémicos.[19] Su interés es ganar el caso y para ello tratan de presentar los elementos que les resulten favorables. Es esta actitud la que subyace a acciones tales como la preparación de testigos, la comparecencia de testigos falsos, el ocultamiento de pruebas, la contratación de servicios periciales sesgados, etc. Este tipo de situaciones son un buen ejemplo de las áreas en que la epistemología es útil para proponer mecanismos para entenderlas.

[19] Sobre este punto véase Ferrer, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 57.

B. *Los juzgadores*

Evidentemente, la parte central del trabajo epistémico corresponde al o los operadores jurídicos que deben tomar la decisión sobre la verdad de los hechos.

Como se ha dicho precedentemente, estos operadores suelen agruparse en dos clases fundamentales: 1) jurados y 2) jueces profesionales. Como también se ha indicado, ambos presentan el inconveniente epistémico consistente en una falta de criterios objetivos sobre las condiciones que deben ser satisfechas para determinar que una creencia sobre hechos jurídicos se puede tener por verdadera (estándar probatorio). Esto se debe a que las instituciones jurídicas de derecho procesal suelen exigir criterios subjetivos como estándar de prueba, tales como la convicción íntima, más allá de toda duda razonable, etc.

En el caso de los jurados el problema es más acentuado pues además de estar constituidos por personas comunes, sin entrenamiento epistémico alguno, se desempeñan como parte de procesos de carácter meramente ritual donde la determinación de la verdad resulta irrelevante.[20] En sistemas normativos de este tipo, tiene un peso decisivo un factor ideológico ligado con la creencia de que es democrático que el pueblo sea quien juzgue al pueblo. Este tipo de sistemas, además, recrudece la falta de control intersubjetivo y racional de las deliberaciones del jurado debido a que éstas ocurren a puerta cerrada. Por otra parte, privilegia la teatralidad, la retórica y la manipulación emocional y del sentido común por encima de la argumentación y el ejercicio racional.

Investigaciones en el terreno de la psicología muestran que los jurados deciden con base a la "mejor historia" contada por las partes, más que sobre los méritos epistémicos del caso.

De conformidad con lo anterior, si las partes tienen finalidades distintas a las epistémicas, y en ocasiones abiertamente contra-epistémicas, el papel del juzgador como órgano que persigue la verdad es fundamental. Para ello es necesario que el derecho positivo le brinde la libertad necesaria para la determinación de las pruebas necesarias para corroborar las hipótesis presentadas por las partes e incluso para probar una hipótesis distinta a la expuesta por ellas que él considera plausible. Esta propuesta frecuentemente es atacada con el argumento simplón de que se corre el riesgo de permitir que el juez sea a la vez parte. Sin embargo, esta objeción pertenece al nivel de los vicios de la práctica de los cuales no nos estamos ocupando.

[20] Sobre este tema véase Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos,* 2a. ed., trad. de Jordi Ferrer, España, Trotta, 2005, p. 81.

Para concluir este epígrafe, un aspecto de sumo interés que frecuentemente pasa desapercibido corresponde a las consecuencias epistémicas de las decisiones colegiadas, donde las reglas de racionalidad operan de manera diferente a como sucede con un juzgador individual. Desafortunadamente no es éste el espacio en el que se pueda abordar tan importante problema.

3. *Modelos mentales*

A. *Conceptualización*

El término "modelo mental" es usado por primera vez por Kenneth Craik en 1943.[21] Algunas definiciones de la expresión son: "representaciones mentales del mundo real o situaciones imaginarias"; "representaciones de la realidad que la gente usa para comprender un fenómeno específico"; "representaciones psicológicas del mundo real o situaciones hipotéticas o imaginarias"; "explicación acerca de los procesos de pensamiento de alguien acerca de la forma en que funciona el mundo real"; "modelos declarativos acerca de la forma en que está organizado el mundo y muchos contienen conocimiento general o abstracto y casos concretos".[22]

Todos tenemos modelos mentales acerca del mundo en el que vivimos, acerca de la historia patria, sus héroes y sus episodios; de lo que es una catedral gótica o, más específicamente, Notre Dame; de la distribución de los espacios en nuestra casa, etc. Los modelos mentales son las cartas de navegación que determinan la manera en que interactuamos con el mundo y los demás.

Las teorías científicas también son modelos mentales de carácter abstracto que permiten comprender, predecir y manipular el mundo.

Modelos de esta clase son, más que un estado, un proceso continuo de acoplamientos estructurales entre esquemas abstractos y experiencias:[23]

[21] Craik, Kenneth, *The Nature of Explanation* (Cambridge University Press, 1943).

[22] Van Merriënboer, J.J. G., Clark, R.E., & De Croock, M.B.M, "Blueprints for Complex Learning: The 4C/ID-model". *Educational Technology, Research and Development*, vol. 50, núm. 2, 2002, pp. 39-64.

[23] Peñalosa, E. y Castañeda, S. "El Análisis Cognitivo de Tareas, Base para el Diseño de Instrumentos de Evaluación en el Aprendizaje en Línea". *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 162-185. (*http://www.rinace.net/riee/numeros/vol2-num1/art9.pdf*), y Castañeda, S., "A Cognitive Model for Learning Assessment." *International Journal of Continuing Engineering Education and Life-long Learning*, vol. 12, núm. 1-4, pp. 94-106.

> *Modelos mentales*. Los modelos mentales son representaciones declarativas de cómo está organizado el mundo y pueden contener tanto conocimiento general, abstracto como casos concretos que ejemplifican ese conocimiento. Así, los modelos robustos permiten tanto el razonamiento abstracto como el basado en casos.[24]

Es posible distinguir diferentes clases de modelos mentales: modelos mentales conceptuales, estructurales, causales y mixtos:

> Los modelos mentales pueden ser vistos desde distintas perspectivas y pueden ser analizados como modelos conceptuales, modelos estructurales o modelos causales. Primero, los modelos conceptuales (*¿qué es esto?)* se centran en cómo las "cosas" están interrelacionadas y permiten la clasificación o descripción de objetos, eventos o actividades… Segundo, los modelos mentales estructurales (¿cómo está organizado esto?) describen cómo están relacionados entre sí planes para alcanzar objetivos particulares. Los planes se pueden distinguir en scripts (lo que pasa, ¿cuándo?) que se centran en cómo los acontecimientos se relacionan en el tiempo y ayudan a entender y a predecir comportamiento, y en módulos o plantillas (¿cómo está constituido esto?) que se centran en cómo los objetos están relacionados en el espacio… Tercero, los modelos causales (¿cómo funciona eso?) se centran en cómo principios se afectan mutuamente y ayudan a interpretar procesos, dar explicaciones de los acontecimientos y a hacer predicciones… [25]

B. *Modelos mentales de sentido común*

Parte de nuestras propiedades cognitivas naturales implican reglas de procesamiento de información de sentido común que genera modelos mentales que no son validados epistémicamente. Son lo que soportan las supersticiones, las leyendas, los mitos, etc. En otras palabras, las representaciones sociales comunes y corrientes.

Algunos autores suelen confundir estos modelos mentales con las narraciones que se generan a partir de ellos en los procesos de comunicación que tienen lugar en los procesos jurídicos. La diferencia es relevante ya que narraciones y modelos mentales constituyen objetos de estudio diferentes, que requieren ser abordados con metodologías distintas, con finalidades teóricas diferentes. Mientras que la narración es estudiada mediante técnicas de análisis del discurso, los modelos mentales lo son mediante el análisis de tareas cognitivas. De las narraciones nos encargaremos más adelante.

Los modelos mentales de sentido común constituyen lo que Schauer refiere como una "Sopa" compuesta de *scripts* (tramas), estereotipos y generalizaciones sin soporte estadístico, *i. e.*, tienen su base en creencias no justificadas.[26]

[24] Van Merriënboer, J. J. G. *et al. op. cit.*, p. 48.
[25] *Idem.*
[26] Frederick Schauer referido por Taruffo en Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 11, pp. 73 y 74.

Según Tarufffo, este *stock of knowledge*, como él le llama, invita a la cautela, ya que buena parte del mismo no contiene conocimiento sino mitos, prejuicios, generalizaciones sin soporte alguno y está lejos de ser un conjunto claro, ordenado y coherente de conocimientos. En él existen infinitas cosas que se contradicen. Del mismo *stock* se pueden extraer materiales distintos, construir un número indeterminado de historias diferentes y está sujeto a rápidas variaciones en el tiempo.[27]

Por otra parte, pensar en un solo stock es una abstracción ya que distintos contextos culturales tienen su propio stock en cierto tiempo y distintas culturas pueden coexistir en el mismo lugar.[28] Algunos son hegemónicos y producen el efecto de imponer como normales situaciones, comportamientos y criterios de valoración que se prestan a manipulaciones.[29]

C. *Modelos mentales y normatividad epistémica*

Como se indicó anteriormente, las teorías y explicaciones científicas también son modelos mentales. Sin embargo, a diferencia de los de sentido común, son obtenidos a partir de la normatividad epistémica que rige a la actividad científica. Una nota importante de los modelos mentales científicos es que su elaboración y uso pueden y deben realizarse al margen de los modelos mentales de sentido común.

En lo que respecta al derecho, como se ha dicho, parte de los objetivos de la epistemología jurídica es la determinación de la normatividad epistémica que debe regir a la elaboración de modelos mentales acerca de lo que fue, es o será el caso en el mundo. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en la ciencia, en el derecho no es posible desactivar del todo los modelos mentales de sentido común ya que el derecho tiene que ver con la vida cotidiana. Esta situación suele tener efectos perniciosos cuando los jueces toman sus decisiones incorporando sus modelos de sentido común o teorías implícitas. Por ejemplo, en materia de divorcio pueden incidir las creencias del juzgador acerca del rol que debe jugar la mujer en el matrimonio, o en un caso de robo sus generalizaciones acerca de la relación entre nivel económico bajo y la predisposición a robar.

Definir la interacción entre ambos tipos de modelos, el de sentido común y el técnico, es un problema de suma importancia y prácticamente desatendido. En algún sentido el propio derecho positivo genera la necesi-

[27] *Ibidem.* p. 77.
[28] *Ibidem.* pp. 77 y 78.
[29] *Ibidem.* p. 78.

dad de integrar ambos tipos de modelos de mundo cuando impone a los juzgadores la obligación de decidir con base en "máximas de la experiencia". Estas "máximas de la experiencia" pueden referirse tanto a los modelos mentales de sentido común que corresponden a representaciones sociales abiertas o a las generalizaciones, estereotipos, etc. surgidos en la expeexperiencia judicial. Por ejemplo, la generalización de cierto nerviosismo como revelador de un testigo es falso.

Por otra parte, el problema de la incidencia epistémica de los modelos mentales de sentido común va más allá de los juzgadores y tiene que ver con la propiedad sistémica del proceso referida previamente, pues todos los participantes en el proceso cuentan con sus propios modelos mentales de sentido común. Investigaciones empíricas han mostrado la tendencia de la policía a detener a personas de ciertas extracciones socioeconómicas como sospechosos de un delito. Desde luego tener como punto de partida en un caso a un detenido por corresponder a un estereotipo incrementa el riesgo de sentenciar a un falso culpable al final del proceso.

La determinación del papel que deben jugar los modelos mentales de sentido común adquiere relevancia especial en un contexto en el que el POSITIVISMO JURÍDICO está en crisis y cada vez se insiste más en la "humanización" de los operadores jurídicos.

4. *Narraciones y verdad en el derecho*

Generalmente el proceso inicia con una demanda o denuncia en la que se afirma que ciertos hechos ocurrieron en el mundo en una secuencia temporal determinada. Inicia con una narración de hechos a la que corresponde una narración diferente por la contraparte.

La relación entre la construcción de la narración y lo referido previamente sobre constitutividad en el derecho es muy importante, ya que para que tenga sentido jurídico, la narración no habrá de versar sobre cualquier clase de hecho, sino sobre los hechos institucionales jurídicos relevantes al caso. Por otra parte, para ser admisibles las narraciones deben ser verosímiles, entendiendo por "verosímil" "aquello que se corresponde con el funcionamiento normal de las cosas".[30]

Respecto de la relación entre verosimilitud y verdad es conveniente aclarar que lo que es verosímil puede ser falso y lo que no es verosímil verdadero.[31]

[30] Taruffo, Michele, *op. cit.*,nota 19, p. 505.
[31] *Ibidem,* p. 506.

La narración de hechos está íntimamente vinculada con lo referido previamente respecto de modelos mentales:

> …no existe una narración descriptiva, pasiva, abstracta o neutral, las narraciones son siempre construidas por sus autores, construyen su versión de la realidad, dan forma a la realidad.[32]

Sin embargo, la construcción de narraciones en derecho adquiere una propiedad adicional ya que como se ha dicho precedentemente las narraciones de las partes en el proceso están sesgadas por su interés en ganar el caso, lo que incide en la selección de la información a partir de la cual construir la narración, el ocultamiento de ciertos hechos, etc.

La narración, como punto de partida del proceso, puede estar condicionada por el derecho positivo como sucede cuando exige cierta estructura para las demandas y contestaciones de demanda. Por ejemplo, cada hecho debe ser expuesto de manera independiente y relacionado con las pruebas que lo soportarán, etc.[33]

A la narraciones de las partes, se van sumando otras narraciones por parte de otros sujetos que intervienen en el proceso. Por ejemplo, las declaraciones de los testigos, el parte de la policía, etc. Con respecto a los testigos, en función del sistema jurídico en cuestión, las testimoniales pueden ser una exposición estructurada o el resultado de un rompecabezas que se va armando a partir de las respuestas de los testigos al interrogatorio que tiene lugar durante la audiencia.[34]

En otro tipo de procesos, la narración de lo que ocurrió no es el producto de una exposición fluida, sino que se va construyendo a partir de los elementos que surgen durante el proceso de investigación, como ocurre en el caso de descubrimiento de un cadáver y la narración derivada de la reconstrucción por parte de los investigadores.

Con base en lo anterior, es claro que el proceso adquiere la dimensión de un sistema dinámico y evolutivo en el que la interacción entre los modelos mentales de los participantes, que genera una serie de acoplamientos estructurales que el juzgador deberá ir adaptando con base en la dialéctica y dialógica del caso, hasta llegar a la clausura de sus procesos cognitivos y tener un modelo mental de lo que fue el caso en el mundo y por tanto determinar si puede considerar como verdadera alguna de las versiones de las partes o, incluso, una distinta generada por él.

[32] *Ibidem*, p. 67.
[33] Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 11, p. 60.
[34] Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 11, p. 63.

Un aspecto relevante al momento de considerar las narraciones es que el hecho de tener una buena historia, coherente, clara, bien articulada, etc. no es garantía de que sea verdadera, pues puede haber narraciones coherentes y falsas.[35] Esta propiedad de las narraciones es tomada como blanco para realizar un ataque indirecto a las teorías de la verdad de corte coherentista que señalan que la verdad de una proposición es el resultado de su coherencia respecto del sistema proposicional en que se inserta.

En relación a los distintos tipos de juzgadores, hay que señalar que, como se indicó previamente, los jurados deciden fundamentalmente en base a la narración, más que sobre los méritos epistémicos del caso.[36]

Con respecto al problema de la relación entre narraciones y verdad, Taruffo hace la siguiente clasificación: a) narración buena y falsa (importantes para abogados, para jurados y para jueces sin compromiso epistémico); b) narración mala y falsa; c) narración buena y verdadera (importa a jueces con compromiso epistémico); d) narración mala y verdadera (importante para el juez, que, de ser analítico, tendría que reconstruir la narración).[37]

Esto significa que las narraciones son necesarias, pero no suficientes para considerar a ciertas creencias sobre hechos como verdaderas. Veamos los demás elementos.

5. *Proposiciones descriptivas de hechos institucionales jurídicos*

A. *Proposiciones descriptivas primarias y secundarias*

Una proposición descriptiva es aquella que afirma algo acerca del mundo y es susceptible de ser evaluada como verdadera o falsa. Por ejemplo: "La nieve es blanca", o, en derecho: " Juan le robó a Pedro 500 pesos".[38]

> Las narraciones en derecho son sistemas de proposiciones descriptivas que afirman que ciertos hechos institucionales jurídicos ocurrieron en el mundo. Sin embargo, no todas las proposiciones de las narraciones expuestas en los casos son jurídicamente relevantes. Alguien podría narrar: "A las ocho de la noche iba rumbo a la panadería 'La Paloma'", recordando lo bonita que estuvo la fiesta de quince años de mi hija y cómo todo salió conforme a lo programado: primero llegamos mi marido y yo al salón de fiestas, después sus compañeros del baile, posteriormente el pastel y, al final, ya que

[35] *Ibidem*, p. 83.
[36] *Ibidem*, p. 80.
[37] *Ibidem*, pp. 83 y 84.
[38] Véase Cáceres, Enrique, *Lenguaje y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

> todo estaba preparado para la sorpresa… llegó mi hija. De pronto sentí un jalón y vi cómo un sujeto escapaba corriendo con mi bolsa.

La anterior es una narración constituida por varias proposiciones descriptivas: "A las ocho de la noche iba rumbo a la panadería La Paloma", que podría ser falsa si se dirigía a la panadería a las 8:30; "primero llegamos mi marido y yo al salón de fiestas", que podría ser falsa si primero llegaron los empleados de la panadería llevando el pastel, etc.

Esto significa que la narración o narraciones que se cuentan en un proceso jurídico son las jurídicamente relevantes por aseverar hechos institucionales jurídicos, es decir que pueden ocurrir por virtud del efecto constitutivo del derecho.

En el caso anterior la proposición relevante es: "sentí un jalón y vi cómo un sujeto escapaba con mi bolsa", porque se refiere a un hecho institucional generado a partir del tipo penal de "robo".

En función del contexto algunas proposiciones que no están directamente vinculadas con normas jurídicas pueden jugar un papel secundario pero relevante para determinar si otra proposición puede o no ser considerada verdadera. En el ejemplo, la proposición: "A las ocho de la noche iba rumbo a la panadería 'La Paloma'", no refiere a ninguna norma jurídica que establezca la obligación de ir a la panadería a las ocho. Sin embargo, se vuelve relevante a partir del contexto, pues de mostrarse que es falsa y que la señora se había dirigido a la panadería a las 5:00 de la tarde, cuando el presunto responsable se encontraba en su trabajo, contribuiría de manera fundamental para la determinación de la falsedad de la proposición principal.

A la proposición que refiere directamente el contenido de una norma se le denota con la expresión "proposición descriptiva de hecho institucional jurídico principal o directa" o, brevemente, "proposición principal o directa"; y a aquella cuya verdad o falsedad contribuye a determinar la verdad o falsedad de la proposición principal, "proposición secundaria o indirecta".

B. *Proposiciones descriptivas contrastables con manifestación perceptiva y proposiciones no contrastables con manifestación perceptiva*

En apartados anteriores expusimos y criticamos a la teoría coherentista de la verdad como aquella que considera que una proposición es verdadera en función del sistema proposicional al que pertenece (puede haber narraciones coherentes y falsas).

Existe otra teoría de la verdad que establece que la verdad de las proposiciones depende de su correspondencia con el mundo. Conforme a esto la proposición "la nieve es blanca" es verdadera si y sólo si la nieve (en el mundo) es blanca. A pesar de su aparente obviedad y muy probablemente debido al extendido uso de ejemplos tan simples como el anterior, la verdad por correspondencia es frecuentemente mal comprendida y trivializada. El punto es que no en todos los casos se cuenta con referentes en el mundo con una manifestación perceptiva tan clara como en el caso de la nieve. Incluso en casos como ésos, la simple correspondencia entre percepción y proposición puede ser insuficiente, como ocurre con un hueso que se vuelve relevante para una teoría de la filogénesis no por ser un hueso perceptible empíricamente, sino por su relevancia a partir del modelo mental proporcionado por la teoría filogenética.

En su inmensa mayoría, las proposiciones de los ámbitos científico y técnico simplemente no cuentan con ningún referente tan simple como una porción de nieve o un hueso. Por ejemplo, una proposición del tipo: "La crisis económica iniciada en 2008 incrementó la tasa de desempleo en España hasta un 25% en 2012" no puede ser mapeada con nada en el mundo que corresponda a la tasa referida; simplemente no hay referente para la tasa. Desde luego el histograma que representa las conclusiones de los estudios económicos no puede considerarse referente en el mismo sentido que el hueso del ejemplo anterior. La determinación de la verdad de la proposición sobre el desempleo en España es producto de la sistematización cognoscitiva realizada por ciertos especialistas que procedieron con base en la normatividad epistémica propia de la economía, de cuya clausura de operación cognitiva emergió el modelo mental relativo al incremento del desempleo referido, mismo que se comunica al exterior en forma de histograma.

En el derecho ocurre algo semejante: el hecho de ver a una persona disparar sobre otra y privarla de la vida no es suficiente para determinar la verdad o falsedad de ninguna de las proposiciones siguientes: "el sujeto es responsable por haber cometido homicidio". Al igual que ocurre con el hueso y la filogénesis, la manifestación perceptiva no es suficiente para la determinación de la verdad de una proposición aseverativa de hechos institucionales jurídicos. ¿Cómo saber por esa percepción si el sujeto no se encontraba en estado de inimputabilidad por estado de inconsciencia transitoria y por tanto la proposición es falsa?

La relación entre manifestaciones perceptivas y la determinación de la verdad de una proposición en derecho, al igual que en la ciencia, es el resultado de procesos de sistematización cognoscitiva que generan un modelo

mental de lo que fue el caso en el mundo mediante la integración coherente entre manifestaciones perceptivas, de cuya conexión con muchas otras posibles manifestaciones perceptivas, depende la emergencia del modelo mental que servirá de base para la determinación de la verdad de la proposición principal. Por ejemplo, el hecho de ver un golpe en un auto no es suficiente para mostrar la verdad de la proposición que afirma: "X se estrelló contra mi auto", que referiría al delito "daño en propiedad ajena". Debe haber otras manifestaciones, tales como el mismo color de pintura del auto que supuestamente se estrelló, marcas de llantas derrapadas, etc.

No en todos los casos la verdad o falsedad de las proposiciones descriptivas puede ser determinada a partir de manifestaciones perceptivas. Es el caso de las proposiciones que afirman estados mentales. Por ejemplo: "X empujó a Y a las vías del tren con la intención de matarlo", que a nivel normativo refiere al tipo de homicidio. En este caso, parte de la afirmación se refiere al estado mental correspondiente a la intencionalidad de X, pero ¿qué manifestación perceptiva podría corresponder a dicho estado? Simplemente ninguna, no podemos ver los estados mentales. Sin embargo hay que demostrar las proposiciones que los afirman, base, por ejemplo, de una sentencia por conducta dolosa.

Otro ejemplo de proposiciones sin manifestación perceptiva son las que afirman ciertos estados derivados de la perfomatividad del lenguaje. Por ejemplo, en el caso de: "El juez revocó la sentencia" no hay manifestación perceptiva para el acto ilocucionario correspondiente a "haber revocado". No hay que confundir el texto de la resolución de segunda instancia con la manifestación del acto de habla, pues podría suceder que el juzgador hubiera emitido dicha sentencia sin saber que había sido removido de su cargo horas antes y por tanto no haber revocado nada.

Denotaremos con la expresión "proposiciones descriptivas contrastables con manifestación perceptiva" a las que hemos expuesto en primer término y con "proposiciones descriptivas no contrastables con manifestación perceptiva" a las segundas.

C. *Proposiciones descriptivas y tiempo*

Una propiedad adicional de las proposiciones descriptivas de hechos institucionales jurídicos es que suelen ser ex post-fácticas. Es decir, se emiten respecto de hechos que ocurrieron y se extinguieron en el pasado y sobre las que, no obstante, hay que determinar si pueden ser o no consideradas

verdaderas. Sobre esta base hay quienes han sostenido que la función de los jueces es semejante a la del historiador.

La propiedad ex post-fáctica de algunas proposiciones hace imposible tratarlas como el caso de "la nieve es blanca", debido a la desaparición de los hechos.

Sin embargo, la determinación de la verdad de las proposiciones sobre hechos institucionales jurídicos no sólo tiene lugar respecto del pasado.

Alguien puede afirmar que en ese momento se "están robando un banco", lo cual sería relevante para la determinación de la verdad de la narración de los policías que afirman haber detenido a los delincuentes *in fraganti*, como parte del material probatorio que finalmente impactará en la determinación de la verdad.

Algo distinto ocurre con proposiciones predictivas cuyo valor de verdad se determina en función de la probabilidad de que un hecho jurídicamente relevante pueda ocurrir en el futuro.[39] Por ejemplo, en el caso de responsabilidad objetiva sobre el grado de peligrosidad derivado de la conducta de un sujeto como sería el caso de: "X puede producir un incendio debido a las fogatas que hace en el parque que está frente a mi casa". En este caso, el punto no está relacionado con la proposición que afirma que "X hace fogatas", sino con la proposición que asevera la probabilidad de que ocurra un incendio y cause daño en propiedad ajena y tal vez lesiones e incluso la muerte.

Por último, puede haber proposiciones que afirman la realización de actos de tracto sucesivo, como sucede en el caso de la afirmación: "Los constantes conflictos hacen la vida conyugal imposible", como ejemplo de una causal de divorcio.[40]

D. *Proposiciones moleculares y narraciones*

Como ha sido indicado, una narración es un sistema de proposiciones descriptivas. Esto implica que varias de las proposiciones previamente referidas podrían estar involucradas en la determinación de la verdad. Por ejemplo: "X estrelló su coche contra el mío con la intencionalidad de privarme de la vida debido a que soy el nuevo esposo de su ex mujer". En este caso, tendríamos una proposición con manifestación perceptiva (el golpe en el auto), una afirmación de estado mental que hace referencia al agravante normativo correspondiente a "dolo" (con la intención de privarme de la

[39] Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba,* España, Marcial Pons, 2007, p. 33.
[40] Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 19, pp 143-147.

vida) y dos sobre actos ilocucionarios sin manifestación perceptiva (soy el esposo de su ex mujer, lo que implica que el acto de habla: "Los declaro marido y mujer" fue afortunado, y otro correspondiente a "Declaro disuelto el vínculo matrimonial" con la primer pareja).

A este fenómeno lo denotaremos con la expresión "estructura molecular de las proposiciones descriptivas".

E. *Proposiciones y silogismo hipotético*

Otra manera en que las proposiciones pueden estar relacionadas consiste en una cadena inferencial que implica lo que en lógica se conoce como silogismo hipotético, cuya estructura es: Si A, entonces B; si B, entonces C; si C, entonces D; por lo tanto, si A, entonces D.

La diferencia de esa relación proposicional con respecto a las proposiciones moleculares es que, en este caso, habiéndose probado una de las proposiciones "se activa" la cadena inferencial.

Por ejemplo: Si Juan estaba en Acapulco al momento en que se cometió el asalto al banco, entonces no podría haber estado junto con los miembros de la banda al cometerse el crimen; y si no estaba en la banda al cometerse el crimen, no pudo haber participado en el mismo en calidad de cómplice como se afirma. Se muestra que Juan estaba en Acapulco al momento en que se cometió el asalto al banco, de modo que la proposición que afirma "Juan auxiliaba a los miembros de la banda avisándoles si se aproximaba alguna patrulla" es falsa.[41]

F. *Proposiciones probandum e hipótesis*

Como se ha indicado, dentro de las narraciones suele haber ciertas proposiciones que constituyen el núcleo central del trabajo epistémico. En el caso del robo de la bolsa es precisamente que el presunto responsable se haya apropiado de la bolsa de la denunciante. A esta proposición que se corresponde con las proposiciones principales referidas y cuya demostración da sentido a la demostración de todas las demás la denotaremos con la expresión "proposición *probandum*".

El grado de confirmación sobre la probabilidad de que la proposición *probandum* pueda ser considerada como verdadera varía a lo largo de la dinámica del proceso. En sus fases iniciales corresponde simplemente a una hipótesis de lo que pudo haber sido el caso en el mundo.

[41] *Ibidem*, p. 276.

La forma en que ese valor epistémico se va robusteciendo o debilitando depende de lo que ocurra durante la dinámica del proceso, pero de manera especial, del material probatorio, tema que abordaremos en los siguientes tres apartados.

IV. Las pruebas (1): Semántica de la Palabra "Prueba"

1. *Diferentes sentidos de la palabra "prueba"*

Una palabra polisémica es aquella que tiene más de un significado. Por ejemplo "derecho", que tiene el sentido coloquial como opuesto a izquierdo, pero también los jurídicos correspondientes a derecho objetivo y a derecho subjetivo.

Una palabra ambigua pertenece a una clase de polisemia que se caracteriza porque uno de sus sentidos denota un proceso, otro a un producto y el producto denotado por el segundo sentido se obtiene a partir del proceso denotado con el primero. Por ejemplo "a mí me gusta la pintura" puede significar: 1) "me gusta realizar la actividad de pintar", soy pintor (proceso), pero también puede significar: 2) "me gustan los cuadros" (producto obtenido a partir del sentido uno de la expresión). Puede suceder que además de la ambigüedad, haya polisemia adicional. "Me gusta la pintura" puede referirse al insumo enlatado que se usa para pintar.

La palabra "prueba" es ambigua y tiene una polisemia adicional. Es ambigua porque denota al proceso durante el cual se realizan las actividades tendentes a probar la verdad de una proposición, sentido que usamos al hablar del proceso o período de prueba ("prueba" en sentido 1).

Pero también denota al resultado final de ese proceso correspondiente a haber obtenido la prueba de los hechos ("prueba "en sentido 2).

Por otra parte, también presenta una polisemia adicional consistente en denotar los insumos que se usan durante el proceso probatorio para alcanzar la prueba de los hechos. Dentro de este sentido, incluso se puede distinguir entre prueba en sentido genérico, por ejemplo al hablar de la prueba confesional en general ("prueba" en sentido 3), y en sentido específico, como cuando nos referimos a una prueba en particular, como sucede al referirnos a la confesional desahogada por X ("prueba" en sentido 4).[42]

[42] Ferrer, Jordi, *op. cit.*, nota 18, pp. 20-27.

Además de las anteriores, "prueba" tiene sentidos coloquiales equivalentes a desafío y otro equivalente a test de conjeturas.[43]

A continuación me ocuparé de los distintos sentido de "prueba", iniciando por su sentido de insumo y, dentro de este, por su sentido 3 equivalente a prueba en general.

2. *"Prueba" en sentido general (sentido 3)*

A. *Pruebas preconstituidas y pruebas procesales.*

Siguiendo a Taruffo,[44] las pruebas se pueden clasificar en:

1) Pruebas preconstituidas: Se generan antes y fuera de juicio, como sucede con las cerraduras rotas en caso de robo.

2) Pruebas procesales: Se entregan y producen durante el proceso; por ejemplo, las testimoniales derivadas de absolver el pliego de posiciones por parte de los testigos, o las obtenidas durante la *cross examination* (interrogatorio cruzado), las pruebas científicas, las periciales desahogadas durante la audiencia, etc.

B. *Pruebas reproductivas.*

A su vez pueden ser:

1) Pruebas reproductivas directas: Registran y dejan constancia fiel de los hechos brutos tal como acontecieron; por ejemplo, la filmación de un asalto por una cámara de seguridad bancaria, las grabaciones en audio de un chantaje, fotografías de unos sujetos descargando una entrega de armas, etc.

2) Pruebas reproductivas indirectas: A diferencia de las anteriores no dejan un registro objetivo y fiel de lo que ocurrió en el mundo, sino que corresponden a la reconstrucción de lo que supuestamente sucedió a partir de lo que percibieron personas que presenciaron los hechos; por ejemplo, las narraciones de las partes, confesiones, testimonios, etc.[45] Una propiedad interesante de este tipo de pruebas ha sido puesta de relieve por la psicología (y especialmente la psicología de testigos) al mostrar que la memoria humana es más reconstructiva que reproductiva, pues tiene la tendencia a organizar nuestras percepciones con base en experiencias previas y a llenar

[43] Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 19, pp. 451-452.
[44] *Ibidem*, pp. 452-468.
[45] *Ibidem*, p. 466.

huecos con material que nosotros mismos agregamos para obtener coherencia en las reconstrucciones.

C. *Pruebas no reproductivas (vestigios)*

Son elementos que ayudan a la generación de una representación mental de lo que fue el caso en el mundo. En algún sentido son equivalentes a los vestigios dejados por civilizaciones desaparecidas, a partir de los cuales ciertos especialistas como los arqueólogos, historiadores, etc., "reconstruyen" cómo se cree que eran esas civilizaciones. Por ejemplo: huellas dactilares en el arma, pólvora en las manos, marcas de llantas, etc.[46]Corresponden a las manifestaciones perceptivas referidas previamente.

D. *Pruebas documentales*

Éstas dejan constancia de cierto estado de cosas jurídicamente producido o constatado. Por ejemplo: las actas de matrimonio, las actas de nacimiento, los poderes notariales, los contratos, etc. A su vez se suelen distinguir entre públicas (si son generados por instituciones legales) y privadas (si son generados por particulares).

E. *Pruebas científicas*

Son el resultado del procesamiento y sistematización cognoscitiva derivada de la normatividad epistémica que caracteriza al razonamiento científico. Generalmente la información a procesar corresponde a pruebas no reproductivas. Por ejemplo, a partir de tejido obtenido de los restos de un cadáver calcinado se puede obtener una muestra de ADN que permita identificar a una víctima.[47]

3. *"Prueba" en sentido específico y su valoración particular (sentido 4)*

Un tema de sumo interés en el ámbito de la epistemología jurídica está vinculado con el estudio de la normatividad epistémica que debe regir la valoración de cada tipo de prueba en general y cada sub-clase en particular.

[46] *Ibidem*, pp. 467 y 468.

[47] Para un trabajo específico sobre la prueba científica véase Taruffo; Michele, "La prueba científica en el proceso civil", *Estudios sobre la prueba*, en Jordi Ferrer *et al.*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 135-186.

Desarrollar aquí este tema en extenso es imposible. Sin embargo, sí es posible dar una idea de la importancia de este tipo de estudios a través de una referencia a la prueba científica.

Como consecuencia del enorme prestigio de objetividad que caracteriza a la ciencia, se suele pensar que se debe trasladar el peso epistémico de sus conclusiones a la o las hipótesis que soportan las pruebas científicas en el derecho.[48]

Esto no es tan sencillo como pudiera parecer a simple vista, pues el valor del reporte científico puede no ser concluyente y estar determinado por múltiples factores que deben ser considerados por el juzgador. Entre ellos se encuentran la teoría, método o técnica seleccionada por el científico cuando hay diversidad de teorías, métodos y técnicas para analizar el fenómeno objeto de estudio. Algunos métodos pueden recoger avances recientes y no haber satisfecho aún el estándar necesario para hacerlos totalmente confiables. Otro factor es el de la selección de la teoría, método o técnica adecuada para el objeto de estudio. Si en la referencia anterior el problema se vinculaba a la elección de una teoría, método o técnica entre varios candidatos posibles, aquí se trata de la atinencia entre el método seleccionado y el objeto de análisis. Por último, se encuentra el grado de pericia con el que se haya realizado el dictamen. Podría suceder que entre las técnicas disponibles se haya seleccionado la mejor y más novedosa, que además sea la adecuada para el tipo de análisis requerido, pero que, sin embargo, el perito aplique dicha técnica en forma negligente.

Por otra parte, el peso epistémico de una prueba científica dentro del proceso de determinación de la verdad de la proposición *probandum* principal puede ser modesto o auxiliar. Por ejemplo, la determinación de si una persona estuvo o no presente en una fiesta en la que ocurrió un crimen a partir de las huellas digitales dejadas en las copas puede ser contundente, pero sólo ayudar a mostrar que esa persona estaba en la fiesta, no que haya sido él quien perpetró el delito.[49]

Otro factor que puede marcar una gran diferencia en la aportación epistémica de un perito tiene que ver con la sagacidad del juzgador al momento de interrogar al científico para obtener información útil para corroborar las hipótesis del caso de acuerdo al modelo mental que está tratando de generar acerca de lo que fue el caso en el mundo, como condición para la determinación de lo que podrá o no considerar como verdadero.

[48] *Idem.*
[49] *Idem.*

Un ejemplo reciente que muestra las dificultades que pueden estar involucradas en la prueba científica es un nuevo método de identificación de mentiras basado en la relación entre la actividad cerebral y el reconocimiento de imágenes denominado "Evaluación Computarizada del Conocimiento" (ECC). Se trata de una novedosa tecnología que mide el incremento o decremento en la amplitud de una onda cerebral conocida como P300. La P300 fue descubierta en los años 60's y su amplitud varía cuando una persona reconoce un sonido, olor o imagen que le son familiares. Con base en este descubrimiento, el Doctor Lawrence Farwell desarrolló un método al que denominó "huellas cerebrales", que está siendo probado por el FBI y la CIA con el objetivo de integrarlo a la lucha contra el terrorismo. La idea central es que si un sospechoso de actividades terroristas es sometido a la observación de imágenes correspondientes a un campo de entrenamiento, por ejemplo de Al-Qaeda, que sólo quienes fueron entrenados ahí podrían reconocer, la variación de amplitud de la onda P300 de su cerebro registrada por el sistema desarrollado por Farwell, contaría como prueba de que el sujeto ha estado involucrado en actividades terroristas.

Más allá de la lucha contra el terrorismo, el sofisticado "detector de mentiras" ha empezado a tener impacto en el mundo jurídico en general.

En el año 2000 su uso fue admitido por el juez Timothy O'Grady de la Corte de Distrito de Pottawattamie (Iowa) en una audiencia para solicitar un nuevo juicio por Terry Harrington, quien había sido sentenciado a cadena perpetua por un homicidio que afirmaba no haber cometido. Sin embargo, el juez determinó que el abogado de Harringotn había fallado al probar que la P300 o cualquier otra evidencia podían cambiar el fallo original y negó la apertura del nuevo juicio solicitado.

En la actualidad hay varios esfuerzos por extender el uso de la ECC. El senador Ron Wyden de Oregon y el congresista Michael Honda de California promueven la inversión para explorar el uso de la ECC en la lucha contra el terrorismo. Steven Kirsch, un multimillonario filantrópico y abogado de Silicon Valley, ha sugerido que la ECC combinada con el escaneo del iris podría ser usada en los aeropuertos para identificar terroristas antes de que perpetren sus atentados.

A pesar de las espectaculares expectativas generadas por la ECC, la respuesta de buena parte de la comunidad científica ha sido crítica debido a que la fiabilidad de dicha metodología se puede ver comprometida por la calidad de las imágenes empleadas al motivar la reacción del sujeto a prueba. Por otra parte, la variación en la amplitud del P300

puede corresponder a interferencias cognitivas del sujeto debidas a la influencia de imágenes vistas en la televisión, o experiencias traumáticas de otro tipo.

Además de los problemas relativos a la confiabilidad de la prueba, se presentan otros relacionados con el equilibrio entre la protección de valores epistémicos y valores no epistémicos que tienen que ver con la violación del derecho a la libertad de pensamiento por el uso de estas tecnologías.[50]

El campo de investigación sobre la valoración particular de las pruebas es una extensa área poco explorada. Su amplitud se pone de manifiesto si consideramos el crecimiento exponencial que significa el estudio de cada tipo de prueba científica (ADN, pruebas informáticas, genéticas, dactiloscópicas, psicológicas, etc.) y su distinta valoración para casos distintos.

A. *Sistematización cognoscitiva, conexionismo y pruebas específicas (sentido 4)*

Sin haberlo hecho explícito, cuando nos referimos a las proposiciones moleculares, nos referimos a cierta clase de conectividad proposicional, en la que diferentes proposiciones se integraban en una estructura compleja.

Otro tipo de conexión entre proposiciones no es complementaria como en el caso anterior, sino de carácter confrontativo, como sucede entre un sujeto que afirma: "X realizó espionaje industrial" y X dice: "Yo no realicé espionaje industrial".

Por razones de espacio no nos ocuparemos detalladamente de la oposición entre proposiciones, que de alguna manera quedará comprendida mediante el análisis de la confrontación probatoria.

De manera semejante a lo que ocurre entre las proposiciones, las pruebas ofrecidas por cada una de las partes se conectan con las proposiciones que caracterizan su narración de lo que fue el caso en el mundo.

La conexión entre pruebas pertenecientes a cierta clase y proposiciones de cierto tipo puede ser de gran relevancia para la atribución de pesos epistémicos a cada una de las hipótesis.

Por ejemplo, una proposición descriptiva contrastable con una manifestación perceptiva adquiere su mayor grado de corroboración si se la

[50] Gazzaniga, Michael, *The Ethical Brain,* EUA, Dana Press, pp. 108-114.

conecta con una proposición reproductiva directa. Por ejemplo, "X afirma que Y lo golpeó en la cara, lo que le dejó una cicatriz permanente". La conexión de una prueba pericial que constate la existencia de la lesión y su grado de permanencia simplemente probaría que "alguien" provocó una lesión a X con resultados permanentes, pero no que fue Y. Si en soporte a esa proposición *probandum* se contara con una testimonial que afirmara haber visto que alguien que parecía haber sido Y golpeó a X, entonces el valor de confirmación (peso epistémico) de la proposición molecular aumentaría en el sentido de que además de que alguien golpeó a X, lo hizo Y. Pero, si se contara con una prueba reproductiva directa correspondiente a la filmación proveniente de una cámara de seguridad vial, entonces la proposición descriptiva contrastable con manifestación perceptiva correspondiente a la lesión adquiriría un peso epistémico o grado de corroboración difícil de derrotar.

La conexión entre pruebas y proposiciones cumple una función diferente en etapas distintas del proceso: en la etapa de ofrecimiento de pruebas, en la etapa del desahogo de las pruebas y en la de la ponderación probatoria previa a la decisión final.

En la etapa de ofrecimiento de pruebas, la conexión entre proposiciones y pruebas específicas se limita a determinar si una prueba es o no relevante para soportar una o algunas de las proposiciones en que se descompone la narración de cada una de las partes. En condiciones epistémicamente ideales no debería haber limitaciones en la admisión de cualquier tipo de prueba susceptible de contribuir a la determinación de la verdad y sólo deberían ser excluidas las redundantes, es decir, aquellas que no agregan ningún valor epistémico dado el resto de pruebas disponibles. Por ejemplo, contar con 10 testimoniales que repiten lo mismo, cuando dos pueden ser suficientes.

En esta etapa el operador jurídico no realiza la valoración de la prueba en sentido estricto y se limita a realizar un proceso cognitivo de tipo hipotético que implica responder a la pregunta: ¿El desahogo de esta prueba en la audiencia podría contribuir a soportar alguno de los supuestos presentados por las partes?

La valoración final de las pruebas es la que tendrá lugar durante la fase de deliberación previa a la sentencia que es en donde tiene lugar el proceso de adminiculación probatoria.

La conexión entre clases de proposiciones y clases de pruebas constituye otro de los campos de investigación ofrecidos por la epistemología jurídica que no podemos abordar con más detalle en este trabajo.

No obstante, es posible proponer un marco teórico general sobre la relación entre conectividad proposicional y probatoria, con base en las definiciones que se exponen a continuación.

B. *Conexión entre proposiciones y pruebas*

a. Proposiciones y pruebas confirmatorias

Se conectan con una proposición con el fin de atribuirle un peso epistémico confirmatorio. Por ejemplo, una prueba de ADN para probar la verdad de una proposición que afirma que "X es padre de x", en un juicio de pensión alimenticia.

b. Proposiciones y pruebas refutatorias

Se conectan con una proposición con el fin de mostrar que es falsa. Por ejemplo, cuando se ofrece una reproductiva directa (filmación) en la que queda constancia de que a la hora en que se cometió el robo de una obra de arte en un museo, X estaba actuando en una obra de teatro. Con esto se refutaría a la proposición "X se robó la obra 'El grito'".

Desde luego la combinatoria entre proposiciones y pruebas es muy extensa y comprende la conexión entre pruebas y proposiciones primarias y secundarias.

c. Proposiciones y pruebas convergentes

El conjunto de pruebas confirmatorias que se conectan con una misma proposición. Por ejemplo, una prueba dactiloscópica (huellas en el arma), una prueba de rodizonato de sodio (rastros de pólvora en las manos del presunto responsable) y una prueba de Walker (instancia en que se realizó el disparo respecto de la lesión en el cuerpo de la víctima), en conexión con la proposición que afirma: "X disparó a quemarropa a Y".

C. *Conexión entre pruebas*

a. Definiciones de "meta-prueba" y "prueba objeto".

Se estipula para "prueba objeto", aquella prueba cuyo valor epistémico busca ser convalidado o refutado por otra prueba. Se estipula para "meta-prueba" aquella que busca convalidar o refutar el peso epistémico de otra prueba.

b. Meta-pruebas confirmatorias

Son meta-pruebas cuyo objeto es convalidar que una prueba objeto tiene un peso epistémico tal que soporta la atribución de verdad de la proposición con la que se conecta. Por ejemplo, la prueba pericial grafológica (meta-prueba) que se ofrece para mostrar que una documental pública (prueba objeto) es auténtica.

c. Pruebas refutatorias

Son meta-pruebas cuyo objeto es determinar que una prueba objeto carece de peso epistémico para soportar o corroborar la asignación de verdad de la proposición a la que se encuentra conectada. Por ejemplo, la prueba pericial (meta-prueba) que se ofrece para mostrar que una documental pública (prueba objeto) es una falsificación.

Desde luego, los términos "meta-prueba" y "prueba objeto" son relacionales. Es decir, la prueba que en una conexión inter-probatoria podría ser considerada "meta-prueba", en otra podría operar como "prueba-objeto". Por ejemplo, cuando una pericial ofrecida por la parte demandada para refutar el valor de otra pericial ofrecida por la parte actora, es revisada por un peritaje que mandó practicar el juzgador ante ciertas dudas que le dejó la segunda pericial. En este caso, la pericial encargada por el juez sería una meta-prueba, con respecto a la prueba pericial de la parte demandada, que sería la prueba objeto con respecto a la solicitada por el juez. Esta misma pericial objeto (la del demandado) es la que habría operado como meta-prueba con respecto a la ofrecida por el actor.

D. *Sistematización cognoscitiva y confrontación.*

Los problemas relativos a la determinación de la verdad en el derecho suelen ser asociados sólo a la confrontación entre las partes.

En sentido estricto, esa atribución no es correcta. Si pensamos en el derecho administrativo, podemos encontrar situaciones en las cuales una institución del Estado sea la competente para determinar si la proposición por la que se afirma haber satisfecho los requisitos exigidos por la ley para obtener una licencia administrativa es verdadera o no. En situaciones como ésta, el ciudadano no está en conflicto con ninguna otra parte. Sin embargo, la autoridad administrativa se enfrentará al problema consistente en determinar si es verdad o no que el ciudadano ha satisfecho las exigencias legales para producir el acto administrativo solicitado.

Sin embargo, es claro que la controversia u oposición entre las partes es la más característica para el estudio de la epistemología jurídica, razón por la cual centraremos en ellas nuestra atención.

Como se ha dicho previamente, es habitual que cada una de las partes elabore su propia sistematización cognoscitiva sin estar guiados necesariamente por un compromiso epistémico, sino por su intención de ganar el caso. La manifestación externa de esta sistematización, de la que emerge un modelo mental de lo que supuestamente ocurrió en el mundo, se expresa en la narración de sus respectivas versiones.

En términos generales, las confrontaciones pueden ser de dos tipos:

a. Confrontación dialógica y derrotante

Se caracteriza por una oposición claramente contradictoria entre las narraciones de las partes y por tanto entre algunas o todas las proposiciones que la integran. Por ejemplo, X afirma: "Y me dio un cheque sin fondos" e Y sostiene: "Es falso que no hubiera fondos en mi cuenta bancaria al momento de extender el cheque". De forma simplificada, mientras X afirma que "p" es verdadera, Y afirma que "p" es falsa.

b. Confrontación entre modelos explicativos excluyentes

A diferencia de la anterior, en la que hay una clara contradicción entre las partes, puede ocurrir que haya dos o más modelos o explicaciones mutuamente excluyentes acerca de lo que fue el caso en el mundo.

Este tipo de situaciones se presenta no cuando hay narraciones enfrentadas, sino cuando los investigadores tienen que explicar las evidencias y por tanto formarse un modelo mental de lo que fue el caso en el mundo y tienen más de una explicación aceptable. En estos casos, la decisión no es en función de la verdad de una proposición o proposiciones en contradicción con otra u otras, sino en función de cuál de los dos o más modelos proporciona una mejor explicación.

Por ejemplo, piénsese en el caso en que hay un cadáver y el peritaje correspondiente encuentra una sustancia tóxica en su interior. El mismo hecho bruto podría ser explicado como: 1) un suicidio, 2) un homicidio por envenenamiento, 3) una inducción al suicidio.

Desde luego cada uno de los modelos excluyentes confrontados puede contener confrontaciones dialógicas internas.

Es importante señalar que en ambos tipos de confrontación, la oposición entre los diferentes elementos enfrentados opera en una dimensión multinivel que incluye proposiciones contra proposiciones, pruebas confir-

matorias contra pruebas refutatorias cuya evaluación repercute en el peso de las proposiciones enfrentadas.

E. *La dinámica probatoria ("prueba" en sentido 1).*

Como se recordará, hemos iniciado el tratamiento de la prueba haciendo referencia a las propiedades semánticas de la palabra "prueba". Hasta ahora nos hemos ocupado de sus sentidos como insumo cognitivo, tanto genérico como específico (4 y 3).

En su momento dijimos que se trataba también de una palabra afectada de ambigüedad que denota tanto el proceso por el que se prueba como el estado de prueba final.

Ahora toca el turno de analizar, aunque sea someramente, la dinámica o proceso probatorio, es decir el contexto en que "prueba" se usa en sentido 1 y que corresponde a la etapa procesal de la audiencia principal.

En los apartados precedentes se ha presentado un modelo de las pruebas y sus conexiones como si fueran una red estática.

Sin embargo, el proceso por el cual se va generando el modelo mental final de lo que fue el caso en el mundo por parte del juzgador es sumamente dinámico e involucra a diversos actores en diversas fases del proceso.

Algunas analogías que facilitan la comprensión de los procesos involucrados serían la comprensión de un texto y el juego de ajedrez.

La lectura de una texto, como una novela, implica procesos que pueden ser explicados como andamios cognitivos que sirven de base para la integración de otros andamios más complejos que no se sobreponen simplemente, sino que generan acoplamientos estructurales mediante los que se van co-definiendo los andamios precedentes junto con los posteriores y emergen nuevas estructuras o significaciones. Así, de un conjunto de letras emerge el significado unitario de una palabra, de la cual, junto con otras palabras, emerge el significado de una proposición, de la cual, junto con otras proposiciones, emerge el significado de un párrafo, de un conjunto de párrafos una narración, etc. La dinámica de los modelos mentales emergentes a partir de estos procesos no son tan rígidos y estructurales como podría suponerse a partir de lo anterior. Las representaciones emergentes, las escenas de la "película mental" que se va integrando tienen su propia dinámica y pueden incidir en la reconfiguración del significado global de toda la novela. Por ejemplo esto ocurre en una buena novela policiaca, que nos ha inducido la construcción de varias representaciones mentales sobre diferentes posibles culpables cuyo grado de sospecha ha ido fluctuando a lo

largo de la historia, y finalmente descubrimos que el asesino era de quien menos sospechábamos.

Eliminando el contenido de la explicación anterior, el modelo mental del juzgador obedece a una dinámica cognitiva propia de un sistema complejo como el ejemplificado con la novela; i.e., es dinámico, evolutivo, emergente y codependiente.

La otra analogía que permite simplificar la explicación de los procesos cognitivos involucrados en la dinámica probatoria es el juego de ajedrez. A pesar de que aparentemente el ajedrez se juega en un tablero, en estricto sentido no es necesario que sea así. El tablero se puede considerar un auxiliar para la memoria y es posible imaginar a dos jugadores con una memoria privilegiada que juegan expresando las coordenadas correspondientes a sus movimientos. Este pequeño experimento mental pone de manifiesto que en realidad la dialéctica del juego opera a nivel de los sucesivos acoplamientos estructurales ocurridos en los modelos mentales de los jugadores, como producto de los ajustes en sus sistematizaciones cognoscitivas resultantes de su interacción.

Algo semejante ocurre en el derecho con la intervención de diversos participantes en el proceso probatorio.

Dicho proceso se va generando a lo largo de todo el proceso jurídico, hasta la decisión final, pero tiene su momento cumbre durante la fase correspondiente a la audiencia. En ella interactúan las partes como si participaran en un juego de ajedrez que admite múltiples jugadores que se influyen recíprocamente.

Desde esta óptica, la apariencia estática de la conectividad probatoria desaparece para dar paso a una comprensión dinámica de la prueba. Algo así como si hubiéramos congelado la película mediante un comando de "pausa" que al ser desactivado, permite ver a las partes interrogar y refutar las pruebas periciales ofrecidas por su contraparte; a cada una de las partes interrogando a los testigos de su contraparte, quien a su vez puede interrogar a los propios; al juzgador interrogando al presunto responsable sobre aspectos de la narración que no le quedaron claros; a una parte denunciando contradicciones al interior de la narración de su oponente, etc.

Como se ha dicho, a pesar de que la fase principal del proceso probatorio tiene lugar en la audiencia, no debe perderse de vista que procesos cognitivos como los referidos han sido importantes en las fases previas, que han servido para la generación de los modelos que se confrontan durante la audiencia. Un ejemplo puede ser útil en este punto: Unos detectives acuden a una llamada en la que se informa que hay un cadáver en una carretera,

cerca de donde se encuentra un auto volcado, huellas de llantas derrapadas y una verja rota. El médico forense, quien "sabe leer" al cadáver, encuentra que no todas las lesiones, particularmente las del rostro y los nudillos de la víctima, corresponden al accidente, pues son anteriores a éste, lo que se infiere por el distinto grado de cicatrización que presentan. Como consecuencia de la toma de huellas dactilares del cadáver por parte de otro especialista y la consulta a la base de las mismas en la unidad de servicios periciales, por una experta distinta, se conoce la identidad de la víctima. Del análisis de sus llamadas telefónicas se conoce que frecuentaba un bar todos los fines de semana. Los detectives asisten al bar y el cantinero les informa que una semana atrás el ahora occiso había tenido una riña con el miembro de un peligroso cártel. El ministerio público ha podido integrar de manera coherente la información proporcionada por su equipo de investigadores en una sistematización de la que emerge un modelo mental de lo que pudo haber sido el caso en el mundo. A partir de él elabora una narración, soportada en la conexión entre pruebas y proposiciones, con la que participa en la dinámica de la audiencia en la que presenta como sospechoso del homicidio al narcotraficante con el que la víctima había tenido el altercado. Éste, por su parte, podría alegar haber estado inconsciente en un hospital debido a una herida de arma de fuego ocurrida durante un asalto del que fue víctima días antes del accidente del automóvil. Como es de suponerse, en la dinámica probatoria estarán presentes otros participantes como peritos, testigos y, desde luego, el juzgador.

Durante la audiencia, las pruebas (sentido 4) son procesadas cognitivamente en función de la dinámica propia de la interacción entre las partes. Es en función de esa dinámica que la declaración de una de las partes podrá ser contradicha por su contraparte; que mediante el proceso de interrogación se pretenderá obtener de un testigo las respuestas que integren la narración que el interrogador desea obtener; la búsqueda de respuestas diferentes por la contraparte durante el interrogatorio cruzado para propiciar una narración que contradiga la anterior y le reste credibilidad a la primera; donde un perito refutará el valor científico de la pericial que soporta la versión de su oponente, etc.

En condiciones epistémicamente ideales, el juzgador deberá actuar como un buscador de la verdad que participe activamente en la dinámica de la audiencia incluso solicitando material probatorio adicional al ofrecido por las partes en caso de tener una hipótesis que explique los hechos diferente a la ofrecida por los litigantes. Esto significa que el juez debe estar en condiciones de participar en el proceso de sistematización cognoscitiva del que emergerá su modelo mental de lo que fue el caso en el mundo activamente, y no limitarse simplemente a tratar de contrastar y evaluar la manifestación de los modelos

mentales de cada una de las partes o lo que en derecho penal se conoce como sus respectivas "teorías del caso".

Como muchos temas importantes, no puede ser revisada aquí con detenimiento la dinámica que ocurre durante el proceso probatorio, pero al menos es posible mencionar algunos ejemplos ilustrativos, como son el hecho de que en ocasiones las proposiciones a probar se encuentran estructuradas a manera de una cadena inferencial, lo que implica que al probar la primera se prueba la última (silogismo hipotético). Parte de estas cadenas inferenciales pueden incluir proposiciones correspondientes a presunciones o a máximas de la experiencia.

En el caso de proposiciones principales, su verdad o falsedad puede ser demostrada mediante la prueba de una proposición secundaria, como sucede cuando se demuestra una coartada.

En el caso de las proposiciones sobre estados mentales que no involucran necesariamente dictámenes neurológicos, psiquiátricos o psicológicos, se prueba su verdad mediante la prueba indirecta de ciertas conductas realizadas por el presunto responsable que no sería posible explicar desde la hipótesis de su inocencia. Por ejemplo, esto sucede en el derecho penal en el caso de los delitos dolosos.

V. Las pruebas (2): Decisión y normatividad epistémica

Como se ha indicado, uno de los problemas fundamentales de la epistemología jurídica es el relativo a la determinación de los procesos cognitivos o métodos confiables para la determinación de la verdad en el derecho. Parte central de esos procesos corresponde a lo que se ha dado en llamar el problema de la valoración racional de la prueba.

Dicho problema consiste en determinar él o los procedimientos confiables para alcanzar un estándar probatorio suficientemente objetivo para considerar como verdadera una proposición jurídicamente relevante con base en las pruebas disponibles.

Constituye una reacción a lo que se conoce como criterios de valoración irracional de la prueba caracterizados por estándares de prueba subjetivos como los representados por expresiones tan vagas como "más allá de toda duda razonable", "conforme a la convicción íntima", "con base en la preponderancia probatoria", etc.

La solución de este problema dista de contar con unanimidad en el grado de desarrollo actual de la epistemología jurídica, donde se han propuesto distintos modelos, algunos de los cuales se suelen clasificar en modelos matemáticos y modelos no matemáticos. A continuación se hace una presentación y discusión muy somera de los mismos:[51]

1. *Modelos matemáticos*

Buscan aplicar en el derecho métodos matemáticos que han mostrado ser de utilidad en otros dominios del conocimiento. Los más conocidos son:

A. *Estadística frecuentista*

Su objetivo es determinar el grado de probabilidad de que haya ocurrido un acontecimiento dada la frecuencia estadística con que eventos de la misma clase han tenido lugar.

Por ejemplo, si la correlación entre el evento "E1" y el evento "E2" ha ocurrido en un 90% de los experimentos realizados, entonces, si en un caso concreto ha tenido lugar un evento correspondiente a la clase "E1", se infiere que la probabilidad de que haya ocurrido el evento "E2" es de un 90%.

Este enfoque recuerda una de las tesis principales del realismo americano, según la cual el derecho se caracterizaba por el conjunto de las proposiciones predictivas acerca del sentido en que los jueces resolverían con base en las soluciones precedentes para casos de la misma clase.

La crítica a esta postura es semejante a la que se dirige al modelo frecuentista en el derecho: Cuando un juez dicta sentencia no fundamenta su decisión en la probabilidad con la que habría de resolver el caso teniendo en cuenta la frecuencia estadística de la manera en que se han resuelto casos semejantes, sino con base en los méritos del caso concreto.

Del hecho de que en un 90% de casos semejantes hayan ocurrido E1 y E2 no se puede inferir que en un caso concreto esté presente esa correlación. Es más, ni siquiera una frecuencia estadística del 100% permitiría hacer esa predicción dado que siempre puede ocurrir que el nuevo caso constituya una excepción a los precedentes.

[51] Se toma como base para el desarrollo de este epígrafe a la investigación presentada por Ferrer en: Ferrer, Jordi, *op. cit.*, nota 38.

B. *Probabilidad bayesiana o subjetiva*

Para la estadística frecuentista los parámetros son tomados como valores absolutos y son resultantes de un número determinado de experimentos que han permitido observar rigurosamente la frecuencia y correlación entre las variables estudiadas.

Para la probabilidad bayesiana, los parámetros no son considerados valores absolutos sino que son determinados en función de las creencias subjetivas iniciales de un sujeto y las modificaciones que sufren en función de su observación de datos posteriores.

De manera simplificada se puede decir que la probabilidad bayesiana vincula la probabilidad de que haya ocurrido el evento A dado el evento B con la probabilidad de que haya ocurrido el evento B dado el evento A. Por ejemplo: sabiendo la probabilidad de que un arma tenga las huellas de una persona que disparó, se podría saber (si se tiene algún dato más), la probabilidad de que una persona haya disparado si el arma tiene sus huellas.

La modificación de las creencias subjetivas operaría de la manera siguiente: Alguien podría tener la creencia inicial de que la probabilidad de que alguien disparó un arma es muy alta dado que se encontraron sus huellas. Conocer que el inculpado podría estarse autoinculpando para proteger a su hijo modificaría sus creencias sobre la probabilidad de que el presunto responsable hubiera sido quien disparó el arma, a pesar de que fueran sus huellas las que estuvieran en la misma.

La fórmula para el cálculo de probabilidad bayesiana ofrecida por Ferrer es la siguiente: $P(H|E) = P(E|H) \times P(H) / P(E/-H)$

Que se lee:

> La probabilidad del evento "H" dado el evento "E" es igual a la probabilidad del evento "E" dado el evento "H" por la probabilidad de "H", entre la probabilidad del evento "E" dada la no ocurrencia de "H".

Algunas críticas a los modelos matemáticos son que, por un lado, resultan antinaturales, lo que los hace poco aptos como modelos de normatividad epistémica que los operadores jurídicos puedan seguir; y, por el otro, no dan cuenta de las propiedades de cada caso, ni de fenómenos tales como la combinatoria probatoria que caracteriza a cada caso en particular.

2. *Modelos no matemáticos: La inducción Baconiana.*

Me limitaré a presentar el propuesto por Jordi Ferrer, basado en la inducción Baconiana.

Para este autor, la probabilidad de que un hecho haya tenido lugar se obtiene de la verificación de la predicción que se siga a partir de la conjunción de hipótesis iniciales (H), supuestos auxiliares (SA) y las condiciones iniciales (CI) presentes en a cada caso. Su representación formal es la siguiente:

$$H \,\&\, SA \,\&\, CI \rightarrow P$$

El mismo autor proporciona dos ejemplos de la forma en que opera este modelo, uno en el ámbito de la medicina y otro en materia penal:

El primero lo toma de Hempel, quien se refiere a la investigación realizada por Ignaz Semmelweis sobre las causas de una alarmante diferencia en la morbilidad entre la Primera y la Segunda división de maternidad del Hospital General de Viena entre 1844 y 1848, atribuida a la fiebre puerperal.

Las hipótesis para explicar la gravedad de los acontecimientos fueron varias, descartadas sucesivamente al no satisfacerse las predicciones correspondientes, hasta encontrar la explicación correcta.

La primera hipótesis de Semmenweis, ampliamente aceptada en esos tiempos, era que la fiebre puerperal era causada por "influencias epidémicas" que se propagaban por distritos enteros. Sin embargo, esta hipótesis fue rechazada porque no explicaba la gran diferencia de mortalidad en los pabellones prácticamente contiguos del mismo hospital.

Una segunda hipótesis consistió en suponer que podía deberse a la intervención de estudiantes poco cuidadosos. De ser el caso, la suspensión de la participación de los estudiantes provocaría un cambio en los índices de morbilidad. Se procedió a efectuar dicha suspensión, pero sin ningún cambio favorable, sino, al contrario, con un aumento en la tasa de muertes.

Una tercera hipótesis consistió en suponer que podría deberse a un efecto psicológico provocado por el paso de un sacerdote y su monaguillo tocando una campana fúnebre atravesando por la Primera división cada que tenía que dar los santos oleos a una enferma de la Segunda división, lo que podría deprimir el sistema inmunológico de las pacientes. Se solicitó al sacerdote que por un tiempo diera un rodeo para evitar atravesar por la Primera división, pero no ocurrió ningún cambio.

Finalmente, surgió una nueva hipótesis a raíz de que un médico de la misma división se hiciera un corte con el escalpelo, quien murió después de

presentar los mismos síntomas que las pacientes de la Primera división. A partir de este hecho Semmelweis formuló la hipótesis de que el alto índice de muertes podría deberse a falta de medidas higiénicas en el instrumental y ordenó que todo el personal lo desinfectara con sal clorada, lo que hizo que al fin la mortalidad descendiera estrepitosamente.

El segundo ejemplo, proveniente del derecho penal, es el siguiente: Si la policía detiene a un hombre que se sospecha es autor de un homicidio a tiros ocurrido minutos antes, se suele hacer la siguiente predicción. Si el sujeto es el autor del delito (hipótesis inicial), dado que no usaba guantes al momento de ser detenido (condiciones iniciales) y que pueden identificarse restos de pólvora en sus manos con los procedimientos adecuados (supuesto auxiliar), entonces puedo predecir que si la hipótesis de culpabilidad es correcta se encontrarán rastros de pólvora en alguna de sus manos (predicción). Si la predicción se verifica, entonces se confirma la hipótesis. De no ser el caso, puede ser que la hipótesis no haya sido la correcta o que las condiciones iniciales no hayan sido las adecuadas (el sujeto sí tenía guantes al disparar y los arrojó antes de su detención).

Según Ferrer, este modelo permite decidir entre casos con confrontación excluyente o hipótesis rivales cuando una de las hipótesis es soportada por la verificación de una predicción que no puede ser soportada por otra u otras de las hipótesis en competencia. De esta manera la comprobación de una predicción robustece la hipótesis y permite formular nuevas predicciones y descartar hipótesis rivales.

Con respecto a los matemáticos, este modelo presenta la ventaja de ser intuitivo y compatible con el razonamiento no matemático que caracteriza a la mayoría de los jueces. Sin embargo, enmascara la complejidad de los procesos cognitivos involucrados en el razonamiento jurisdiccional, que tienen que ver con la dialógica de los procesos jurídicos y el carácter constitutivo del derecho.

En fenómenos naturales como el de la fiebre puerperal carece de sentido suponer que el *explanandum* se puede comportar de maneras diversas y contrapuestas. La regularidad en el comportamiento del mundo es un presupuesto necesario para generar explicaciones de este tipo. No es lo mismo tener dos o más modelos mentales que pretenden explicar un mismo fenómeno empírico de primer nivel (las muertes) que tener que decidir cuál es el correcto entre uno de varios posibles comportamientos del mismo mundo construidos por los sujetos en litigio.

Por otra parte, las explicaciones científicas son heteroexplicativas, es decir, sus resultados son contrastados con un cambio en el mundo que es

ajeno a la teoría. Ese cambio es el resultado de la intervención o manipulación del mundo que genera el cambio deseado y que corresponde al pronóstico que, de ser satisfecho, confirmará la hipótesis. En otras palabras, corresponde la observación del comportamiento de la variable dependiente ante la manipulación de lo que ha sido identificado como su variable independiente. De esta manera, si y es igual a la variable dependiente y x a la variable independiente, entonces: $y = f(x)$. En el ejemplo de la fiebre puerperal, el número de decesos (variable dependiente) dependería del número de instrumentos desinfectados con sal clorada (variable independiente).

A diferencia de lo que ocurre en la ciencia, en el derecho los jueces no experimentan con diversas manipulaciones del mundo para observar el comportamiento de la relación entre variables dependientes e independientes con el objeto de establecer relaciones causales.

Por otra parte, y fuera de los ejemplos típicos del derecho penal, la inmensa mayoría de los casos jurídicos carecen de cambios heterocorrectivos equivalentes a los de una investigación experimental. ¿Qué cambio perceptible en el mundo me indica que efectivamente ocurrió una violación a la libertad de expresión?, ¿qué tipo de experimento me permitiría identificar la variable independiente que al ser manipulada me lleva a observar el cambio en el comportamiento de una variable dependiente correspondiente a violación al derecho a la información?

Por otra parte, la propiedad constitutiva del derecho rompe con la independencia entre hechos con comportamiento independiente de la teoría, pues en el derecho los hechos institucionales son posibles únicamente a partir de la función constitutiva del propio sistema normativo que establece las condiciones de posibilidad e identificación de hechos institucionales jurídicos tales como la violación a la libertad de expresión o derecho a la información referidos previamente.

A diferencia del científico, el juez debe decidir sobre dos versiones distintas de lo que se supone fueron los mismos acontecimientos en el mundo, lo que no tiene equivalente con el dato objetivo de la ciencia (las muertes por fiebre puerperal). El juzgador se enfrenta a dos modelos contrapuestos que en la mayoría de los casos no pueden ser contrastados con nada que sea perceptible con independencia de aquello a lo que los propios esquemas en conflicto permiten percibir.

Retomemos el ejemplo del homicida. La alusión a la predicción sobre las huellas de pólvora en las manos simplifica el hecho de que la predicción jurisdiccional se realiza más bien sobre el resultado positivo de una prueba (que técnicamente no es concluyente por sí misma) y que puede ser contradicha por una meta-prueba refutatoria que emplee una técnica pericial

distinta o incluso la misma con una variación en la ejecución por parte del experto. De esta manera, la predicción resulta refutada no por su no satisfacción en el mundo, sino por una meta-prueba refutatoria.

También podría suceder que los resultados de rastros de los distintos elementos químicos dejados por un disparo (no sólo la pólvora es relevante como se cree comúnmente) estuvieran presentes en las manos del presunto responsable, pero que la contraparte mostrara que éste trabaja en un laboratorio con sustancias químicas que incluyen al menos parte de las identificadas en sus manos como prueba del delito.

Si la hipótesis de culpabilidad fuera correcta, entonces el resultado de una pericial sería positivo y la soportaría parcialmente, pero estaría supeditada a que la contraparte no presentara una pericial en contrario que la refutara o se mostrara que el presunto culpable trabaja en la industria farmacéutica. Si esto se llegara a probar, entonces soportaría la hipótesis de inocencia, pero estaría supeditado a que el fiscal no presentara una prueba en la que se mostrara que en la industria en la que trabaja el presunto responsable no tiene acceso a esas sustancias. Si se probara esto, entonces se soportaría la hipótesis del fiscal siempre que el abogado defensor no mostrara que excepcionalmente el día anterior su cliente había tenido acceso a dichas sustancias dentro del propio laboratorio, etc.

Por otra parte, del hecho de que no hubiera habido resultados positivos en la prueba para identificar pólvora tampoco se seguiría que el presunto responsable no hubiera disparado el arma, pues siempre podría haber ocurrido que hubiese usado guantes. Si los hubiera usado, entonces la predicción sería que estos deberían encontrarse cerca del lugar de los hechos. Pero aun si se encontraran, la contraparte podría presentar una meta-prueba refutatoria indicando que en la zona hay varios hospitales y los guantes podrían haber sido empleados por algún cirujano que los arrojó al contenedor de basura donde se encontraron.

También podría suceder que un testigo afirmara haber visto a alguien con las características del presunto homicida correr cerca de la escena del crimen con un abrigo azul, pero que el testigo ofrecido por la contraparte afirmara que tenía un abrigo rojo. Esto implicaría una relación de confrontación entre una prueba y una meta-prueba refutatoria, ambas candidatas a ser convergentes con respecto a otras pruebas. Por ejemplo, ambas podrían ser convergentes con una prueba pericial no contundente que a su vez fuera refutada por otra pericial tampoco contundente, y ambas testimoniales ser refutadas por una meta-prueba refutatoria consistente en la declaración del policía que detuvo al presunto responsable y así sucesivamente.

Como se puede observar, en los procesos jurisdiccionales se presenta una compleja combinatoria dialógica y derrotante entre proposiciones contradictorias o derrotables por virtud de la ley (como sucede en el caso de las eximentes de responsabilidad en materia penal o de exclusión de la obligación alimentaria en el derecho de familia), entre pruebas confirmatorias aisladas o convergentes y meta-pruebas refutatorias que a su vez pueden ser refutadas por otras ofrecidas por la contraparte para soportar otras proposiciones.

A diferencia de lo que ocurre en el modelo sencillo de la verificación de predicciones, la decisión jurisdiccional se toma de manera "holística", mediante sistematización cognoscitiva, considerando los pesos y contrapesos de los diferentes elementos integrantes de los modelos presentados por las partes.

En síntesis, la adaptación de la inducción útil para la investigación científica al derecho es poco adecuada debido a: 1) el carácter constitutivo del derecho, lo que implica una falta de heterocorrectividad respecto de hechos institucionales distintos a los que el propio derecho hace posibles; 2) el hecho de que los jueces deban decidir a partir de enunciados ex -post-fácticos, lo que implica que los acontecimientos en el mundo susceptibles de verificación perceptiva (que nunca pueden ser percibidos, en tanto jurídicos, al margen del derecho) se han extinguido; 3) el hecho de que más que predicciones, los jueces tengan que realizar post-dicciones la mayoría de las veces; i.e., actuar sobre el pasado en vez de constatar una predicción en el futuro; 4) el hecho de que sus decisiones tengan que ser tomadas a partir de modelos diferentes y excluyentes construidos por las partes. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en la ciencia, los jueces no toman sus decisiones a partir de lo que constatan empíricamente en el mundo mediante manifestaciones perceptivas (los decesos descienden, el envío de señales por fibra óptica permite la comunicación entre dos personas en distintas regiones del mundo, se genera un nuevo combustible con menores índices de contaminación, etc.). Los jueces deben decidir con base en el modelo mental que se genera acerca de lo que fue el caso en el mundo, a partir de lo que les permiten los modelos presentados por las partes, el derecho y la teoría jurídica.

3. *Modelos naturalizados como una nueva propuesta: El modelo mental conexionista del razonamiento judicial romano-germánico*[52]

Como dije anteriormente, la versión de constructivismo jurídico que propongo tiene la propiedad de ser naturalizada, lo que significa que se basa en los resultados de la ciencia y muy particularmente en las ciencias cognitivas y ciencias de la complejidad.

En este sentido, el tratamiento de los problemas de la epistemología jurídica desde el constructivismo jurídico constituye más un programa de investigación que comprende la elaboración tanto de modelos descriptivos como de modelos normativos (de normatividad epistémica).

En este apartado me ocupo de presentar brevemente mi propuesta de un modelo del razonamiento judicial basado en las teorías conexionistas de la memoria, teoría de los modelos mentales de la psicología cognitiva aplicada y la teoría de las redes neuronales artificiales.

A. *Modelos mentales, auto-organización cognitiva y razonamiento judicial*

Las investigaciones realizadas por Dan Simon en el terreno de la psicología experimental y las que yo mismo he realizado en el de la inteligencia artificial aplicada al derecho presentan resultados muy similares acerca de las propiedades auto-organizativas que tienen lugar tanto entre jurados (sistema de precedentes) como en los jueces profesionales (tradición romano-germánica). Las características más relevantes son: 1) la activación y adaptación de patrones cognitivos previos para resolver nuevos casos; 2) desplazamientos coherentistas inconscientes que permiten conectar información aparentemente inconexa; por ejemplo, relacionar distintas clases de evidencia; 3) cambios en los estados mentales a través del proceso, de acuerdo con los argumentos y contra-argumentos de las partes, pruebas y contra-pruebas, etc.; 4) la forma interdependiente en que son asignados los valores a los medios probatorios; 5) la influencia de elementos que son secundarios para el caso (como puede ocurrir con prejuicios raciales) en cambios de estado del sistema; y 6) el hecho de que el mismo caso pueda producir diferentes modelos mentales a pesar de estar aplicando el mismo derecho.

[52] El modelo se encuentra expuesto con una representación gráfica resultante de la elicitación y representación del conocimiento en: Cáceres, Enrique, "Steps towards a Constructivist and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition", *Law and Neuroscience,* Freeman, Michael (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 459-482.

B. *Modelos mentales, elicitación y representación del conocimiento*

El tipo de modelo mental que presento en este trabajo fue obtenido a partir de las siguientes técnicas de investigación cualitativa: 1) entrevistas semiestructuradas; 2) autoseguimiento (*shadowing self)*; 3) interrupción de análisis y 4) mapas mentales.

C. *Arquitectura y dinámica de modelos mentales de razonamiento judicial*

El modelo mental resultante es una red compleja heterogénea cuyos elementos son los siguientes: 1) proposiciones descriptivas de los hechos; 2) proposiciones normativas; 3) medios de prueba; 4) conceptos de la teoría general del delito; 5) decisión final.

La interconectividad entre estos distintos componentes fue modelada como una red neuronal con diferentes capas para cada uno de los elementos previamente mencionados: i) una capa de entrada que corresponde a las proposiciones relevantes para dar cuenta de los hechos; ii) una capa de salida que consiste en la activación de dos neuronas binariamente excluyentes; iii) una capa oculta jerárquicamente superior a la que contienen las proposiciones y que representa los medios probatorios; iv) una capa jerárquicamente superior a la anterior que corresponde a las proposiciones normativas; y v) una capa jerárquicamente superior a la precedente que representa a las circunstancias exculpatorias del delito en cuestión.

Las conexiones son bidireccionales, inter-capa, intra-capa y reiterativas. La densidad de la conectividad es alta y opera entre todas las capas.

La dinámica del sistema asume que la activación de las diferentes neuronas trabaja de acuerdo con la satisfacción del umbral necesario para obtener el estado activo que corresponde a un determinado valor epistémico (creer que "p" es plausible, creer que es probable que "p", estar probado que "p", considerar que "p" es verdadero, etc.). Se asume que la intensidad de las conexiones neuronales no trabaja de manera determinista, sino difusa. Las conexiones sinápticas pueden ser inhibitorias o excitativas. Esta característica es muy importante dado que el razonamiento judicial es dialógico y derrotante. En otras palabras, implica la oposición entre los diversos componentes de la red cuyo procesamiento (en muy buena medida auto-organizativo) debe alcanzar una estructura coherente que corresponda a la decisión final expresada a través de la sentencia.

Un ejemplo muy simplificado de la dinámica sería el siguiente:

> El señor Juan Pérez asiste a la delegación de policía a presentar denuncia por el homicidio de su hermano Abel a manos de otro sujeto llamado Caín.

El ministerio público gira instrucciones a la policía investigadora para que asista al lugar de los hechos.

En un callejón obscuro encuentran a un grupo de personas rodeando un cadáver. Después de haber realizado las diligencias necesarias, el cuerpo sin vida es trasladado al servicio forense.

Después de las indagaciones correspondientes encuentran a Caín y lo llevan detenido a la delegación.

Caín confiesa que durante cierto tiempo había estado trabajando para Abel como vendedor de la droga que éste le proveía, pero que había decidido dejar de dedicarse a esa actividad, lo que enfureció a Abel. Por otros miembros del cártel sabía que había jurado matarlo porque una regla del "negocio" era que nadie podía dejarlo.

Después de haber estado oculto por un tiempo fuera del país, Caín afirma que tuvo que volver al vecindario debido a que su hermano le había hablado para decirle que su madre se encontraba en fase terminal y quería despedirse de todos sus hijos antes de morir.

Afirma también que después de salir de la casa de su madre y haber caminado unos 5 minutos rumbo a la estación de tren, al dar la vuelta en el callejón en el que ocurrieron los hechos, Abel lo interceptó, le dijo que nadie lo podía traicionar y seguir vivo y acto seguido sacó un revólver. Antes de que éste pudiera activar el gatillo, Caín dice que disparó el arma que tenía preparada en la bolsa de su abrigo previendo el desafortunado encuentro. Caín informa a la policía el lugar en que había escondido el arma y sostiene que el dueño de una tienda, quien es su tío, había presenciado los hechos.

Emplearé la notación siguiente para explicar la dinámica del caso:

Nodos proposicionales:

N(p) para neuronas proposicionales correspondientes a las narraciones.

N(e) para las neuronas correspondientes a las pruebas, seguido de un símbolo correspondiente al tipo de prueba. Para las pruebas con manifestación perceptiva: N (em); las científicas N (ec); las reproductivas N (er); las semi-reproductivas N (es); las constatativas N (ek).

N(n) para las neuronas normativas. En este ejemplo evito las neuronas correspondientes a la capa de la teoría del derecho para evitar complicar innecesariamente la explicación.

Nodos proposicionales:

N(p1): Caín disparó un arma de fuego.
N(p2): Caín disparó contra Abel
N(p3): El disparó realizado fue el causante de la muerte de Abel.
N(p4): Caín actuó en legítima defensa.

N(e):

1) Pruebas con manifestación perceptiva:

N(em1): El cadáver.
N(em2): La bala alojada en el cuerpo sin vida.

N(em3): El arma.

2) Pruebas científicas:

N(ec1): Abel murió por disparo de arma de fuego. (Obtenida por aplicación de la técnica pericial T1 a N(em1)).

N(ec2): El arma tenía huellas de Caín. (Obtenida por aplicación de la técnica pericial T2 a N(em3)).

N (ec3): La mano derecha de Caín tenía rastros químicos correspondientes a un disparo (Obtenida por aplicación de la técnica pericial T3 a Caín)

N (ec4): La bala alojada en el cadáver fue disparada con el arma de Caín. (Obtenida por aplicación de la técnica T4 a N (em3).

3) Pruebas semi-reproductivas:

N (es1): Disparé un arma de fuego (confesión de Caín)

N(es2): Abel me amenazó de muerte (confesión de Caín).

N(es3): Abel sacó un arma (confesión de Caín).

N(es4): Privé de la vida a Abel (confesión de Caín)

N (es5): Actué en legítima defensa (confesión de Caín).

N(es6): Abel amenazó de muerte a Caín (testimonio del tío de Caín).

N (es7): Abel sacó un arma de fuego (testimonio del tío de Caín).

N (es8): Caín disparó antes de que disparara Abel (testimonio del tío de Caín).

4) Pruebas constatativas:

N (ek1): Ficha de Abel con antecedentes por tráfico de droga y homicidio.

Conexión entre la capa de pruebas y la proposicional. El símbolo para la conexión será: "₪".

La conexión entre proposiciones y sus respectivas pruebas convergentes de distintas clases, es la siguiente:

N (p1) ₪ [N (em3), N (ec2), N(ec3), N(es1), N(es8)]
N (p2) ₪ [N (ec4),N (es4),N (es8),]
N (p3) ₪ [N(em1),N(em2),N(ec1),N(ec4),N (es8)]
N (p4) ₪ [N (es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7),N(es8)]

El peso epistémico atómico (es decir el concedido a cada una de las pruebas individualmente consideradas) es alto para todas las conectadas con N (p1), N(p2) y N (p3), por lo que cada una de estas proposiciones adquiriría un valor de confirmación alto que alcanzaría el umbral o estándar probatorio suficiente para considerar que es verdad que "p". En este caso, es verdad que Caín disparó un arma N (p1), en contra de Abel N(p2) y la causó la muerte N (p3).

Sin embargo, el valor epistémico de confirmación de la proposición relativa a la legítima defensa es bajo debido a que las pruebas presentadas, semi-reproductivas, dependen de la confesión de Caín y de un familiar que seguramente mentiría para encubrirlo: su tío.

Ahora podemos considerar los nodos normativos. Son básicamente tres:

N (n1): Comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro.
N(n2): Si alguien priva de la vida a otro en legítima defensa, entonces no es responsable de homicidio.
N (n3): Caín es responsable del delito de homicidio (y por lo tanto debe ser sancionado).

La conexión entre nodos proposicionales y normativos sería la siguiente:

N (n1) ₪ [N (p1), N (p2), N(p3)]
N (n2) ₪ [N (p4)]

La activación o no del nodo normativo relativo a la responsabilidad N (n3) dependerá de si el peso epistémico confirmatorio de las N (n1) y N (n2) es suficiente para satisfacer el umbral requerido para activar la N (n3) o si, por el contrario, el peso inhibitorio de N (n2) es suficiente para evitar que se alcance dicho umbral.

La representación completa del modelo mental a partir N (n1) y N (n2) queda como sigue:

N (n1) ₪{[N (p1)] ₪ [N (em3), N (ec2), N(ec3), N(es1), N(es8)] ₪[N (p2)] ₪ [N(ec4),N(es4),N(es8),]₪[N (p3)]₪ [N(em1),N(em2),N(ec1),N(ec4),N(es4),N (es8)]}
N (n2) ₪{[N (p4)] ₪ [N (es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7),N(es8)]}

En el modelo mental descrito hasta el momento (correspondiente a la acusación) el peso inhibitorio de N (n2) (legítima defensa) no sería suficiente para neutralizar el peso de N (n1); por tanto, la "sinapsis" de N (n1) superaría el umbral necesario para que se disparara y activaría N (n3) i.e., el nodo correspondiente a la creencia justificada y considerable como verdadera de que Caín era responsable de homicidio y por tanto debería ser sancionado.

Ahora, supongamos que en el juicio el abogado defensor de Caín aporta un nuevo elemento consistente en un video tomado desde una cámara de seguridad vial donde se observa el momento en que Abel amenaza a Caín y saca el arma antes de que éste le dispare.

Este nodo correspondiente a una prueba reproductiva directa sería:

N (er1) y se conectaría con las demás pruebas conectadas con N (p4):
N (p4) ₪ [N (es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7),N(es8), N (er1)].

La representación completa, integrando al nuevo elemento sería:

N (n1) ₪{[N (p1)] ₪ [N (em3), N (ec2), N(ec3), N(es1), N(es8)] ₪[N (p2)] ₪ [N(ec4),N(es4),N(es8),]₪[N (p3)]₪ [N(em1),N(em2),N(ec1),N(ec4),N(es4),N (es8)]}
N (n2) ₪ {[N (p4)] ₪ [N (es2), N(es3), N(es5), N(es6), N(es7),N(es8), N (er1)]}.

Con esta nueva prueba, N (2), correspondiente al concepto de legítima defensa, adquiere un peso confirmatorio suficiente para neutralizar la activación de N (n3) i.e., la creencia de que es una verdad justificada que Caín ha sido responsable y por tanto debe ser sancionado.

Un aspecto sumamente importante en este ejemplo consiste en señalar la ausencia de confrontación dialógica y derrotante entre las proposiciones de la parte acusadora y la defensa. En ningún momento existe una proposición por parte de Caín en la que niegue haber privado de la vida a Abel. Si ése hubiera sido el caso, entonces el peso confirmatorio de una de las proposiciones hubiera neutralizado el peso confirmatorio de la proposición contradictoria.

En el ejemplo que estamos viendo, las proposiciones contrapuestas adquieren un valor epistémico de verdad justificado: es verdad tanto que Caín privó de la vida a Abel como que Caín actuó en legítima defensa. Sin embargo, en virtud de lo establecido por el derecho positivo o la dogmática penal, la proposición correspondiente a la eximente de responsabilidad es suficiente para neutralizar la activación de la N (n3).

D. *La normatividad epistémica del modelo conexionista y el estándar probatorio*

Hasta este punto pareciera que la utilidad del modelo conexionista es puramente descriptiva y por tanto carece de una propuesta de normatividad epistémica. Sin embargo, no es el caso como pretendo mostrar a continuación.

Antes debe recordarse que el término "estándar probatorio" denota el umbral de confirmación que requiere ser alcanzado a partir de la evidencia para poder considerar justificadamente que una proposición es verdadera.

Laudan nos proporciona algunos ejemplos de estándares de prueba que tienen la virtud de apartarse de la subjetividad que caracteriza a lo que se ha dado en llamar criterios de valoración irracional de la prueba:

> "1) En el derecho romano, para obtener un grado de convicción suficiente para condenar a alguien por un delito debía contarse con dos testigos presenciales que corroboraran la hipótesis o una confesión plausible por parte del inculpado.

> 2) Si hay evidencia inculpatoria o un testimonio creíble que podría ser muy difícil explicar si el inculpado fuera inocente, y no hay evidencia o testimonio exculpatorio que podría ser muy difícil de explicar si el inculpado fuera culpable, entonces condena; de lo contrario, absuelve.
> 3) Si la historia del fiscal acerca del crimen es plausible y no puedes concebir una historia *no* plausible que dejara al inculpado inocente, entonces condena. De lo contrario, absuelve.
> 4) Resuelve si los hechos establecidos por el fiscal se corresponden con cada hipótesis razonable que puedas pensar acerca de la inocencia del inculpado. Si es el caso, condena; en caso contrario, absuelve".[53]

Los modelos matemáticos y la inducción baconiana también son ejemplos de estándares de prueba que parecen satisfacer la virtud de no depender de un meta-análisis de los estados subjetivos del juez, aun cuando puedan ser objeto de críticas en otro sentido.

Sin embargo, como es fácil observar, la mayoría de los estándares de prueba propuestos consisten en recetas demasiado generales, que rayan en el abstraccionismo y que no explicitan elementos fundamentales para servir como criterios normativos de la decisión jurisdiccional. A pesar de su aparente objetividad se centran en una subjetividad cognitiva expresada en términos sumamente vagos tales como: "muy difícil explicar", "no poder concebir una historia *no* plausible", "poder pensar una hipótesis razonable", los cuales no distan mucho de "más allá de toda duda razonable".

Por otro lado, si como hemos indicado en otra parte, la determinación de la verdad depende de las evidencias disponibles y la satisfacción o no del estándar probatorio, las propuestas de estándar referidas adolecen de falta de cobertura explicativa. Ninguna de ellas describe los problemas relativos a la sistematización cognoscitiva que implica la conectividad y dinámica entre pruebas, derecho positivo, teoría del derecho y las narraciones de las partes, que son los elementos constitutivos del espacio cognitivo dentro del cual ocurren las operaciones de juzgadores epistémicamente comprometidos. El modelo mental que emerge de esos procesos es el que sirve de base para determinar si es posible considerar o no a la proposición *probandum* como verdadera y justificada.

[53] Laudan, Larry, *op. cit.*, pp. 81-83.

La normatividad epistémica propuesta por el modelo conexionista deliberadamente evita ser compactada en una receta general y cumple la función de constituir una guía inductora de procesos cognitivos emergentes que sean racionales e intersubjetivamente controlables. Esto significa que no constituye un algoritmo que deba ser, ni pueda ser observado rígidamente para todos los casos. Su función es dar estructura al equilibrio reflexivo que tiene lugar cuando el juzgador realiza la sistematización cognoscitiva de cada caso mediante un proceso codependiente que va de los insumos cognitivos aportados "desde el exterior" al ajuste interno del modelo mental del juzgador y viceversa de manera recursiva hasta alcanzar la clausura de operación cognitiva previa a la decisión final. Algo semejante a lo que sucede con un pintor que, lejos de limitarse a plasmar en el exterior una imagen nítidamente definida en su interior, va produciendo su obra con pinceladas que se co-definen unas a las otras, plasmando las subsecuentes en función de las anteriores, detallando en el proceso el esbozo mental que las orienta y se codefine en el acto pictórico. En este sentido tanto pintor como juzgador "hacen camino al andar", siguiendo un bosquejo de mapa.

El hecho de que distintos sujetos cognoscentes puedan organizar de múltiples formas la misma información es un fenómeno ampliamente conocido en el terreno de la cognición. La ideología detrás de la uniformidad invariantista de quienes pretenden "cientifizar" el razonamiento judicial enmascara estos procesos reales, labrados en nuestra especie a lo largo de siglos de evolución.

La creencia de que los jueces deciden mal porque deciden distinto respecto de otro criterio que sirve de parámetro de referencia no necesariamente es verdadera. En muchas ocasiones creemos que los jueces resuelven mal como consecuencia de los presupuestos invariantistas que suscribimos, pero no porque la diversidad de criterios vaya en contra de lo que es una decisión racional.

La normatividad epistémica del modelo conexionista podría expresarse de la manera siguiente: 1) Identifica las proposiciones relevantes de las narraciones del caso; 2) Identifica las pruebas de las partes; 3) Conecta pruebas y proposiciones con las normas jurídicas y proposiciones de teoría jurídica relevantes; 4) Asigna pesos epistémicos a las pruebas de modo holístico i.e., considerando que sus valores son definidos de modo codependiente; 5) Realiza el análisis de pesos excitativos e inhibitorios de cada una de las neuronas; 6) Determina si la dinámica de los pesos permite o no superar el estándar probatorio correspondiente a la etapa procesal o a la decisión final del caso en cuestión.

Con respecto a la asignación de los pesos epistémicos (confirmatorios o disconfirmatorios) a las distintas neuronas del modelo, debe entenderse que no estoy pensando en los pesos *per se* que deban darse a las pruebas independientemente del caso.

La metodología que se propone para la asignación de los pesos epistémicos parte de un recurso metodológico consistente en suponer que se cuenta con un máximo de "unidades de peso" disponibles para el caso en cuestión, asignado en números enteros del 1 al 10 (o si se prefiere en múltiplos de 10).

A efecto de que la asignación de pesos pueda satisfacer valores infinitos, los valores asignados a cada nodo pueden ser decimales.

La distribución de los pesos se asigna de manera "holística" mediante un equilibrio reflexivo ligado al caso particular.

Sobre una posible crítica contra la aparente imposibilidad de asignar valores numéricos a estados subjetivos, se recuerda que ello constituye un recurso metodológico estándar en la investigación cualitativa.

A efecto de ilustrar de manera sencilla la operación del modelo, retomemos el ejemplo de Caín y Abel: El modelo mental judicial correspondiente al estado inicial del caso podría haber implicado una distribución inicial de pesos para N (n1) =5 y N (n2) = 5, sobre un máximo de 10 unidades iniciales, lo que significa que ambas partes inician en estado de igualdad epistémica (por razones que serán esclarecidas más adelante, evitamos la asignación del peso por *de fault* correspondiente a la presunción de inocencia).

Como se recordará en el caso de Caín y Abel, las pruebas confirmatorias de la hipótesis de la legítima defensa presentadas en una etapa del juicio correspondían a dos semi-representacionales: la confesional del propio Caín y la testimonial de un familiar, su tío. En este supuesto, el valor epistémico a favor de la hipótesis de legítima defensa podría haber correspondido a un peso epistémico de 1 para la confesional y de 2 para la testimonial, lo que haría que el total de las unidades de peso epistémico para la hipótesis de culpabilidad fuera de 3. Por su parte, supongamos que el peso epistémico de las pruebas confirmatorias de la hipótesis de la responsabilidad de Caín correspondiera a un valor de 6 unidades de peso epistémico. En este supuesto, la clausura de operación del modelo mental, en esta fase del proceso, hubiera hecho que la hipótesis de la legítima defensa fuera derrotada por la hipótesis de la responsabilidad por el delito de homicidio cometido por Caín.

Sin embargo, como se recordará, la dinámica de los modelos mentales es co-dependiente respecto de las turbulencias y reacomodos que en los mismos pudieran provocar nuevos insumos cognitivos; por ejemplo, nuevas pruebas. Como se recordará, en el caso de referencia, durante la audiencia de desahogo de pruebas, el abogado del presunto responsable presentó una prueba superveniente consistente en un video registrado por una cámara vial (reproductiva) donde quedó grabado el incidente.

Con esta nueva prueba, el peso epistémico a favor de la hipótesis de la legítima defensa se ve sustancialmente modificado ya que tanto las reproductivas indirectas previas como la reproductiva directa constituyen nuevas pruebas confirmatorias a favor de dicha hipótesis con un peso epistémico que podría corresponder a 9, lo que disminuiría el peso epistémico de las pruebas sobre la hipótesis de la responsabilidad a 1.

Debe señalarse que a efecto de no complicar innecesariamente la ejemplificación de la dinámica del modelo conexionista nos hemos limitado a la confrontación entre las hipótesis de presunta responsabilidad y a la eximente de responsabilidad correspondiente a la legítima defensa. La verdad de la proposición "Caín privó de la vida a Abel", se tiene por verdadera como condición necesaria para que tenga sentido analizar la verdad o falsedad de las hipótesis de presunta responsabilidad y eximente de responsabilidad.

Una distribución de pesos diferentes hubiera tenido lugar en caso de oposición dialógica entre proposiciones relativas a la comisión o no del homicidio de Abel, como podría haber ocurrido si Caín afirmara no haber sido él quien cometió el delito, sino su hermano gemelo. En este caso, la confrontación hubiera sido entre "Caín mató a Abel " y " Caín no mató a Abel", y los pesos asignados en función de las pruebas confirmatorias de cada hipótesis hubieran implicado una correlación en la que los valores de una impactarían en el incremento o decremento de los de la otra y consecuentemente en la dinámica de las proposiciones relativas a la responsabilidad de Caín y su posible sanción.

Volviendo al ejemplo, y en términos más técnicos: en el estado del modelo mental correspondiente a la fase de la audiencia, se neutralizó el flujo del valor epistémico de N (n1) a N (n3), de tal suerte que no se activó la neurona correspondiente a la responsabilidad de Caín N(n3), condición previa para aplicar la sanción.

A efecto de evitar interpretaciones equivocadas acerca de la dinámica del modelo conexionista, debe aclararse que la diferencia de pesos asignada a una neurona respecto de otra con la que está en oposición dialógica no implica una transferencia de las unidades no asignadas a su contraparte de manera automática. Que una de las partes no presente pruebas a favor de

la proposición "p1" y la otra parte presente una confirmatoria de la proposición "p2" con un valor epistémico de 1, no implica que los 9 pesos no asignados a "p1" se transfieran a "p2". La idea de contar con un número total de unidades de valor epistémico no implica que en cada caso se tengan que "gastar" todas las unidades distribuyéndolas entre las pruebas presentadas por las partes. Por ejemplo, puede ser el caso de que una de las partes no ofrezca pruebas y el peso epistémico de las pruebas presentadas por la otra sea de 1. En otras palabras, puede ser que las pruebas presentadas por las partes sean insuficientes para satisfacer el estándar probatorio y el caso se encuentre en indefinición epistémica. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la investigación científica, en la que le determinación de una proposición como verdadera o falsa puede permanecer abierta por tiempo indefinido, en el caso del derecho es necesario decidir en tiempos perentorios para no afectar valores no epistémicos tales como la libertad de una persona detenida durante el procedimiento.

En situaciones de este tipo, es cuando se justifica la utilidad de reglas para la protección de valores no epistémicos tales como el principio *in dubio pro reo*. Sobre la función de estas razones no epistémicas volveremos más adelante cuando revisemos, aunque sea someramente, las críticas por quienes las consideran fuente de desequilibrios epistémicos.

Por último, es importante resaltar que el modelo conexionista evita proponer un estándar probatorio determinista, con el fin de ser compatible con una aproximación contextualista que refleje lo que frecuentemente refieren los jueces cuando sostienen que es difícil dar recetas para ejercer la función jurisdiccional, *pues cada caso es distinto*. Esto, desde luego, no significa que el modelo conexionista defienda una postura subjetivista ni irracional respecto del estándar probatorio dado que los modelos mentales de jueces individualmente considerados están sujetos a una racionalidad general acotada por las distintas capas del modelo conexionista, al control intersubjetivo de la comunidad epistémica de los demás juzgadores, incluyendo a los de mayor jerarquía, y a la comunidad jurídica en general (facultades de derecho, investigadores, etc.).

Una finalidad adicional del modelo conexionista es rescatar a la función jurisdiccional de las distorsiones a que puede llevar la tesis que sostiene que la valoración probatoria ha sido y es irracional, hasta antes de la llegada de los teóricos de la epistemología jurídica, que son quienes les pueden decir a los jueces cómo deben realizar de manera racional el trabajo que siempre han realizado.

Como se ha visto, la caracterización de la irracionalidad en las decisiones judiciales parte de la vaguedad de los términos correspondientes a estándares tradicionales como "más allá de toda duda razonable", "conforme a la íntima convicción", etc., que quedan al arbitrio subjetivo de los juzgadores. Sin embargo, al menos en el caso de sistemas con jueces profesionales, la clausura de operación cognitiva correspondiente a la duda razonable no se da en el limbo del capricho subjetivo, pues está acotada por una estructura compleja que es la que precisamente pretende describir el modelo conexionista. Dicho en otras palaras, la normatividad epistémica propuesta parte de la adecuada operación de los procesos cognitivos que efectivamente son realizados por los jueces como parte de una racionalidad general acotada, mismos que son descritos por el modelo.

Con respecto a la validación del modelo, cabe decir que las investigaciones exploratorias realizadas con jueces han mostrado que al considerar las prescripciones de la normatividad epistémica del modelo conexionista, se activan procesos de sistematización cognoscitiva de los que emergen modelos mentales con una alta frecuencia de convergencia respecto de cuál sería la decisión correcta, a pesar de divergencias en las asignaciones de pesos.

La explicación a este fenómeno es que los elementos constitutivos del modelo mental surgidos a lo largo de cada caso funcionan como restrictores de sistematización y clausura cognitiva. Trataré de ilustrar lo que esto significa de la siguiente manera: supongamos que a un grupo de personas se les invita a pensar en "chocolate". Entre las asociaciones algunos podrían pensar en chocolate con leche, otros en chocolate en polvo, otros en chocolate en barra, etc. Supongamos ahora que se introduce la instrucción "piensen ahora en chocolate en barra". Con este nuevo elemento los procesos cognitivos relacionados con la memoria eliminan del espacio de búsqueda representaciones correspondientes a chocolate en polvo, chocolate con leche o chocolate con agua, pero aún se puede pensar en distintos tipos de chocolates en barra: chocolate a la francesa, chocolate amargo, chocolate con avellanas, etc. Supongamos que ahora se introduce un nuevo restrictor y se emite la nueva instrucción "piensen en chocolate en barra amargo marca Cocoatl".

En este experimento mental, los participantes irán convergiendo en sus respuestas en función de los restrictores cognitivos que se vayan introduciendo. En el mismo sentido, los elementos constitutivos del modelo conexionista, nodos, capas y conexiones constituyen restrictores cognitivos que determinan las posibles formas de sistematización y clausura cognitiva con grados importantes de consenso respecto del resultado final. A diferen-

cia de otras propuestas de normatividad epistémica, el modelo conexionista propone una estrategia basada en la emergencia del estado correspondiente a la clausura de operación propia de la decisión, debida a los constreñimientos que el propio derecho y la teoría jurídica establecen a los operadores jurídicos. En este sentido, no pretende prescribir procesos de razonamiento ajenos al razonamiento judicial, sino que parte de los propios procesos cognitivos de los juzgadores para determinar las condiciones bajo las cuales una creencia sobre lo que ha sido al caso en el mundo puede ser justificada como verdadera.

Quedarían muchas cuestiones por desarrollar respecto del modelo conexionista, pero es momento de detenerse aquí.

VI. Las pruebas (3): Clausura de operación cognitiva. La determinación de la verdad (prueba en sentido 2).

Recapitulando lo expuesto acerca de la prueba, hemos partido de que "prueba" es una palabra polisémica. De sus significados se han considerado relevantes cuatro para este trabajo y también hemos señalado que, dentro de su polisemia, adolece de ambigüedad proceso-producto. Dos de sus sentidos corresponden a insumos: a "prueba" en sentido genérico y a "prueba" en sentido específico. Otro de sus sentidos corresponde a la apreciación, evaluación y ponderación probatoria, con lo que hemos agotado el sentido "proceso" de la ambigüedad de la expresión. Nos queda por revisar el sentido de "prueba" como producto, que corresponde a la fase final de la decisión acerca de si se cuenta o no con la prueba de los hechos y la relación de este sentido con el de verdad.

1. *Teorías de la Verdad*

Hablar de verdad es un tema complicado. Contemplada desde el prisma de la filosofía, la respuesta a preguntas del tipo: ¿"es verdad que 'p'"?, ¿"no es verdad que 'p'"?; ¿"es falso que 'p'"?, etc., carece de un criterio único debido a la existencia de distintas teorías de la verdad defendidas por algunos de los más grandes filósofos: Russell, Austin y Tarski (defensores de diferentes versiones de correspondentismo); Blanshard y Neurath (defensores de diferentes teorías coherentistas); Peirce, James y Dewey (defensores de dife-

rentes teorías pragmáticas); Ramsey, Davidson y Quine (defensores de distintas versiones de teorías deflacionarias). Como es de suponerse, entre estos autores hay complejas discusiones que no es posible abordar aquí.

Dadas estas dificultades, la estrategia que seguiré consistirá en dar un marco general de referencia en el cual ubicar a las dos teorías de la verdad que son más referidas en la epistemología jurídica: la coherentista y la correspondentista.

Según García Suárez,[54] las teorías de la verdad se pueden clasificar en sustanciales y deflacionarias. Las primeras son aquellas que sostienen que la verdad se define en términos de alguna propiedad o conjunto de propiedades, y se oponen a las deflacionarias, para las cuales el predicado "es verdadera" nos es un predicado genuino.[55]

Las teorías sustanciales se clasifican a su vez en realistas y no realistas. Según el mismo autor:

> Una teoría *realista* de la verdad afirma que un enunciado es verdadero si, y sólo si, se da el estado de cosas que expresa, con independencia de la existencia de cualquier mente o de cualquier esquema conceptual. La mayoría de las teorías de la verdad por correspondencia caen en este apartado.[56]

A. *Teorías correspondentistas realistas*

Con base en lo anterior, una teoría correspondentista realista sostendría que las montañas, los mares, etc. corresponden a estados de cosas que se dan con independencia de cualquier mente que pudiera pensarlos. Es decir, que ocurrirían aún cuando no hubiera existido especie alguna que pudiera percibirlos, ni pensar en ellos o pretender explicarlos.

La tesis central de las teorías de la correspondencia de esta clase consiste en sostener que "un enunciado es verdadero si, y, solo si, se corresponde con los hechos".

La principal objeción a estas teorías se dirige a considerar los hechos como entidades extralingüísticas, o extracognitivas.

Frege, por ejemplo, usa la metáfora de una pintura para poner de relieve la equivocación. Un cuadro figurativo, como sería el caso de una pintura paisajista o un retrato, puede considerarse verdadero debido a una propiedad relacional con respecto a lo que busca representar. Sin embargo, una proposición que predica verdad no es relacional: "no se trata aquí de que tengamos primero que descubrir el estado de cosas que pretende describir y

[54] García, Alfonso, *Modos de significar,* España, Tecnos, 1977.
[55] *Ibidem,* p. 188.
[56] *Idem.*

luego comparar la oración con él para ver si corresponde o no…¿Qué es un hecho? Un hecho es un pensamiento que es verdadero".[57] Si el pensamiento expresado por la oración "*p*" es verdadero, entonces es un hecho que *p* y no hay dos cosas distintas que sirvan de términos de comparación, ya que decir 'Es un hecho que "*p*" es equivalente a decir "El pensamiento de que *p* es verdadero".[58]

B. *Teorías correspondentistas no realistas*

"Una teoría no realista puede ser una teoría de la correspondencia, pero entonces negará que el estado de cosas expresado por el enunciado sea independiente de nuestras mentes o de nuestro esquema conceptual".[59]

C. *Teorías coherentistas idealistas o racionalistas*

Al igual que las pragmatistas, las versiones paradigmáticas de este tipo de teorías son no realistas.

Los principales defensores de las teorías coherentistas de esta clase suelen ser idealistas o racionalistas y su tesis central implica que si la realidad fuera algo completamente externo a la mente nos llevaría al escepticismo dado que sería imposible conocer algo.[60]

De ahí se sigue que para que el mundo pueda ser conocido requiere ser pensado en algún grado. Si a esto se agrega el supuesto de que el mundo es coherente, entonces nuestras creencias serán verdaderas en la medida en que sean coherentes con otras creencias con las que conforman un sistema.[61]

Para defensores de esta versión de coherentismo, como es el caso de Blanshard la verdad absoluta es inalcanzable y consecuentemente es posible hablar de grados de verdad.

D. *Teorías coherentistas "realistas" o "cientificistas"*

[57] Gottlob Frege, "Der Gedanke", en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, vol. 1, 1918-9, pp. 58-77 (traducido al español por Margarita Valdéz como "Pensamiento", en Margarita Valdez (ed.) *Pensamiento y Lenguaje*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 25-48.

[58] *Ibidem*, p. 192.

[59] *Ibidem*, p. 188.

[60] *Ibidem*, p. 207.

[61] *Idem.*

No todas las teorías coherentistas comparten los supuestos de las versiones idealistas o racionalistas referidas previamente.

Filósofos analíticos de la talla de Neurath y Carnap sostuvieron también una teoría coherentista después de rechazar la idea ampliamente aceptada en su tiempo de que había proposiciones básicas que servirían como sustento de la ciencia toda vez que se referían a lo dado inmediatamente en la experiencia. Si esto fuera el caso, se presentaría el problema de fundar la ciencia en experiencias privadas y por tanto no se podría explicar el control intersubjetivo que tiene lugar durante la comunicación.

De ahí sostuvieron una tesis reduccionista según la cual las proposiciones básicas deberían referirse no a experiencias privadas sino a objetos o eventos públicos, físicos.

Con esto, las proposiciones básicas perderían su estatus privilegiado ya que si una proposición básica llegara a entrar en conflicto con otra proposición jerárquicamente superior como es el caso de una ley de la física, habría que desechar a la proposición básica. Esta idea está en la base de la refutación de las observaciones perceptivas cuando chocan con los resultados de la ciencia. Por ejemplo, al introducir un bastón en una piscina alguien podría afirmar que el bastón se ha ondulado a juzgar por el cambio en su apariencia. Ello chocaría con la explicación proporcionada por los fenómenos de refracción estudiados por la óptica, con lo que el enunciado básico debería ser rechazado al contradecir a un enunciado de la física.

Como objeción a esta versión de coherentismo se opuso que podría haber dos o más sistemas coherentes y contradictorios, a lo que Neurath y Carnap respondieron que el criterio para decidir entre ellos lo proporcionaría la ciencia.[62]

2. *Teorías de la verdad y epistemología jurídica*

Una gran mayoría de los especialistas en epistemología jurídica afirman suscribir una teoría de la verdad por correspondencia. Sin embargo, resulta llamativo que no explicitan el tipo de correspondentismo al que se adhieren.

En este apartado haré una somera revisión de la relación entre los problemas relativos a la determinación de la verdad en el derecho y las teorías de la verdad referidas previamente.[63] El objetivo será identificar el modelo

[62] *Ibidem*, p. 209.

[63] El alcance de las consideraciones realizadas sobre verdad y el derecho se circunscribe al terreno tradicional de la epistemología jurídica aplicada, es decir, a las relativas a proposiciones descriptivas de hechos institucionales jurídicos que han acaecido o son susceptibles

que tiene el mayor poder explicativo para el mundo del derecho. Iniciaré por la teoría más referida.

A. *La teoría de la verdad por correspondencia realista y la epistemología jurídica*

Como se recordará, esta teoría de la verdad afirma que un enunciado es verdadero si, y sólo si, se da el estado de cosas que expresa, con independencia de la existencia de cualquier mente o de cualquier esquema conceptual.

Como es fácil percibir, una teoría de este tipo es defendible en el terreno de las ciencias de carácter natural, como es el caso de la física o de la química, donde tiene sentido asumir que los fenómenos que pretenden explicar existirían aun cuando no hubiera ningún ser humano capaz de percibirlos o pensarlos. A pesar de las críticas que podría recibir dicha concepción desde una perspectiva constructivista (que no desarrollaré aquí), forma parte del sentido común suponer, por ejemplo, que los fenómenos astrofísicos existieron antes de la aparición del hombre.

Sin embargo, las cosas son muy distintas en el caso del derecho donde, como hemos visto, los hechos y prácticas jurídicas tienen lugar en el ámbito de los hechos institucionales, mismos que tienen como condición de existencia la constitutividad de las reglas que los crean.

Esta propiedad hace que en el derecho no pueda ser satisfecha la principal característica exigida por una teoría de la verdad por correspondencia de corte realista, pues si no hubiera mentes que incorporaran a su sistema de creencias y por tanto a sus modelos mentales el contenido de las normas constitutivas, sería imposible identificar en el mundo hechos jurídicos que pudieran operar como condiciones de verdad de las proposiciones que afirman que han sido el caso en el mundo.

Recuperando el ejemplo presentado cuando se expusieron los conceptos de reglas constitutivas y hechos institucionales, de no haber mentes en el mundo que hubieran incorporado a sus modelos mentales la existencia del delito de defraudación fiscal, como consecuencia del poder constitutivo del

---

de acontecer en el mundo. Por tanto, se dejan fuera de consideración los problemas relativos a la determinación de la verdad de proposiciones metaligüísticas sobre enunciados del derecho positivo, como sucede al afirmar: "Conforme al artículo 10 del código penal mexicano a quien comenta el delito de homicidio se le sancionará con pena de 10 a 20 años de prisión". En este caso la verdad o falsedad dependerá de que efectivamente la norma contenida en dicho código establezca que "a quien cometa el delito de homicidio se le sancionará con pena de 10 a 20 años de prisión".

derecho positivo, simplemente sería imposible encontrar en el mundo un hecho de esa naturaleza.

Por esta razón, una teoría correspondentista como la referida resulta inapropiada para dar cuenta de la determinación de la verdad en el derecho.

B. *La teoría de la verdad coherentista, narración y epistemología jurídica*

Como hemos visto, las críticas a la concepción coherentista de la verdad por parte de la comunidad de la epistemología jurídica suele dirigirse a una versión de narración atacada con el irrefutable argumento de que una la coherencia proposicional de una narración puede y a la vez ser falsa, lo que hace que este modelo sea también inadecuado para dar cuenta de lo que acontece en el derecho, donde los hechos institucionales pertenecen a una dimensión diferente a la meramente lingüística o proposicional. Un cadáver, por ejemplo, no es una entidad proposicional y constituye una condición imprescindible para la determinación de la verdad de una proposición que afirma que alguien cometió un homicidio.

C. *Pasos hacia una teoría de la verdad correspondentista y constructivista en el derecho*

Las dos clases de teorías analizadas previamente, la correspondentista y la coherentista, pueden considerarse como los polos más distantes en un gradiente que contiene otras teorías intermedias. Tal es el caso de las teorías correspondentistas no realistas y del coherentismo "realista" o cientificista expuestos anteriormente.

En mi opinión, una adecuada teoría de la verdad para el derecho se ubica en esta zona intermedia. Sin embargo, no podría corresponder a una postura coherentista "realista" o cientificista, por el hecho de que los hechos institucionales jurídicos se encuentran en el dominio de los artefactos culturales cuya verificación empírica escapa a los métodos tradicionales de la ciencia natural. Por ejemplo, ¿qué podrían decir los métodos de la física o de la química para resolver la pregunta de si un contrato es o no válido? Por esta razón, no considero que la teoría coherentista "realista" pudiera ser una buena candidata a explicar las condiciones bajo las cuales se determina la verdad en el derecho.

Nos resta considerar una teoría de la verdad por correspondencia no realista (en el sentido de realismo señalado previamente).

Al respecto, señala García Suárez: "Una teoría *no realista* puede ser una teoría de la correspondencia, pero entonces negará que el estado de cosas

expresado por el enunciado sea independiente de nuestras mentes o de nuestro esquema conceptual".[64]

El problema de esta caracterización para toda teoría de la correspondencia no realista es que resulta insuficiente para dar cuenta de las implicaciones que esta afirmación tiene en el derecho.

El problema central que enfrentaría una interpretación no caritativa de esa afirmación es que pareciera estar defendiendo una postura relativista en la que la mente de los sujetos cognoscentes "es la medida de todas las cosas". La relevancia de este problema se pone de manifiesto si formulamos la siguiente pregunta: ¿Qué distingue la representación mental de la escena de un evento que nunca pasó (por ejemplo, imaginar haber comido ayer un helado de chocolate), de un recuerdo sobre algo que efectivamente aconteció (haber comido ayer helado de chocolate)? Solemos afirmar que el evento que realmente aconteció fue real, mientras que el segundo fue meramente imaginado. Ambos son constructos cognitivos, pero algo los distingue; ¿qué es?

Sin poder profundizar en este interesante problema, trataré de explicarlo conectándolo con un ejemplo proporcionado previamente. Lo primero que hay que hacer es recordar que nuestras percepciones más básicas, incluyendo el mundo que percibimos en colores, son el resultado de las propiedades cognitivas que caracterizan a nuestra especie. En estricto sentido, los colores no están "afuera", pues "afuera" lo único que existe es el espectro electromagnético del que algunas longitudes de onda pueden ser captadas por los fotorreceptores de la retina del ojo humano, que las envían como señales nerviosas al cerebro para que las interprete en términos de percepción visual. Esto significa que nuestra percepción de un hueso que parece estar ahí afuera tal cual es, con independencia de una mente que lo perciba, no es sino una construcción cerebral, de la misma manera que lo es la teoría filogenética que lo convierte en un hueso relevante para la investigación científica. La diferencia entre hueso y teoría es que en el caso del sistema proposicional que es la teoría, no hay intervención del proceso de construcción perceptiva que tiene lugar al "ver" a ese hueso en concreto.

Esto significa que lo que consideramos real es el resultado de una sistematización cognoscitiva que da coherencia a insumos cognitivos que pueden ser de diferentes clases, provenir de distintas fuentes e involucrar procesos cognitivos diferentes. Algunos de estos pueden ser proposicionales (como es el caso de la teoría filogenética), pero otros pueden corresponder a

[64] *Ibidem*, p. 188.

información distinta. En el caso del hueso, las ondas electromagnéticas que organizamos para tener la percepción de un hueso corresponden a una dimensión distinta a la proposicional por la que se expresa la definición de la palabra "hueso".

En este sentido, podemos sostener que existe una construcción incluso de las ciencias empíricas, cuya interpretación puede ser determinada en función de un marco proposicional de referencia.

Si en el caso de la ciencia, es la teoría la que determina los datos empíricos que podemos considerar como reales, en el caso del derecho, el marco proposicional corresponde a las proposiciones contenidas en las capas del modelo mental de la teoría conexionista correspondientes tanto al derecho positivo como a la teoría del derecho y a la narración de los hechos expuestos por las partes participantes en el proceso. *Sens data* tales como las heridas de un cadáver, las lesiones en el rostro, el daño a un automóvil como consecuencia de un hecho o un acto jurídico, etc., dan cuenta de cambios en los estados de cosas del mundo que se ubican en la dimensión de los hechos institucionales jurídicos. Estos datos, en algún sentido, pueden entenderse como vestigios de conductas o hechos jurídicamente relevantes, de la misma manera que ocurre con los vestigios arqueológicos de una civilización desaparecida. En ambos casos, dichos vestigios (o mejor dicho la representación de esos vestigios) son parte de una sistematización cognoscitiva en la que los elementos percibidos adquieren significado en función de la manera en que son codependientemente definidos conjuntamente con el sistema proposicional correspondiente a una teoría conceptual o al modelo mental jurídico dentro del cual se insertan.

Lo anterior no debe ser entendido como que los *sens data* (el hueso filogenéticamente relevante o el cadáver resultante de un homicidio) son el único tipo de elementos que cuentan como vestigios por corresponder a cambios en el mundo físico o natural. También puede haber vestigios de carácter meramente simbólico, como sucede en el caso de la determinación de la verdad de una proposición que afirma que un sujeto es responsable del delito de lavado de dinero, en cuyo supuesto los datos serían los "vestigios" dejados como resultado de los movimientos financieros registrados en las bases de datos del sistema bancario internacional.

Por otra parte, no debe suponerse que la teoría de la verdad propuesta opera únicamente respecto de proposiciones ex–post-fácticas. De ser así, no daría cuenta de proposiciones emitidas respecto de la probabilidad de eventos a futuro, como podría ocurrir en un caso en el que se emite una proposición predictiva respecto de un evento que podría ocurrir. Por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva por haber razones de peso suficien-

tes para asumir que el presunto responsable podría intentar evadir la acción de la justicia.

Esto significa que la correspondencia con el mundo no opera mediante un mapeo directo, sino respecto de lo que percibimos y sabemos acerca del mismo. En el caso de una proposición predictiva probabilística, como acontece con la que afirma que existe una probabilidad importante de evasión, la proposición no necesita ser mapeada con el hecho de que el sujeto no pueda ser localizado, sino con lo que sabemos acerca de la probabilidad que existe de que dadas ciertas condiciones, los presuntos responsables tienden a huir de la ley, con base en experiencias previas.

Desde esta perspectiva, la determinación de la verdad en el derecho queda explicada por una teoría de la verdad por correspondencia de corte constructivista que presupone que aquello que consideramos verdadero es el resultado de operaciones de sistematización cognitiva que organizan de manera coherente información tanto de tipo proposicional (normas jurídicas, teorías del derecho, jurisprudencia, narraciones de las partes, etc.) como empírica (el golpe en un auto-causado por otro, el cambio fisiológico derivado de una intervención quirúrgica negligente, etc.). De esta forma, en la teoría propuesta quedan integrados satisfactoriamente algunos elementos de la teoría de la correspondencia que ve con recelo entender a la verdad como producto de operaciones de coherencia proposicional que tienen lugar de manera auto-contenida en el sistema cerrado de nuestra mente, así como de la teoría coherentista, sin que ello implique excluir los elementos empíricos. La tesis que se rechaza de las teorías de la verdad por correspondencia realistas es aquella que consistente en suponer que una proposición es verdadera, al menos en derecho, cuando corresponde con un aspecto del mundo que sería al caso con independencia de cualquier mente que lo percibiera o pensara.

D. *"Determinar es verdad que 'p'" y "Es verdad que 'p'"*

Uno de los temas más repetidos en textos del derecho procesal, que en algún sentido se ocupaban de problemas epistémicos de manera "proto-epistémica", es la dicotomía conceptual entre distintos tipos de verdad en el derecho (verdad histórica y verdad judicial). Desde el prisma de la epistemología contemporánea, el tema sigue estando en el centro de debate. Sin que sea posible dar un tratamiento exhaustivo aquí, trataré de esbozar una respuesta desde el enfoque del constructivismo jurídico.

El punto de partida consistirá en volver a visitar los conceptos de reglas constitutivas y reglas regulativas, hechos brutos y hechos institucionales.

Partiré del supuesto de que es posible distinguir dos tipos de condiciones de verdad para proposiciones aseverativas de hechos jurídicamente relevantes, ligadas al concepto de constitutividad.

Sin que ello vaya en detrimento de su función constitutiva, el núcleo semántico de algunas reglas constitutivas presenta una convergencia respecto de la definición no jurídica de las conductas normativas. Por ejemplo, las propiedades de una conducta expresada mediante "privar de la vida a otro" corresponden a la expresión no jurídica 'matar'. Obviamente en el mundo ha habido actos de privación de la vida por parte de seres humanos sobre sus congéneres, antes de la existencia de lo que hoy consideraríamos derecho. Esto significa que las condiciones de verdad para una proposición del tipo "Tuc mató a Puc" no están condicionadas a una regla constitutiva y corresponden simplemente al hecho de que efectivamente Tuc haya causado la muerte de Puc.

La convergencia entre el contenido de las reglas constitutivas jurídicas y estas definiciones implica que, a pesar de contener prácticamente las mismas propiedades definitorias, el hecho de estar contenidas en una norma jurídica hace que adquieran un efecto constitutivo para el mundo jurídico. En el caso que nos ocupa, las propiedades ya no definen una mera conducta, sino un delito denotado con el término técnico "homicidio".

El hecho de que en el mundo preexista un "recorte" que posteriormente es "constitutivizado" por una norma jurídica no significa que el mundo sea igual con y sin dicha "constitutivización". La diferencia en ambos supuestos es de orden sistémico. Si, por ejemplo, la norma que establece el tipo de homicidio fuera derogada, nadie podría ser enviado a prisión por dicho delito, aun cuando continuaran realizándose privaciones de la vida.

Sostengo que las proposiciones aseverativas de hechos institucionales jurídicos del tipo del homicidio cuentan con condiciones de verdad independientes de la constitutividad de las reglas jurídicas. Es decir, una proposición "x cometió un asesinato" y "x cometió homicidio" convergentes con las condiciones de verdad respecto del núcleo semántico: "x privó de la vida a y".

Por otra parte, existen reglas constitutivas que no presentan esta correspondencia con definiciones extra-jurídicas y por tanto sus hechos institucionales jurídicos tampoco tienen equivalente en el mundo de los hechos brutos. Por ejemplo, la proposición que afirma: "el juez no realizó una adecuada adminiculación probatoria".

A diferencia de las anteriores, las proposiciones aseverativas de hechos institucionales jurídicos de este tipo tienen condiciones de verdad dependientes de la constitutividad de las reglas que constituyen sus condiciones de existencia.

Con base en esta diferencia es posible abordar la diferencia entre "Determinar que es verdad que '*p*'" y " Es verdad que '*p*'".

La determinación de la verdad de '*p*' presupone la operación de la normatividad epistémica que hemos referido previamente. Es decir, corresponde al proceso de sistematización y clausura de operación cognitiva realizado por un juzgador. Sin embargo, en el caso de proposiciones con condiciones de verdad independientes de constitutividad, puede acontecer que el hecho de "determinar que es verdad que 'p'" no corresponda con "es verdad que 'p'". Por ejemplo, puede suceder que el homicidio hubiera sido cometido como producto de una persecución política global como la que tuvo lugar durante la tristemente célebre "Operación Cóndor" en la época de las dictaduras latinoamericanas, durante la que se suministraban cardiotónicos a sujetos que se oponían al sistema, y que eran públicamente relevantes con el objeto de inducirles la muerte por un infarto cardiaco, sin dejar rastro de homicidio.

En estos casos, ante la ausencia de material probatorio, un juez que conociera de un caso de homicidio por inducción de infarto tendría que determinar que "x fue víctima de homicidio" es falso, a pesar de haber sido verdadero, es decir, a pesar de que en el mundo hubiera sido al caso de que una persona hubiera sido privada de la vida.

Ahora, si suponemos que pasado algún tiempo, y gracias a los avances de la biología molecular, es posible determinar si una persona fue o no víctima de un infarto inducido, entonces ya existiría la posibilidad de determinar que "x fue víctima de homicidio por inducción de infarto cardiaco", es verdadera. Algo sumamente importante es que ello sería factible aun cuando dentro de las reglas de exclusión de evidencia del sistema jurídico en cuestión se hubieran prohibido las pruebas periciales en biología molecular.

Esto significa que la posibilidad de coincidencia entre "Determinar que es verdad que 'p'" y "Es verdad que 'p'" depende de los recursos epistémicos disponibles, no sólo en los casos en concreto, sino en general dependiendo de la robustez epistémica del sistema jurídico en cuestión.

En el nuevo estado de cosas, la determinación de la verdad y la verdad no pertenecen a universos diferentes y es posible identificar si un juez ha cometido un error epistémico al determinar que 'p' es falso.

A diferencia de lo que acontece con las proposiciones aseverativas de hechos institucionales jurídicos con condiciones de verdad independientes de constitutividad, en las dependientes de constitutividad, no existen criterios extrajurídicos que permitan distinguir entre "Determinar que es verdad que 'p'" y Es verdad que 'p'", pues dicha determinación se obtiene mediante procesos jurídicos "auto-contenidos" en el derecho. En el ejemplo de la impugnación por una inadecuada adminiculación probatoria, la determinación de la verdad de la proposición aseverativa no podría ser declarada verdadera fuera de los procesos que posibilita el propio derecho, incluyendo, desde luego, los de sistematización cognoscitiva y clausura de operación cognitiva.

En este tipo de proposiciones, a diferencia de lo que ocurre con las independientes de constitutividad, no existe un hecho dado desde el inicio del proceso equivalente a haber privado de la vida a otro. En principio, nadie, ni el presunto responsable puede saber si es verdad o no que no adminiculó adecuadamente las pruebas presentadas en primera instancia. En estos casos, la determinación de la verdad no cuenta con criterios distintos al propio derecho y sobre todo al seguimiento de la normatividad epistémica y el control intersubjetivo de la propia comunidad jurídica, en especial la del poder judicial. En casos como éste, se suele asumir que siempre fue verdad que 'p' y el juez lo que hizo fue descubrirlo.

Llegados a este punto de la exposición, es posible dar un paso más y distinguir entre los términos introducidos en el debate epistémico jurídico por Jordi Ferrer,[65] pero con algunas matizaciones semánticas: "tener por probado que 'p'", "estar probado que 'p'" y "es verdad que 'p'".

Un juez puede tener por probado que 'p' cuando ha determinado que 'p' es verdadero, sin haber alcanzado el estándar probatorio exigido por la normatividad epistémica del caso. Por ejemplo, si en los pesos epistémicos a favor de la hipótesis de la culpabilidad el material probatorio arroja un peso epistémico de 1. Para casos de este tipo diremos que ha ocurrido una arbitrariedad judicial por insuficiencia epistémica.

Está probado que 'p', cuando se satisface el estándar probatorio exigido por el adecuado seguimiento de la normatividad epistémica dentro de las restricciones impuestas por las normas del sistema en cuestión. Tal como se ha indicado, las condiciones para determinar que está probado que 'p' podrán o no ser suficientes para coincidir con "Es verdad que 'p'". En casos de este tipo, es posible tener decisiones jurídicamente válidas que no sean verdaderas.

[65] Ferrer, Jordi, *op. cit.*, nota 17.

"Es verdad que 'p'" presupone haber alcanzado el estándar de prueba necesario para justificar epistémica y no sólo jurídicamente la creencia de que es verdad que "p". Los estándares cambian en función de si se trata de proposiciones con condiciones de verdad independientes de constitutividad, o si son dependientes de constitutividad. En el caso de las primeras, la determinación de "es verdad que "p" presupone haber satisfecho las condiciones necesarias para tener por justificada dicha creencia, con independencia de los que pudiera establecer el sistema normativo; por ejemplo, haber realizado las periciales en biología molecular en el caso de homicidio por inducción de infarto. En el caso de las independientes de constitutividad, las condiciones para tener por justificada la creencia de que "p" es verdadera, más allá de las deficiencias epistémicas que pudiera tener el derecho positivo, podría provenir de fuentes distintas a las instituciones judiciales; por ejemplo, de la comunidad académica.

En síntesis: los términos epistémicos "tener por probado 'p'", "estar probado 'p'", "ser verdad que 'p'", "estándar probatorio" y "estándar de prueba" guardan la siguiente relación:

1) *"Tener por probado 'p'"* implica un error epistémico consistente en que la decisión no satisface ni siquiera las condiciones necesarias para ser jurídicamente válida. Esto significa que, además de una falta de justificación epistémica, carece de justificación normativa jurídica. Equivale a una decisión arbitraria por insuficiencia epistémica.

Debe subrayarse que el hecho de tener por probado "p" no excluye necesariamente que la decisión haya coincidido con la verdad. Por ejemplo, podría suceder que un funcionario con una sobrecarga de trabajo decidiera la declaración de inocencia o culpabilidad a un cara o cruz y que el resultado haya coincidido con el resultado epistémico correcto. Sin embargo, de lo que adolecería dicha decisión es de una justificación. Hay que recordar que como dijimos al principio, el hecho de que una proposición sea verdadera no es suficiente para que esté epistémicamente justificada.

2) "Estar probado que 'p'" implica que la decisión ha sido tomada respetando las normas jurídicas requeridas para tales efectos, incluso a pesar de ser normas jurídicas con efectos contraepistémicos: Esta propiedad estaría presente, por ejemplo, en las decisiones tomadas por juzgadores que respetan un sistema tasado o reglas de exclusión de evidencia relevante. En estos casos, las decisiones serían jurídicamente válidas y podrían ser además verdaderas dependiendo de las virtudes epistémicas del derecho positivo en cuestión.

3) "Ser verdad que '*p*'" implica que la decisión es tanto verdadera como justificada desde el punto de vista epistémico, con independencia de lo que establezca el derecho positivo (recuérdese el ejemplo de la pericial en biología molecular). Es importante subrayar aquí el desuso en que han caído las teorías de la verdad correspondentistas basadas en un realismo ingenuo que asume que puede haber verdades absolutas en función de su correspondencia con un mundo tal cual está dado con independencia absoluta de los sujetos cognoscentes. Desde luego lo ideal es que las normas jurídicas de derecho positivo y la normatividad epistémica requerida para la determinación de la verdad sean convergentes para producir decisiones tanto válidas jurídicamente como verdaderas epistémicamente.

4) Estándar probatorio y estándar de prueba. Las decisiones verdaderas constituyen una garantía mínima de justificación epistémica que no puede ser disminuida sin caer en arbitrariedad judicial por insuficiencia epistémica. Sin embargo, a partir del umbral de dicho estándar la sociedad puede definir distintos grados de exigencia congruente con la distribución de errores epistémicos que esté dispuesta a aceptar.

VII. Los efectos contraepistémicos del derecho positivo y la disyuntiva entre valores epistémicos y valores no epistémicos

1. *Normatividades presupuestas y efectos contraepistémicos*

Quizá como una extensión de la creencia de que el conocimiento se encuentra dividido en parcelas correspondientes a diferentes ciencias (hoy en profunda revisión), el derecho, pero sobre todo, su pretensión de cientificidad, por mucho tiempo ha reclamado su propio territorio:[66] las normas jurídicas como centro de la actividad práctica y unidad de análisis teórico.

Es innegable que dicha concepción, cristalizada sobre todo en el positivismo jurídico, permitió tener grandes avances en nuestra caracterización y comprensión del derecho. Sin embargo, tal vez haya llegado el momento de considerarla como una escalera wittgensteiniana que debemos arrojar desde el segundo nivel al que nos ha permitido ascender.

Entre los efectos perniciosos de dicha concepción se encuentra un aislamiento del derecho de otras áreas del conocimiento que hoy se entrelazan

[66] Quizá el ejemplo más claro de esta pretensión sea el concepto de pureza metódica defendido por Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*.

cada vez más para ofrecer explicaciones inter y transdisciplinarias. Resulta sumamente llamativo que, siendo el objetivo central del derecho la conducta humana, los juristas hayamos dado la espalda a los avances en las ciencias de la conducta contemporáneas que están impactando de manera transversal en diversas disciplinas e, incluso, nos están llevando a revisar profundamente la concepción que tenemos sobre nosotros mismos. Es así que, por ejemplo, en diversas tradiciones de dogmática penal, nos hemos atrevido a generar nuestra propia psicología, poblada de conceptos especulativos que nada tienen que ver con lo que sabemos actualmente gracias a las ciencias cognitivas.

Otro de los efectos de dicha postura consiste en la ingenua fe que tenemos en nuestra capacidad de modelar la vida social a partir de nuestras elucubraciones normativas, sin tener la capacidad de modelar la forma en que efectivamente incidiremos en la dinámica de los sistemas que pretendemos crear o transformar. Por esta razón, frecuentemente generamos efectos contraproducentes que ni siquiera estamos en aptitud de percibir. Desde la visión de túnel proporcionada por nuestros modelos mentales jurídicos nos contentamos con asumir que el mundo cambiará a partir de la generación de normas, como hemos imaginado que lo hará.

Así, no es inusual que la emisión de normas que pretenden regular la dinámica de las bolsas de valores genere disfunciones en sus procesos de operación natural con efectos negativos, o que el deseo de promover la inversión extranjera traiga como consecuencia un impacto pernicioso en los ecosistemas, que nunca se calculó.

En ocasiones, la normatividad presupuesta no es ajena a la constitutividad jurídica y opera en la dimensión de los hechos institucionales jurídicos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando en ciertas sociedades con una matriz cultural proclive a la corrupción se pretende erradicar el delito de cohecho aumentando las sanciones y, por no tomar en cuenta las reglas de racionalidad económica, lo que se consigue es encarecer las transacciones corruptas basadas en esquemas ganar-ganar.

Uno de los problemas centrales de la investigación en epistemología jurídica sobre el que ha llamado la atención poderosamente Larry Laudan tiene que ver con cuestiones de este tipo, pues ha mostrado que el desconocimiento de los principios básicos en epistemología suele traer aparejados efectos contraepistémicos que los juristas ni siquiera sospechan.

Como se recordará, al inicio de este trabajo definimos a la epistemología jurídica (aplicada) como un área de la filosofía del derecho cuyo objeto es

identificar los procedimientos confiables para determinar cuándo una creencia acerca de hechos jurídicamente relevantes puede considerarse verdadera.

Un punto neurálgico de la definición corresponde a la expresión "procedimientos confiables", misma que denota: 1) los procedimientos cognitivos de los que nos hemos ocupado previamente bajo el rubro de normatividad epistémica, y 2) los procedimientos normados por el derecho con efectos epistémicos y de los que dependen las condiciones que hacen posible que la normatividad epistémica pueda operar exitosamente.

Existe un problema especialmente complejo en el que se entrelazan ambos tipos de procedimientos: la normatividad epistémica y la regulación jurídica ocurre cuando el derecho positivo pretende ir más allá de la regulación de la conducta externa de los operadores jurídicos y trata de regular su actividad cognitiva. Los sistemas normativos que pretendían tasar el valor epistémico de cada prueba son un ejemplo de este fenómeno. El hecho de estipular que la prueba confesional era la reina de las pruebas y que hacía prueba plena, salvo prueba en contrario, en términos cognitivos equivale a prescribir: "Cree lo que se diga en una confesión, en tanto no sea derrotado por otras pruebas en contrario".

Lo paradójico de estos intentos por regular la actividad cognitiva, la estructuración y dinámica de los modelos mentales de los juzgadores es que, como se ha puesto de relieve en estas páginas, la normatividad presupuesta relativa a la valoración racional de las pruebas es un problema abierto sobre el cual todavía queda mucho por decir. Esto significa que el derecho pretende regular una dimensión cuya normatividad presupuesta aún está en proceso de definición.

En todo caso, no será de este problema del que me ocuparé en adelante, sino de los procedimientos normados por el derecho con efectos epistémicos, de los que dependen las condiciones que hacen posible que la normatividad epistémica pueda operar exitosamente. Ello implica la revisión de las instituciones fundamentalmente de derecho procesal con impacto contraepistémico, tema en el que seguiré muy de cerca al pionero en este tipo de análisis: Larry Laudan.

Como se recordará, para este autor: "El objetivo de la epistemología jurídica es responder si las normas que regulan los juicios genuinamente propician la verdad..."; propiamente concebida (la epistemología jurídica), implica dos proyectos:

> a) el descriptivo que busca determinar cuáles de las reglas existentes promueven y cuáles frustran la búsqueda de la verdad y b) el normativo que propone cambios en las reglas existentes para eliminar o modificar aquellas que terminan siendo obstáculos para encontrar la verdad. Lo que conduce a una disyuntiva (al menos aparente) consistente en

elegir entre la reducción de errores epistémicos y el respeto a los derechos tradicionales de los acusados.[67]

2. *Validez procesal y verdad en el derecho*

Del hecho de que las normas jurídicas puedan tener efectos contraepistémicos, es decir, que constituyan obstáculos para la determinación de la verdad se sigue una consecuencia muy importante: respetar lo establecido por las normas jurídicas que regulan los juicios no implica necesariamente que la decisión final esté epistémicamente justificada. Es decir, que el derecho mismo puede generar que proposiciones aseverativas de hechos jurídicamente relevantes sean declaradas como falsas aunque sean verdaderas y viceversa. Dicho en otros términos, puede suceder que decisiones válidas formalmente por el hecho de respetar al derecho positivo lleven a resultados contraepistémicos.

En relación a esta situación, Laudan propone una interesante dicotomía sobre los resultados binarios de todo procedimiento: culpables materiales (Cm) y culpables probatorios (Cp), inocentes materiales (Im) e inocentes probatorios (Ip). Los primeros corresponden al estatus real de la decisión, es decir a una correcta determinación de verdad o falsedad, mientras que los segundos son simplemente el resultado de respetar las normas jurídicas.

Respecto a la relación entre los modelos mentales de razonamiento judicial y los conceptos de validez procesal y verdad podría decirse que la competencia epistémica de dichos modelos dependerá de las virtudes epistémicas del derecho positivo en cuestión. Un sistema que contenga normas con efectos contraepistémicos será fuente de modelos mentales con procesos de sistematización y clausuras de operación cognitivas válidas, mientras que sistemas normativos epistémicamente correctos posibilitarán decisiones que, además, sean verdaderas. Desde luego, es difícil sostener que esta relación sea tipo todo o nada y tal vez sea más adecuado suponer que la incidencia entre las propiedades epistémicas del derecho positivo y la operación de los modelos mentales es una cuestión de grado que opera de modo semejante a los procesos de desfusificación de la lógica difusa. Sin embargo, más allá de estas consideraciones conceptuales, es un tema abierto a la investigación.

Desde luego, lo ideal sería que el derecho positivo fuera epistémicamente correcto y por tanto la declaración de Cm y Cp; Im e Ip coincidieran.

[67] Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, pp. 2 y 3.

Sin embargo, esta posibilidad se ve frecuentemente frustrada por diversos errores que dificultan, si no imposibilitan, la determinación de la verdad.

3. *Verdad y error en el derecho*

Como se ha dicho en otra parte de este trabajo, es común asociar los problemas epistémicos a la racionalidad judicial, lo que constituye una hipersimplificación de un problema mucho más complicado.

La determinación de la verdad es un problema sistémico y complejo que involucra a múltiples agentes, tanto operadores jurídicos, con sus respectivos modelos mentales, como a agentes no jurídicos y a diversas instituciones.

Esta multiplicidad de factores implica una gran diversidad de errores que pueden frustrar la determinación de la verdad.

En algún sentido, la probabilidad de determinar la verdad en el derecho es una magnitud correspondiente a una variable dependiente, cuyo valor depende de los valores de eficiencia asignados a una diversidad de variables independientes.

Entre las variables independientes más importantes se encuentran las siguientes.

A. *Los recursos materiales disponibles*

Tal como sucede en la ciencia, la determinación de la verdad puede depender de la presencia o ausencia, así como de la calidad de diversos artefactos requeridos durante el proceso epistémico.

Por ejemplo, contar o no con un microscopio de cierta clase puede marcar una enorme diferencia en el resultado obtenido en casos que requieren de pruebas científicas.

A veces el problema no estriba en la presencia o ausencia de los medios, sino en su disponibilidad. Por ejemplo, el hecho de que el costo de una prueba de ADN corra por cargo de las partes puede ser un obstáculo para la determinación de la paternidad si una de las partes es una persona de escasos recursos económicos.

B. *Factores organizacionales*

Parte de la función constitutiva del derecho se traduce en la generación de instituciones legales: las secretarías de estado del Poder Ejecutivo, los congresos, los tribunales, etc.

Como sucede con todo organismo, su eficiencia operativa puede ser muy distinta a como se pensó originalmente debido a la dinámica en que se ven inmersas.

Por ejemplo, puede suceder que la capacidad de respuesta de una institución esté muy por debajo de la demanda de servicios por parte de los ciudadanos y que su eficiencia sea medida en términos de resultados "estadísticos" plasmados en reportes de actividades. En casos como éste es frecuente que los operadores busquen "atajos" para realizar su trabajo lo más rápido posible y cumplir con los plazos exigidos por la propia ley, lo que genera disfunciones en la calidad de su trabajo que frecuentemente llegan a institucionalizarse.

Por ejemplo, un recurso ampliamente extendido es el de usar formularios o machotes de manera obligatoria (e incluso automatizada), lo que se traduce en la inducción de modelos mentales rígidos que pueden llegar a adolecer de ceguera cognitiva. Es decir, dejar de ver información relevante en un caso particular por tratarlo como uno más de la clase en la que se le ha encuadrado.

C. *Negligencia*

Surge cuando la exigencia de eficiencia de una institución es baja y posibilita que los operadores jurídicos actúen sin la diligencia requerida en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, cuando no se presta atención a la recolección de pruebas en la escena del crimen, o no se realiza la planimetría en forma adecuada, o no se cuida la cadena de custodia de las pruebas, debido a que tales "descuidos" no tienen trascendencia para el funcionario.

D. *Corrupción*

Funcionalmente es semejante a la negligencia, pero con la diferencia de que las consecuencias contraepistémicas son deliberadamente buscadas por el operador. Esto ocurre, por ejemplo, cuando las instituciones de procuración e impartición de justicia en materia penal han sido infiltradas por el crimen organizado y parte del trabajo de los infiltrados o los "convertidos" consiste en bloquear, desaparecer o adulterar evidencia, o simplemente presentar una teoría del caso con sustento epistémico débil a efecto de que sea derrotada en el juicio.

E. *Incompetencia cognitiva*

Desde luego resolver adecuadamente un caso requiere de habilidades que van más allá de una adecuada formación técnica e implican las competencias cognitivas generales propias de los operadores jurídicos. Es lo que en el mundo de la literatura, pero traducible a la realidad, marcaba la diferencia entre Little John, el jefe de Scotland Yard y Sherlock Holmes, a quien recurría aquel en los casos que él mismo, a pesar de su formación policiaca, no podía resolver.

Algo semejante ocurre entre los abogados que se enfrentan en un juicio oral, donde la inteligencia verbal superior de una de las partes, y no tanto sus conocimientos técnicos, puede darle el triunfo en una audiencia.

F. *Incompetencia técnica*

Debida a una inadecuada formación profesional de los operadores jurídicos en alguna o varias de las distintas capas de sus modelos mentales: desconocimiento de la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la teoría general del derecho, o de técnicas argumentativas y de valoración probatoria.

Parte de los factores que intervienen en esta variable se deben a una inadecuada pedagogía en la enseñanza del derecho, sobre todo en los países de tradición romano-germánica donde, en vez de una enseñanza basada en casos y problemas, se sigue apelando a la clase magistral de corte enciclopédico, especulativo y mnemotécnico.

G. *Intereses no epistémicos*

Tienen lugar sobre todo en las partes en litigio, cada una de las cuales está más interesada en ganar el juicio que en la determinación de la verdad, lo que suele traducirse en una serie de estrategias contraepistémicas. Por ejemplo, preparar a testigos falsos, ocultar pruebas, proporcionar narraciones falsas, etc.

H. *Normatividad contraepistémica*

Esta variable, ya referida, consiste en los errores epistémicos causados por el propio sistema normativo y es de la que nos ocuparemos en adelante.

Desde luego, todas estas variables pueden generar una combinatoria de errores sumamente compleja, que se traduce en una disminución inversamente proporcional de la probabilidad de determinación de la verdad. Un ejemplo no muy lejano de lo que ocurre en ciertos sistemas jurídicos podría ser el siguiente: Volvamos a retomar el ejemplo de las pandillas e imaginemos que durante una batalla campal tuvieron lugar varios homicidios. Da-

do que la policía de la jurisdicción no tiene suficientes elementos para atender todos los casos que se le presentan, tarda mucho en llegar a la escena de los hechos y llega cuando ya ha habido alteración de las pruebas. A su arribo no acordonan la zona adecuadamente, lo que propicia la aparición de curiosos que alteran la escena; no puede acudir un perito fotógrafo y el registro de la escena se sustituye por un reporte verbal muy poco detallado. No se hace una búsqueda exhaustiva de las pruebas y las que se obtienen se envían a servicios forenses, donde no se cuenta con los reactivos necesarios para hacer pruebas químicas de sangre. El fiscal está presionado por los términos legales y por el procurador, quien a su vez lo está por la prensa. A pesar de sus deficiencias el fiscal presenta el caso ante el juez de garantías. El juez recibe de las partes narraciones distorsionadas a su favor, desecha pruebas que podrían haber sido relevantes por considerar que fueron obtenidas ilegítimamente y escucha testimoniales falsas. Decide vincular a proceso y envía el caso al juez de oralidad, quien tiene que generar un modelo mental sobre las narraciones alteradas, testimoniales falsas, pruebas incompletas y sin recibir las periciales que habrían sido decisivas para alcanzar el estándar probatorio de alguno de los presuntos responsables. Tiene que respetar una presunción de inocencia que no pudo ser derrotada mediante la carga de la prueba que corría a cargo del fiscal, a pesar de que extrajudicialmente sabe de la culpabilidad de algunos de los participantes a quienes casualmente escuchó alardear sobre lo acontecido en la fila de pago en una farmacia de su jurisdicción.

A pesar de la interesante problemática que presenta el modelo expuesto sobre distintas clases de errores con efectos contraepistémicos, en lo sucesivo me referiré al sentido de "error" teórico al que hace alusión Laudan: errores en la declaración de verdad de proposiciones que afirman que alguien es culpable, cuando es falsa y viceversa. Siguiendo la terminología de Laudan: la declaración de falsos inocentes y falsos culpables.

Como se puede apreciar, los distintos tipos de error expuestos corresponderían a las variables independientes, cuyas variables dependientes serían los dos tipos de errores fundamentales señalados por Laudan, pues su resultado final serían falsos inocentes o falsos culpables.

Con respecto a los conceptos de validez y verdad, así como a Cm, Cp, Im, Ip, obviamente Laudan se está refiriendo a falsos culpables y falsos inocentes materiales.

4. *Estándar de prueba y estándar probatorio*

En este trabajo hemos empleado la expresión "estándar probatorio" para denotar al umbral de peso epistémico necesario para que una clausura de operación cognitiva determine que una proposición es verdadera.

A pesar de que otros autores emplean el término "estándar de prueba" en lugar de "estándar probatorio" con ese mismo sentido, he realizado esta estipulación para distinguir el significado de esta expresión del atribuido por Laudan a "estándar de prueba".

En relación con lo apuntado en epígrafes anteriores, para este autor el estándar de prueba constituye un mecanismo para la distribución de errores en la declaración de falsos inocentes y falsos culpables.

Partiendo del supuesto de que existen la probabilidad de que ocurran errores en el proceso, lo que se busca con este concepto es determinar la distribución de los falsos inocentes y falsos culpables con base en lo que determine la sociedad.

De esta manera, si una sociedad prefiere que haya 9 falsos inocentes libres (es decir, 9 culpables no sancionados), por cada falso culpable (o inocente en la cárcel) entonces el estándar para la determinación de la culpabilidad será muy alto.

El hecho de que el estándar de prueba o nivel de exigencia epistémica sea determinado por la sociedad puede dar la impresión de que la verdad se determina de manera consensual y no por constreñimiento racional de la normatividad epistémica.

Sin embargo, este problema se puede evitar si asumimos que existe una relación entre los conceptos de "estándar probatorio" y "estándar de prueba" por la que el estándar probatorio opera como una garantía epistémica mínima que no podría ser disminuida por un acuerdo social.

A efecto de ilustrar lo que quiero decir, veamos un ejemplo:

Supongamos que en una sociedad dada el pandillerismo constituye un grave problema y que los delitos cometidos por miembros de esos grupos son considerados por la ley como delitos graves, particularmente el homicidio en riña (lo que generalmente ocurre entre pandillas). En este supuesto es razonable pensar en un estándar probatorio bajo para declarar culpable de homicidio al miembro de una pandilla.

Supongamos un caso (simplificado) en el que se acusa a Caín de haber matado a Abel en un pleito entre pandillas, pero no existe ninguna prueba más allá de la simple denuncia de un familiar de Abel, que refiere una vieja enemistad entre ambos como líderes de pandillas rivales, así como una amenaza de muerte proferida por parte de Caín en contra de Abel en una

fiesta que terminó en trifulca y en la que aquel llevó la peor parte a manos de su enemigo.

En este supuesto, aun considerando que el estándar de prueba es bajo, el estándar probatorio no tendría el peso suficiente para declarar a Caín responsable del delito de homicidio.

Supongamos ahora que el pariente de Abel presenta como prueba su confesión más la declaración de un tío de la víctima quien afirma haber visto que fue Caín quien mato a Abel. Tampoco en este supuesto sería razonable pensar que se ha alcanzado el estándar probatorio necesario para declararlo culpable a pesar de que el estándar de prueba exigido por la sociedad fuera bajo.

Pensemos ahora que además de su prueba confesional y la testimonial del tío de Abel, se presentan las testimoniales de un sacerdote y un notario que afirman haber presenciado el momento en que Caín mataba a Abel, más el resultado de una prueba dactiloscópica que identifica huellas de Caín sobre el arma empleada en el crimen. En este caso sería razonable suponer que el estándar probatorio ha sido alcanzado y que hay una convergencia entre la exigencia de este estándar probatorio y el estándar de prueba socialmente deseado.

Finalmente, consideremos que como consecuencia de los programas destinados a erradicar el pandillerismo ocurrieron una serie de abusos por los que personas inocentes fueron enviadas a prisión al tiempo que el procurador daba entrevistas en la televisión hablando de los éxitos obtenidos por su programa de tolerancia cero.

Tras haberse dado a conocer esta situación en los medios, es de esperar que la sociedad deseara un estándar de prueba más exigente.

En esta nueva situación, las mismas pruebas presentadas en el ejemplo precedente podrían no ser suficientes para alcanzar el estándar de prueba a pesar de haber alcanzado el estándar probatorio, dado el incremento en la exigencia epistémica social. Bajo este nuevo estándar de prueba podrían ya no ser suficientes las pruebas requeridas por el estándar anterior y, por ejemplo, exigir que la pericial dactiloscópica fuera adminiculada con otras pruebas científicas, para evitar la práctica a la que habían recurrido policías abusivos, consistente en poner un arma en manos de gente inocente para que dejaran sus huellas en ellas.

Sin duda el concepto de estándar de prueba propuesto por Laudan es sumamente sugerente. Aún así, abre la puerta a una serie de preguntas cuyas respuestas requieren de una mayor reflexión. Por ejemplo ¿es posible sostener que hay algo así como una homogeneidad tal en la sociedad que se

pueda llegar a un acuerdo respecto de estándares de prueba? Las diferencias entre grupos liberales y conservadores presentes en casi todas las comunidades políticas parece indicar lo contrario. ¿Es posible hablar de un solo estándar de prueba o hay varios en función de distintas clases de ilícitos? Incluso, la investigación empírica muestra que en casos de la misma clase suelen presentarse diferentes escenarios respecto de los cuales podría pensarse en diferentes estándares de prueba. ¿Realmente es una buena estrategia que los estándares de prueba sean determinados por la sociedad, o es una cuestión de políticas públicas que requiere de la participación de especialistas? Dejo las preguntas abiertas como muestra del vasto terreno aún inexplorado de esta novedosa disciplina.

5. *Algunas instituciones del derecho con efectos contraepistémicos*

Como se recordará, para Laudan la finalidad de la epistemología jurídica es determinar qué reglas o procedimientos jurídicos pueden ser promotores de la verdad y cuales pueden obstaculizar su conocimiento, así como hacer propuestas correctivas.

No es este el sitio para realizar un análisis y ni siquiera un resumen de las muy interesantes ideas de este autor. Mi intención es, simplemente, ilustrar el sentido de esta función de la epistemología jurídica aplicada a algunas de las instituciones presentes, tanto en sistemas de tradición romano-germánica como de la anglosajona. Mi mención a algunas instituciones de esta última familia jurídica será aún más somera.

A. *La presunción de inocencia*

Con acierto Laudan hace notar que esta institución se refiere a la inocencia material, no a la inocencia probatoria. En términos cognitivos equivale a una prescripción del tipo "cree que el acusado es inocente, en tanto no se muestre lo contrario". Lo cual es muy distinto a "asume como si el acusado fuera inocente".[68]

La congruencia con la prescripción cognitiva sobre la inocencia material genera problemas y paradojas: por ejemplo, si se presume la inocencia en ese sentido, entonces muchos actos procesales previos a la sentencia serían irracionales, tal como sucede con la detención provisional, o cualquier otro acto de molestia al acusado.

[68] Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, p. 99.

Un segundo problema, también señalado por Laudan, estriba en la indeterminación del peso inicial de la presunción. Esto genera problemas adicionales respecto a la prescripción epistémica referida ya que si hay que creer que el acusado es inocente, entonces, ¿cómo se puede hablar de grados iniciales de presunción? Se es inocente o no.

Un tercer problema tiene que ver con la fase procesal en que la presunción de inocencia tiene sentido. En el caso del derecho anglosajón, señala Laudan, tiene sentido ante el jurado y no en ninguna otra fase del procedimiento.

En el caso de la tradición romano-germánica, si como su nombre lo indica es una presunción, entonces no puede operar en la fase de la decisión final, cuando ya se cuenta con todo el material probatorio necesario para determinar la verdad o no de la imputación. Sin embargo, frecuentemente se considera que la presunción de inocencia implica una especie de peso epistémico por *de fault* cuya derrotabilidad puede ocurrir hasta al momento de la sentencia.

Una forma de evadir los problemas mencionados consiste en entender a la presunción de inocencia referida a una inocencia probatoria y no a una inocencia material.

Esto significa que la prescripción cognitiva sería: "No asignes pesos epistémicos a la hipótesis de culpabilidad por el simple hecho de la imputación". Es decir, no presumas que el acusado es culpable sino mantén una actitud de neutralidad y atente al material probatorio que se vaya presentando durante el juicio".

B. *La carga de la prueba*

Constituye otra fuente de desequilibrio epistémico que adquiere diferentes dinámicas en distintas áreas del derecho.

Este efecto contraepistémico se hace especialmente evidente en el derecho penal, donde el fiscal tiene que probar la culpabilidad del acusado, sin que éste tenga que probar nada a favor de la hipótesis de su inocencia.

Esto es, a favor de la hipótesis de inocencia y en contra de la hipótesis de culpabilidad operan tanto la presunción de inocencia material como la carga de la prueba por parte del fiscal.

Sin embargo, como bien señala Laudan, este aparente beneficio a favor de la hipótesis de inocencia puede tener efectos contraproducentes, pues puede privar al presunto responsable de robustecer los pesos epistémicos a favor de su inocencia, en contra de una acusación muy robusta por parte del fiscal.

Tal vez sería más interesante considerar mecanismos semejantes a lo que en el derecho anglosajón se conoce como "defensas afirmativas", consistente en la obligación de la parte acusada de probar hasta cierto grado la hipótesis de su inocencia.[69]

C. *Doctrina del doble peligro*

Sostiene que no se puede poner en riesgo de ser sentenciado a alguien que ya haya sido absuelto. Su origen se encuentra en casos de absolución de pena de muerte en el derecho anglosajón.

El hecho de que el fiscal no pueda apelar una sentencia absolutoria genera asimetría epistémica frente a la posibilidad de apelación de sentencias por parte de los acusados.

Una consecuencia práctica de esta doctrina es que los jueces tienden a absolver más que a condenar por el temor a las apelaciones y al impacto que las revisiones de sus superiores pudieran tener en su carrera y prestigio profesional.[70]

D. *El beneficio de la duda*

Al igual que sucede con la presunción de inocencia, se suele considerar un beneficio epistémico por *de fault* a favor del acusado, lo que sumado a la carga de la prueba termina por romper totalmente el equilibrio epistémico.

Sin embargo, como ya se mencionó, no es necesario concebir a esta institución de esta forma. Un encuadre alternativo consiste en interpretarla como criterio de decibilidad en estados de parálisis epistémica, es decir, cuando no se cuenta con los pesos epistémicos suficientes para alcanzar el estándar de prueba por ninguno de los litigantes. Una anécdota contada en el ambiente jurídico en México (desconozco si con base histórica o no) puede ilustrar el estado de parálisis epistémica al que me refiero: Se cuenta que al final de un juicio muy complicado el juez que conocía del caso, en las conclusiones de su sentencia, estableció: "La parte actora probó sus acciones, la parte demandada sus excepciones…¡éste tribunal se declara perplejo!".

Es ante circunstancias de este tipo, derivadas del estado epistémico y no del estado psicológico subjetivo dubitativo del juez, donde el beneficio de la duda puede funcionar de manera adecuada.

[69] *Ibidem*, pp. 110-114.
[70] *Ibidem*, pp. 193-196.

Mientras que en las ciencias la determinación de la verdad puede esperar siglos, como ha sido en el caso de la resolución de muchos problemas matemáticos, en el derecho no se puede dejar en estado indefinido el estatus epistémico de una proposición inculpatoria por las graves consecuencias que ello traería aparejado en detrimento de los acusados. Por esta razón es necesario un criterio de decibilidad, aun cuando éste no sea epistémico, función que se puede atribuir al beneficio de la duda.

6. *Algunas instituciones jurídicas que constituyen obstáculos para la determinación de la verdad*

A. *Reglas de exclusión de evidencia obtenida de manera ilegal*

Se contienen en normas jurídicas que impiden la presentación de pruebas obtenidas sin respecta lo establecido por la ley.

En algunos sistemas se extiende no sólo a las pruebas originalmente obtenidas de manera ilegal, sino a todas aquellas pruebas lícitas que pudieran haberse obtenido a partir de las ilícitas, lo que se conoce como la "doctrina del árbol envenenado".[71]

Por ejemplo, si se irrumpe en una casa sin mediar orden de cateo y se encuentra un arsenal de armas de las cuales se toman fotografías o videograbación (prueba ilegal), y después se obtiene una orden de cateo para tomar las armas, éstas no podrían presentarse en juicio (fruto envenenado).

Su justificación original se encuentra en contender la práctica de la tortura para arrancar confesiones. Sin embargo, su radio de acción se ha ampliado hasta alcanzar casos en los que puede constituir un obstáculo epistémico difícilmente justificable.

B. *Testigos privilegiados*

Son aquellos a quienes el propio derecho exime de la obligación de aportar pruebas debido a razones que pueden ser de tipo personal o en función del tipo de información. En el primer supuesto caen los familiares que no pueden ser obligados a presentar pruebas contra sus parientes, así como los sacerdotes respecto de la información proporcionada bajo confesión, o los

[71] Sobre este tema en particular véase Gascón, Marina, "Freedom of proof?. El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", *Estudios sobre la prueba*, Ferrer, Jordi *et. al.*, cit., pp. 47-88.

periodistas con respecto a sus fuentes. En el segundo caso se incluiría información relacionada con temas de seguridad nacional.[72]

C. *Confesiones rendidas ante la policía*

El origen de negar confesiones ante la policía también se encuentra en el ánimo de luchar contra la práctica de la tortura. Sin embargo, hoy suele abracar cualquier tipo de confesión, incluyendo la rendida voluntariamente.

D. *Jurados "lobotomizados"*[73]

En el sistema anglosajón, si el acusado confesó extrajudicialmente, el jurado no debe ser informado de ello y si se le informa de esa confesión durante la audiencia, sus miembros deben pretender que no la escucharon.[74]

E. *Jurados hipersensibles*

También en el sistema anglosajón existen algunas reglas basadas en generalizaciones espurias acerca de la competencia cognitiva de los jurados para guardar imparcialidad ante cierto tipo de evidencia.

Por ejemplo, está prohibido presentar pruebas que pudieran "inflamar su ánimo" en contra del acusado, tales como fotografías muy aparatosas del lugar del crimen, o proporcionar información sobre el pasado criminal del mismo, a pesar de su utilidad para la determinación de la personalidad y grado de peligrosidad del presunto responsable. Ello con la finalidad de no sesgarlos en su "objetividad".

F. *Plea bargain*

En ese mismo sistema y particularmente en el norteamericano existe la posibilidad de un acuerdo entre el fiscal y el acusado con el objetivo de evitar un largo y complicado proceso consistente en que a cambio de una reducción en la sanción, el acusado se declare culpable de un delito, incluso menor del que realmente cometió, en detrimento de la verdad.

G. *Las instituciones jurídicas que constituyen obstáculos para la determinación de la verdad y el contractualismo*

[72] Laudan, Larry, *op. cit.*, nota 1, pp. 163-170.
[73] La expresión la tomo de Larry Laudan.
[74] *Ibidem*, pp. 154-162.

Para Laudan, estos seis problemas se podrían evitar si se estableciera un estándar probatorio "objetivo", tema del que ya nos hemos ocupado en páginas anteriores.

Desde una perspectiva filosófica contractualista, para Laudan, la normatividad contraepistémica puede ir en contra del pacto social en el que se ha fijado una cierta distribución de errores. Sin duda la idea es atractiva, pero abre la puerta a un nuevo problema objeto de investigación: Si en los estados constitucionales donde se tiene establecido un mecanismos de representación indirecta las normas contraepistémicas son producidas por los legisladores, quienes encarnan la voluntad del pueblo ¿De qué tipo de manifestación de la voluntad social estaríamos hablando que podría verse afectada por dicha normatividad?[75]

VIII. El derecho humano a una debida deliberación: la verdad como condición de la justicia

En cuanto a su contenido y desde una perspectiva teleológica, el derecho positivo puede considerarse un sistema tendiente a proteger tanto valores epistémicos como a valores no epistémicos. En este sentido, las normas jurídicas que los protegen constituyen razones para la toma de decisiones.

Sin duda alguna, uno de los problemas centrales en la investigación de la epistemología jurídica consiste en la definición de criterios que emitan un adecuado equilibrio entre la protección de razones epistémicas y razones no epistémicas ya sean éstas de índole moral, política o meramente prudenciales.

Como tema abierto a la investigación, no es fácil hacer generalizaciones acerca de ese estado de equilibrio. Sin embargo, pareciera que el problema consistente en afectar valores epistémicos por proteger valores no epistémicos no se centra tanto en la propiedad excluyente de los mismos, o al menos no en todos los casos, sino en el tipo de presupuestos que se tiene acerca de las estrategias de protección.

Detrás de muchas de las normas que sacrifican valores epistémicos, como indica Laudan, se encuentra la preocupación por salvaguardar la integridad moral de los funcionarios que participan en la aplicación de la ley o

[75] Véase, Laudan Larry, "The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules" *Evidence & Evidentiary Procedure eJournal 12/2007*.

en evitar producir falsos culpables. Ello sin duda es muy importante; la pregunta es si la única estrategia para realizar esa salvaguarda consiste en el sacrificio epistémico. La respuesta en muchas ocasiones tal vez sea "no", y la explicación de dichas estrategias se deba simplemente a ignorancia sobre la epistemología jurídica. Desde el punto de vista epistémico, una prueba ilegalmente obtenida puede ser, sin duda, un elemento importante para la determinación de la verdad. En ese mismo nivel de importancia se puede ubicar el respeto a la propiedad privada. Si es así, ¿por qué no aceptar una prueba ilegal y regular de manera adecuada a las conductas ilícitas de los funcionarios, tal vez mediante programas de capacitación o incluso un régimen disciplinario más eficiente? ¿No podría acaso ser tema objeto de ponderación y decisión consciente de un funcionario aceptar la sanción correspondiente a cambio de atrapar a un peligroso narcotraficante?

Una propuesta de regla es: "Sacrifica un valor epistémico para salvaguardar un valor no epistémico importante, es decir, considerado a nivel de derecho humano, si y sólo si no encuentras una forma alternativa de protegerlo".

Por otra parte, ya adentrados en el ámbito de los derechos humanos, me permito repetir aquí lo que he defendido en otros foros: considerar que como una condición del disfrute de derechos humanos tales como el derecho a la dignidad o a la libertad se encuentra el derecho humano a una debida deliberación. Es decir, que la declaración de culpabilidad o inocencia de un hombre sea consecuencia de la determinación de la verdad a partir de los constreñimientos impuestos por una correcta normatividad epistémica y un sistema normativo libre de reglas con efectos contraepistémicos.

Visto desde la perspectiva de la filosofía general, la aparente colisión entre valores epistémicos y valores no epistémicos colapsa si adquirimos conciencia de que la determinación de la verdad es una ineludible condición de la justicia.

IX. Bibliografía

Allen, Ronald y Leiter Brian, "Naturalized Epistemology and the Law of Evidence" *Virginia Law Review*, vol. 87, núm. 8, 2001.

Cáceres, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoria del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

_____, *Justiniano. Un prototipo de sistema experto en materia de derecho humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

_____, *Hacia un modelo de institución nacional para la protección y promoción de los derechos humanos del siglo XXI,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.

_____, *Lenguaje y derecho,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

_____, "Constructivismo jurídico sociorepresentacional (propuesta para abordar el estudio de la incidencia del derecho en los procesos de construcción social de la realidad", *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México,* Cáceres, Enrique y Rodríguez Graciela, ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Facultad de Psicología, 2008.

_____, "Psicología y constructivismo jurídico: apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria", *Violencia social,* Muñóz de Alba, ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

_____, "Steps toward a Constructivit and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition", *Law and Neuroscience,* Freeman, Michael ed., UK, Oxford University Press, 2010.

_____, "The Right to a due deliberation, mental models of judicial reasoning and complex systems, (en prensa, Springer).

CRAIK, Kenneth, *The Nature of Explanation,* UK,Cambridge University Press, 1943.

CRESTO, Eleonora, A Theory of Evidence for the Legal Context,: Uncertain Probabilities, Decisions and Explanations, (Keynote talk), *First Latin American Conference of Legal Epistemology*, Bogotá, Junio 2013.

GARCÍA, Alfonso, *Modos de significar*, España, Tecnos, 1997.

GASCÓN, Marina, "*Freedom of proof?*: El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita". *Estudios sobre la prueba*. México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

GAZZANIGA, Michael, *The Ethical Brain*,USA, Dana Press, 2005.

GIUDICE, Michael, "Legal Epistemology" en Kaldis, E. (ed). *Encyclopedia of Philosophy and the Social Sciences*. Vol. 12, California, SAGE Publications, 2013.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Argumentación y prueba judicial", *Estudios sobre la prueba,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, España, Marcial Pons 2007 (N36).

_____, "La valoración de la prueba", *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

_____, *Prueba y verdad en el derecho,* España, Marcial Pons, 2005.

FERRER, Jordi *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, México, UNA|M Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

HO, Lai, *A philosophy of evidence,* Nueva York, Oxford University Press, 2008

LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology,* USA, Cambridge University Press, 2006.

_____, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Argentina, Hammurabi, 2011.

LAUDAN, Larry *et. al.*, *Prueba y estándares de prueba en el derecho,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2010.

LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on Legal Realism and Naturism in Legal Philosophy,* USA, Oxford University Press, 2007.

MATURANA, Humberto, *La realidad: objetiva o construida,* México, Universidad Iberoamericana-ITESO-Anthropos,1995.

MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano,* España, Debate, 1990.

PEÑALOSA, Eduardo y CASTAÑEDA, Sandra . "El Análisis Cognitivo de Tareas, Base para el Diseño de Instrumentos de Evaluación en el Aprendizaje en Línea". *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa,* vol. 2, núm. 1, 2009, *http://www.rinace.net/riee/numeros/vol2-num1/art9.pdf.*

_____, "A Cognitive Model for Learning Assessment." *International Journal of Continuing Engineering Education and Life-long Learning,* vol. 12, núm. 1-4.

RESCHER, Nicholas, *Sistematización cognoscitiva,* trad. de Carlos Rafael Ruíz, México, siglo XXI, 1981.

SAMUEL, Geoffrey, *Epistemology and method in law,* UK, Ashgate publishing, 2003

SEARLE, John, *Actos de habla; ensayo de filosofía del lenguaje* , *trad.* de Luis Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra, Colección Teorema, 1994

SIMON, Dan, "A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making", *The University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004.

STEIN Alex, *Foundation of Evidence Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2005

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos,* 2a. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, España, Trotta, 2005.

_____, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal* Argentina, Hammurabi, 2011.

_____, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos,* trad. de Daniela Accatino Scagliotti, España, Marcial Pons, 2010.

VAN MERRIËNBOER, J.J. G., CLARK, R.E., & DE CROOCK, "Blueprints for Complex Learning: The 4C/ID-model". *Educational Technology, Research and Development*, vol. 50, núm. 2, 2002.

VARELA, Francisco, *Conocer,* España, Gedisa, 1990.

VILLA, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho,* trad. Anna Lucia Coppa, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

CAPÍTULO 61
FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Fernando R. TESÓN*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *La Legitimidad de los Estados.* III. *La filosofía de la guerra.* IV. *Conclusión: La normatividad del derecho internacional.* V. *Bibliografía complementaria.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional cuenta con una rica tradición filosófica. El padre de la disciplina, Hugo Grotius, consideró al derecho internacional como una rama del derecho natural. Una preocupación similar animó a los grandes pensadores iusnaturalistas, entre ellos Vattell, Victoria y Puffendorf. El derecho internacional, para estos autores, era derecho en estado puro porque regulaba las relaciones entre entidades soberanas, esto es, no subordinadas a autoridad superior alguna. Sin embargo, esta vinculación entre el derecho internacional y la filosofía se fue diluyendo paulatinamente, especialmente en el siglo XX.[1] La razón principal de esta disociación fue el triunfo de dos corrientes intelectuales particularmente hostiles a la reflexión filosófica normativa: el nacionalismo político y el positivismo jurídico. El nacionalismo político es un adversario natural de conceptos morales universales. Por su parte, los autores positivistas deseaban ansiosamente ser respetados por sus colegas en otras ramas del derecho. Querían refutar la acusación de que el derecho internacional era una ficción, un invento. La manera de lograr respetabilidad para su disciplina era adoptar un lenguaje lo más parecido al lenguaje jurídico común, es decir, el lenguaje positivista. Esta actitud, si bien afianzó la disciplina como una rama genuina del dere-

* Profesor de Derecho Internacional, Universidad Estatal de Florida, Estados Unidos.

[1] Hay algunas excepciones, como los iusnaturalistas Verdross, Alfred, *Universelles Volkerrecht: Theorie und Praxis*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1984 [1937]; y Lorimer, John, *The Institutes of the Law of Nations*, Edinburgh, W. Blackwood and sons, 1880.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2299-2338.

cho, causó la declinación de la *filosofía* del derecho internacional. Hacia fines del siglo XX, la literatura iusinternacionalista lucía filosóficamente empobrecida cuando se la comparaba con las importantes reflexiones filosóficas en otras ramas del derecho tales como el derecho constitucional, el derecho penal y (en los países anglosajones) el derecho privado. Así, Allen Buchanan podría decir, en 2003, que la falta de preocupación filosófica de los internacionalistas era "un descuido curioso".[2] Pero la situación mejoró, y el nuevo siglo conllevó una preocupación creciente por temas filosóficos, no tanto por parte de los juristas (que en general siguen atrincherados en un positivismo dogmático), sino más bien de los filósofos políticos analíticos.[3]

Este capítulo esboza el *status quaestionis* de algunos temas de la filosofía del derecho internacional. Razones de espacio me impiden presentar todas las cuestiones filosóficas atinentes a esta rama del derecho. Me concentraré, en cambio, en dos temas centrales de la disciplina: la legitimidad de los estados, incluido el principio de no-intervención, y la filosofía de la guerra. Hay otros temas centrales de la filosofía del derecho internacional que no trataré aquí. Menciono algunos: la teoría de las fuentes, los presupuestos normativos del derecho penal internacional,[4] el análisis filosófico del derecho internacional ambientalista y los aspectos filosóficos del comercio internacional.[5]

II. La legitimidad de los estados

En mayo de 2011, los libios derrocaron y mataron a Muammar Gaddafi, su gobernante por más de 42 años. Durante el período en que Gaddaffi ejerció el poder, los actores internacionales lo trataron, en todos los temas importantes, como el representante genuino del pueblo libio. Bajo Gaddafi,

[2] Buchanan, Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 17-22

[3] Aparte de la obra citada de Buchanan, cabe destacar, entre otras, Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, *A Liberal Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010; y Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

[4] Véase en este tomo "Filosofía y derecho penal internacional", por Alejandro Chehtman.

[5] Para esto último, ver Tesón, Fernando R., "Why Free Trade is Required by Justice", *Social Philosophy & Policy*, vol. 29, núm. 1, 2011, p. 126.

Libia gozó de todas las facultades que el derecho internacional acuerda a los estados: inmunidades diplomáticas, capacidad para celebrar tratados, el derecho de legítima defensa y, sobre todo, el poder de promulgar y hacer cumplir las leyes en su territorio. Libia participó normalmente en organizaciones internacionales, a menudo en posiciones de liderazgo.[6] En resumen, Libia fue, durante el reino de Gaddafi, un miembro pleno de la comunidad internacional. Los actores internacionales persistieron en este tratamiento respetuoso aún luego de que se enteraran de que el régimen libio había planeado el atentado contra el vuelo 103 de Pan Am, que mató más de 200 personas inocentes.

Sin embargo, a medida de que los rebeldes consolidaron sus posiciones y el apoyo a Gaddafi disminuyó, los medios cambiaron su retórica: Gaddafi no era ya más el "líder" libio, sino el" tirano" o "dictador". Estas palabras, por supuesto, eran tan justificadas en ese momento como lo habían sido durante los 42 años del gobierno despótico de Gaddafi. No es una exageración decir que el régimen de Gaddafi era una empresa criminal que gobernaba por medio del terror y la intimidación. Sin embargo, el derecho internacional acordó a esta empresa criminal la etiqueta de gobierno legítimo. Seguramente, entonces, la filosofía y el derecho difieren grandemente en su concepto de legitimidad. ¿Tiene alguna explicación este fenómeno? ¿Había alguna propiedad de este gobierno (un gobierno que, bajo cualquier enfoque filosófico razonable, era, para parafrasear a San Agustín, una cueva de ladrones y asesinos) que lo tornara un gobierno internacionalmente legítimo? ¿Poseía Gaddafi, a pesar de todo, el derecho a ser obedecido y el derecho a ser tratado con respeto por los gobiernos extranjeros? ¿Podríamos decir que, aun cuando los libios no tenían, quizás, obligación política alguna hacia Gaddafi, los gobiernos extranjeros debían tratarlo *como si* fuera legítimo?[7] En esta primera sección examino el concepto de estado y las condiciones de su legitimidad.

[6] Incluso en fecha reciente, mayo de 2010, Libia fue *elegida* para integrar el Consejo de derechos Humanos de las Naciones Unidas, puesto del cual fue suspendida cuando la rebelión se intensificó, como si antes de la rebelión el gobierno libio hubiese sido una ejemplar de democracia. Véase ABC News, "Libya, Thailand Elected to Human Rights Council", May 14, 2010, en *http://www.abc.net.au/news/2010-05-14/libya-thailand-elected-to-human-rights-council/435128*.

[7] Uso el ejemplo de Libia, pero las mismas preguntas pueden formularse respecto de Alemania del Este, Corea del Norte, Liberia, y muchos otros estados.

1. *El estado*

El derecho internacional regula mayormente las relaciones entre estados soberanos. ¿Qué es un estado? Resulta conveniente comenzar por la definición jurídica. El derecho internacional define al estado soberano como una población regida por un gobierno independiente en un territorio. Un gobierno es independiente cuando no está subordinado a autoridad superior alguna (aparte de la posible autoridad del derecho internacional).[8] El estado es típicamente una comunidad política independiente. El derecho internacional confiere poderes al estado; estos poderes definen las relaciones recíprocas entre estas comunidades independientes.[9] Podemos decir (siguiendo a David Copp) que un estado consiste en las *instituciones de gobierno animadas*, esto es, habitadas por seres humanos. Un estado está compuesto por personas, instituciones y territorio; el estado consiste en instituciones "pobladas," por así decirlo.[10] Las instituciones, o bien perduran en el tiempo y están habitadas por distintas personas en momentos diferentes, o bien cambian. El estado, pues, presenta distintas encarnaciones en momentos distintos. A veces las instituciones son las mismas y las personas que las ocupan (los gobiernos) rotan, como en las democracias liberales. Otras veces las instituciones cambian pero las personas permanecen, como cuando un monarca promulga reformas liberales y transforma una monarquía autoritaria en una monarquía constitucional. Y finalmente, a veces las instituciones y las personas cambian, como en el caso de las revoluciones. Este es un concepto no-moral del estado: un estado así definido puede o no ser moralmente legítimo. Este enfoque es superior a los enfoques tradicionales, porque no nos obliga a distinguir entre legitimidad del estado y legitimidad

[8] La Convención de Montevideo de 1933 sobre Derechos y Deberes de los Estados, en su artículo 1o., refleja este concepto:

"El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos:

1. Población permanente.
2. Territorio determinado.
3. Gobierno.
4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados."

Véase el texto en *http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html* .

[9] Los juristas hablan de derechos y deberes del estado, pero prefiero el término "poderes," ya que la idea de derechos presupone la tesis filosófica discutible de que los estados pueden ser titulares de derechos morales.

[10] Copp, David, "The Idea of a Legitimate State", *Philosophy and Public Affairs,* vol. 28, núm. 1, 1999, p. 3.

del gobierno. El Estado, así definido, consiste en las instituciones *de gobierno*. El tema filosófico central es cuándo este gobierno, este estado, posee el derecho moral de gobernar y el derecho moral de ser respetado por otros estados, es decir, el derecho de soberanía.

2. *El valor moral de los estados*

¿Cuándo es un estado legítimo? Las respuestas a esta pregunta pueden clasificarse en cuatro grupos. La teoría *westfaliana* sostiene que todo gobierno *de facto* es internacionalmente legítimo. La teoría *rawlsiana* considera legítimo a cualquier estado que satisfaga una medida mínima de "decencia" moral. Para la posición *kantiana*, sólo las democracias liberales son legítimas. Finalmente, para la tesis *lockeana* solamente los estados que respetan plenamente los derechos morales de los individuos son legítimos. Como veremos, esta tesis es compatible con sostener que *ningún* estado real es legítimo, aunque por supuesto algunos violarán derechos individuales más que otros.

A. *La tesis westfaliana*

Esta tesis sostiene que todo estado que satisfaga la definición no-moral (una población regida por un gobierno en un territorio) es legítimo. Los actores internacionales deben tratar el poder *de facto* como si fuera poder *de jure*. Para ser legítimo, un gobierno debe ser capaz de mantener el orden interno y de conducirse frente a otros estados de acuerdo a las reglas normales del derecho internacional: debe ser capaz de celebrar y cumplir tratados, enviar embajadores, en fin, cumplir con las normas básicas del intercambio diplomático. Estas condiciones no son tan fáciles de satisfacer como uno cree, pero aun así el umbral de legitimidad es bien bajo. El estado no tiene que respetar derechos humanos ni ser democrático o liberal para ser legítimo. Debe, eso sí, ser capaz de mantener un mínimo de orden social, pero más allá de eso un estado puede ser tiránico sin perder por ello su legitimidad.

Los juristas internacionalistas han defendido tradicionalmente esta posición. Para ellos, la *norma de efectividad* es un pilar del derecho internacional. Esto es así aun cuando el derecho internacional obligue a los estados a respetar los derechos humanos. Un estado que los viole comete un ilícito internacional, pero no deja de ser legítimo. Para la tesis westfaliana, el único hecho que destruye la legitimidad internacional de un gobierno es la pérdida de control efectivo. Volviendo al ejemplo de Libia: Gaddafi fue conside-

rado el gobierno legítimo de Libia *precisamente* porque ejerció el poder político efectivo y aseguró, de este modo, las funciones del estado. Sin embargo, cuando los rebeldes le arrebataron ese poder, Gaddafi perdió legitimidad. La comunidad internacional le retiró el reconocimiento, no porque fuera un tirano, sino porque perdió las riendas del poder. Parejamente, la comunidad internacional hoy reconoce al gobierno provisional libio, no porque éste sea un modelo de democracia y libertad, sino porque detenta el poder en Libia. Para esta tesis, entonces, la legitimidad internacional no tiene nada que ver con cualidades morales.

Si bien los autores que defienden esta postura convergen en esta conclusión, también exhiben diferencias importantes entre ellos. Examinaré tres versiones de la tesis westfaliana: la posición realista, la posición minimalista y la posición comunitaria.

a. La posición realista

Una versión de la tesis westfaliana, asociada comúnmente con Hobbes, considera a las relaciones internacionales como un sistema anárquico. Los estados compiten globalmente por recursos en un mundo que carece de autoridad soberana. En este mundo anárquico el interés nacional es supremo.[11] Esta tesis, llamada realismo, tiene a su vez varias versiones, algunas de las cuales están comprometidas con el escepticismo o el relativismo moral. La versión más plausible del realismo, sin embargo, concibe al derecho internacional como un modesto sistema de *modus vivendi* global. La idea es que, para poder sobrevivir, el estado liberal debe coexistir con sociedades de todo tipo, la mayoría de las cuales no son liberales. Quizás esas sociedades sean moralmente objetables, pero el derecho internacional asegura un mínimo de paz que permite al estado liberal sobrevivir en un mundo lleno de peligros y amenazas. Esto explica por qué el principio de efectividad debe ser el pilar del derecho internacional. Al proteger la soberanía de todos los estados, el derecho internacional protege también la soberanía del estado liberal. Así concebido, el papel del derecho internacional es modesto: consiste en unas pocas normas destinadas a regular el uso de la fuerza y demarcar esferas de jurisdicción. Estas reglas básicas de juego no aspiran a reflejar concepción moral alguna, y menos aún una concepción liberal. Su fin es meramente permitir la coexistencia de entidades soberanas, y, en

[11] Esta postura está representada, entre otros, por Bull, Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 2a. ed., New York, Columbia University Press, 1980, pp. 65-70

consecuencia, habilitar a los estados liberales a proteger la libertad individual interna. Esta idea no es escéptica o relativista. Simplemente trata a las relaciones internacionales como un ámbito donde las reglas morales no tienen cabida, es decir, como un verdadero estado de naturaleza, pero la idea es compatible con una creencia en la superioridad de las instituciones liberales. La concepción realista simplemente considera a las relaciones internacionales como moralmente no reguladas. A lo sumo, estas reglas de convivencia pueden aspirar a una paz precaria, la cual a su vez es una condición para que el estado liberal pueda preservar sus propias instituciones.

Esta posición tiene importantes virtudes. Si uno cree, con Hobbes, que cualquier organización política es preferible al estado de naturaleza, entonces uno puede decir que cualquier estado, aun uno despótico, es legítimo, ya que habría logrado poner fin al caos y la inseguridad permanente que caracteriza a la anarquía social. Más aún, el realismo correctamente percibe que la estructura semi-anárquica de las relaciones internacionales crea graves obstáculos a la cooperación internacional espontánea. Quien ignore la lógica corrosiva del Dilema de Prisioneros lo hace a cuenta y riesgo propio.[12] Y finalmente, un mérito del realismo es que carece de pretensiones: contrariamente a otras versiones de la tesis westfaliana que enseguida trataré, el realismo no sugiere que la deferencia al poder político *de facto* refleje algún tipo de moralidad. Para el realismo, las esferas de poder de los estados soberanos deben ser respetadas como condición de supervivencia del estado liberal.

La concepción de la legitimidad que propugna el realismo, sin embargo, es trivial. Cuando decimos que un estado es legítimo podemos querer decir dos cosas diferentes. Por un lado, podemos significar que el gobierno del estado se encuentra *de hecho* en una posición *de hablar por* los súbditos. Por otro lado, podemos significar que el gobierno posee un *derecho a gobernar* a los súbditos. El primer concepto está orientado hacia *afuera* y es esencialmente pragmático. Supongamos que nuestro gobierno tiene interés en celebrar un tratado con otro estado. Podemos decir que tal o cual individuo es el gobierno "legítimo" de ese estado porque él es la persona a quien debemos dirigirnos si queremos negociar el tratado. Aquí la preocupación es pragmática y operacional. No nos interesa si ese gobierno es *moralmente* legítimo: solamente queremos asegurarnos de que estamos tratando con la persona que *de hecho* puede implementar el tratado. Éste será el caso cuando esa persona sea el gobernante *de facto*, porque en tal caso él *controla los recur-*

[12] Tesón, Fernando, *A Philosophy of International Law*, Boulder, Colorado, Westview, 1998, cap. 3.

sos del estado. La relación interna entre ese gobernante y sus súbditos es irrelevante. Lo único que importa es si este régimen *de facto* puede de hecho cumplir lo prometido. Si usamos el término "legitimidad" para referirnos a esta situación, va de suyo que todo gobierno *de facto* es legítimo, y el realismo es trivialmente verdadero.

El segundo concepto de legitimidad alude al derecho *moral* de gobernar. En este sentido, que es el que importa a la filosofía, decimos que un estado es legítimo cuando satisface un estándar moral sustantivo. En la literatura, este estándar varía notoriamente. Si el estándar es respeto de los derechos humanos, entonces sólo aquellos estados que lo hacen son legítimos. Si el estándar es provisión de bienes públicos, entonces sólo aquellos estados que los proveen serán legítimos. Si el estándar es cultural, entonces sólo aquellos gobiernos que reflejan esa cultura serán legítimos.

Esta distinción nos permite decir que un estado es *ilegítimo* en el segundo sentido, porque no satisface el estándar moral sustantivo (sea el que fuere), y tratarlo simultáneamente como un estado "legítimo" en sentido realista, es decir, como el agente *de facto* del estado. Supongamos que el estado democrático A quiere impedir que el estado dictatorial B no ataque a un tercer estado C. El gobierno de A celebra un pacto de no agresión con el gobierno de B con este fin. El gobierno de A razonablemente cree que el gobierno de B observará el tratado (quizás A ha advertido a B sobre las consecuencias de no hacerlo). El gobierno de A cree, por otra parte, que el gobierno de B es un régimen criminal encabezado por delincuentes. Aun así, el gobierno de A trata al gobierno (moralmente *ilegítimo*) de B como el "representante" de B porque sólo ese gobierno puede cumplir con las obligaciones del tratado, ya que controla los recursos del estado. Lo único que importa aquí son los resultados. Esto muestra que esta noción de legitimidad como poder *de facto* no tiene nada que ver con justificación moral alguna. Es un concepto estratégico. Como tal, está regido por las reglas nomorales de la interacción estratégica. El gobierno de A trata al gobierno de B *como si fuera* el representante del estado porque el hacerlo es racional a la luz de la estructura de incentivos que la situación genera. Podemos decir, en fin, que este concepto realista de legitimidad *de facto* es o bien trivialmente verdadero (como vimos) o moralmente inaceptable. Si "gobierno legítimo" quiere decir "gobierno *de facto*", entonces la postura realista es trivial. Si, en cambio, la tesis es que todo gobierno *de facto* es, en un sentido moral, legítimo, entonces la tesis es falsa. Usar la palabra "legitimidad" en esta situación es como usarla para referirse a un secuestrador. El secuestrador

controla a las víctimas, y es por eso que la policía debe negociar con él. Pero el secuestrador no es un representante "legítimo" en ningún sentido filosófico interesante. Todos los estados que ejercen un control efectivo son, trivialmente, agentes *de facto* de sus sujetos; pero sólo estados que satisfacen un patrón moral de gobierno (no especificado aún) son legítimos.

Se sigue que el poder que un gobierno (un estado) ejerce en un territorio sobre sus habitantes puede o no ser moralmente justificado. Si un estado posee el derecho moral de gobernar, entonces podemos tratar a ese estado como un miembro pleno de la comunidad internacional: tenderemos a cooperar con ese estado, no simplemente en términos estratégicos, sino reconociendo que ese estado ejerce, no simplemente un poder *de facto*, sino poder político *delegado*. Un estado es legítimo si posee el derecho moral a gobernar; y si es así, es un representante *de jure* de los sujetos. La relación de representación es un contrato: o bien ese contrato tuvo lugar, o bien no lo tuvo. Un gobierno legítimo, entonces, ha sido de hecho elegido o nombrado por los representados. Un gobierno que no ha sido nombrado por los representados es un usurpador: domina a los representados de hecho, por la fuerza, pero no es su representante legítimo. Si un estado es legítimo en este sentido, entonces los de afuera deben respetarlo, porque los de adentro, los súbditos, poseen razones para aceptar la coerción estatal. Si un estado es en cambio ilegítimo, los de afuera carecen de razones morales para respetar su autoridad, porque los súbditos mismos carecen de esas razones. Por supuesto, casi siempre habrá razones prudenciales o estratégicas para no intervenir. El que un estado sea ilegítimo no basta para justificar la intervención, especialmente la intervención militar.

El realismo, entonces, a pesar de las ventajas señaladas, no es particularmente interesante. Una teoría normativa del derecho internacional aspira a identificar diferencias importantes *entre* los estados, aún cuando acepte la premisa de que los estados despóticos posiblemente sean menos indeseables que el estado de naturaleza (ni siquiera esta premisa es obvia: pensemos en Corea del Norte). Si uno cree (contra Hobbes) que los derechos individuales son pre-políticos y no convencionales, entonces la legitimidad del estado no puede fundarse en el poder *de facto*. En términos generales, entonces, el realismo es vulnerable a la crítica lockeana contra Hobbes: aún concediendo que las naciones se encuentran entre sí en un estado de naturaleza, no hay razón para que las consideraciones éticas no se apliquen allí también. Si los derechos morales de los individuos no dependen del contexto social y político, es difícil sostener que las acciones del estado que persi-

guen el interés nacional es inmune a valoraciones éticas.[13] Más aún: cualquier versión refinada de la moralidad da cabida al interés nacional legítimo. Decir que los gobiernos deben perseguir el interés nacional *es* adoptar una postura ética, y como tal debe ser defendida con argumentos. En resumen: a menos que uno adopte una postura metaética escéptica (es decir, una postura que niegue la racionalidad de los juicios éticos), la moralidad común se aplica también a las relaciones internacionales. El realismo niega esto, pero su razonamiento no convence.

b. La posición minimalista

David Copp ha defendido una versión algo diferente de la postura Westfaliana.[14] Por un lado, Copp rechaza los intentos contractualistas de justificación del estado; por el otro lado, rechaza asimismo la idea anarquista de que ningún estado pueda ser legítimo. Propone en cambio una concepción minimalista: un estado es legítimo si satisface *necesidades sociales básicas*, tales como "el poder de promulgar e implementar el derecho, donde el cumplimiento por parte de los súbditos promueve la capacidad del estado de satisfacer las necesidades de la sociedad".[15] El argumento no distingue moralmente entre estados, salvo con referencia a ese estándar mínimo. Cualquier estado, aún uno injusto, es legítimo en este sentido, y solamente dejará de serlo cuando deje de satisfacer las necesidades de la sociedad. Para Copp, hay un umbral de eficiencia debajo del cual un estado pierde su legitimidad. Pero, por supuesto, como la gran mayoría de los estados llegan a ese umbral, la mayoría de los estados son legítimos. Los actores internacionales no pueden negarle a ese estado su derecho a gobernar. No interesa cuán despótico sea ese estado mientras satisfaga las necesidades sociales básicas. El argumento equipara la legitimidad interna con la externa: los de afuera deben respetar el derecho del estado a gobernar porque los súbditos mismos deben reconocer ese derecho a gobernar, en razón de la aptitud de ese estado de satisfacer necesidades básicas (si bien Copp admite que los súbditos no están obligados a obedecer leyes injustas.)

[13] Para respuestas convincentes a la postura realista, ver Beitz, Charles, *Political Theory and International Relations,* Princeton, Princeton University Press, 1979, cap. 1; y Cohen, Marshall, "Moral Skepticism in International Relations", en Beitz, C., Cohen, M., Scanlon, T. y Simmons, A.J. (eds.), *International Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 1985, p. 3.

[14] Copp, David, *op. cit.*, nota 10.

[15] *Ibidem*, p. 40 (mi traducción).

La distinción entre legitimidad y justicia es central en el argumento de Copp. Siguiendo a A. John Simmons, Copp rechaza las justificaciones contractualistas del estado, porque no cree que ningún estado existente satisface los estándares contractualistas. Como también rechaza la posición anarquista (según la cual ningún estado es legítimo), Copp cree que el estándar de legitimidad debe ser distinto del de justicia. Esta concepción, cree el autor, es superior a las alternativas más robustas como el contractualismo porque explica porqué los súbditos de estados injustos deben obedecer "leyes moralmente inocentes", tal como las leyes que prohíben el homicidio o las leyes de tránsito. Si la injusticia de un estado destruyera su derecho a gobernar, entonces los súbditos tendrían la libertad de desobedecer esas leyes inocentes. Esto, piensa Copp, no es plausible: los súbditos están moralmente obligados a obedecer dichas leyes. Se sigue que la postura de acuerdo a la cual sólo los estados justos son legítimos es insostenible. El argumento descansa en una asimetría entre el derecho a gobernar, que el estado posee, y el deber de obediencia, que los súbditos pueden o no tener. Éstos no están obligados a obedecer leyes injustas, pero sí están obligados a obedecer leyes inocentes, aun cuando sean promulgadas por un estado injusto. Esta última obligación sólo puede justificarse postulando el derecho del estado (aún uno injusto) de gobernar en un territorio.

El error en este razonamiento proviene de creer que nuestra obligación de obedecer leyes moralmente inocentes entraña un reconocimiento de la legitimidad de quien las promulga. Esta creencia es errónea. Cuando un gobierno injusto promulga una ley, nuestra actitud frente a esa ley dependerá del conjunto de razones que tengamos para obedecerla. Digamos que el gobierno prohíbe el homicidio. Todos tenemos una obligación moral de no matar, independientemente de esa promulgación. Podemos describir exhaustivamente esa obligación sin necesidad de decidir si el gobierno que promulgó la ley es legítimo. El mismo análisis vale para las leyes de tránsito: debemos obedecerlas por razones generales, tales como la necesidad de evitar colisiones. Vemos entonces que nuestro deber de obedecer leyes moralmente inocentes es deber *hacia nuestros conciudadanos*, no hacia el estado. Decir que no tengo ningún deber hacia el estado pero sí hacia las normas sociales que sostienen la vida diaria en común es perfectamente consistente. Debo obedecer estas leyes por razones de deber moral natural (como el homicidio), razones de coordinación (como las leyes de tránsito), y aún razones prudenciales (como el temor a sufrir sanciones por evasión impositiva, digamos). Ninguna de estas razones implica o presupone que reconozca un derecho del estado a gobernar. El estado ha promulgado leyes que obedezco por razones independientes. Nadie niega que aún los estados

injustos proveen servicios valiosos; así, los súbditos no poseen la libertad de desobedecer una decisión judicial ordinaria (en un juicio civil, digamos) alegando que el estado es injusto. Pero estas obligaciones son una especie de las obligaciones morales; como tales, las debemos a las personas con quienes convivimos, no al estado.

Copp se apoya en el hecho de que los estados existentes emergieron por medio de agresión, fraude, y despojo. Es un hecho histórico que los estados que hoy consideramos justos (por ejemplo, para Copp, el Reino Unido) fueron originalmente injustos: quizás usurparon la autoridad de un estado preexistente; o quizás obtuvieron su territorio mediante agresión; o quizás el estado original era tiránico pero se transformó, con el tiempo, en una democracia liberal. En vista de esta historia macabra, ningún estado puede satisfacer un estándar robusto de justicia. Pero, piensa Copp, todos consideramos al Reino Unido como un estado legítimo a pesar de que surgió de siglos de injusticia. ¿Cómo es esto posible? Porque, piensa Copp, la monarquía británica (antes de la época liberal moderna, digamos), si bien injusta, era un estado legítimo. Si el Rey de Inglaterra en el siglo 13 (digamos) poseía el derecho a gobernar, entonces el estándar de legitimidad no puede ser la justicia sustantiva sino algo distinto: la capacidad del estado de satisfacer las necesidades sociales mínimas.

La respuesta a este argumento es que el rey de Inglaterra *no* poseía un derecho moral a gobernar en el siglo 13. La Corona proveía servicios útiles, por supuesto, pero las obligaciones de los súbditos eran hacia otros súbditos del reino, no hacia el rey. Obedecer una decisión del rey, por ejemplo, cuando decidía una controversia, era una manera indirecta de cumplir con obligaciones hacia otros. Pero los súbditos no tenían ninguna obligación moral hacia el mismo Rey. Por ejemplo, los impuestos que el rey recaudaba por la fuerza para financiar sus guerras en búsqueda de gloria y conquistas no generaban obligación alguna para sus súbditos: en verdad eran, moralmente, un robo. En suma: hablar de la autoridad del estado es una manera de hablar acerca de la forma compleja en que los principios morales rigen la vida social.

Finalmente, es un error excluir por decreto la posibilidad de que ningún estado sea legítimo. Como observé, es posible que *todas* las obligaciones que tenemos hacia nuestros conciudadanos tengan un origen distinto de la autoridad del estado. Examinaré esta línea de argumentación más adelante en este ensayo.

c. La posición comunitaria

Michael Walzer ha defendido una tercera versión de la tesis westfaliana.[16] Al igual que los realistas y los minimalistas, Walzer cree que los estados existentes son presuntivamente legítimos, pero sus razones son distintas. Para Walzer, un estado es externamente legítimo si refleja la vida política de su pueblo. El autor expresa esta idea de varias formas. Un estado es legítimo cuando hay concordancia (*fit*) entre gobierno y pueblo.[17] Hay concordancia cuando el gobierno refleja en gran medida las fuerzas políticas, la historia y los valores de la población. Pero para Walzer, esto no significa que los súbditos tengan un deber de obediencia: solamente significa que *los de afuera* (en especial otros gobiernos) deben respetar a ese estado. Walzer cree que los ciudadanos de un estado están unidos por una especie de contrato social, *à la* Burke. Tienen deberes políticos entre sí, pero no hacia el gobierno (nótese que en este punto Walzer coincide con mi crítica a Copp *supra*.) Los demás estados, sin embargo, deben respetar a ese estado, aun cuando sea injusto, inclusive despótico. Un estado, según Walzer, es una "unión de pueblo y gobierno",[18] y como tal goza de legitimidad *externa*, aun cuando los súbditos mismos posean el derecho a rebelarse. Este derecho no es transmisible a los extranjeros. Para Walzer, el estado es la arena donde se desarrolla el proceso político, y de allí están excluidos los extranjeros, no por razones estratégicas sino por razones morales: el gobierno, aun cuando sea moralmente objetable, es un reflejo cultural de su pueblo.

El propósito principal de Walzer al escribir estas líneas fue el de rechazar la permisibilidad de la intervención *militar* por razones humanitarias. Si bien aún en ese contexto su argumento es problemático,[19] concedamos, en gracia al argumento, que las intervenciones militares para acabar con injusticias son en general impermisibles (como veremos en la segunda parte de este ensayo, la guerra está sujeta a restricciones y prohibiciones que son independientes de la justicia de la causa.) Esto aún deja abierta la cuestión de la permisibilidad de intervenciones *no militares* (sanciones diplomáticas o

[16] Véase Walzer, Michael, "The Moral Standing of States", en Beitz, C., Cohen, M., Scanlon, T. y Simmons, A.J. (eds.), *op. cit.*, nota 13, p. 217.

[17] *Ibidem*, p. 222.

[18] *Ibidem*, p. 220.

[19] Véase las respuestas de Luban, David, "The Romance of the Nation State", en Beitz, C., Cohen, M., Scanlon, T. y Simmons, A.J. (eds.), *op. cit.*, nota 13, pp. 238-43; Beitz, Charles, "Nonintervention and Communal Integrity", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, núm. 4, 1980, pp. 385-91; y la discusión en Tesón, Fernando, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 5a. ed., Ardsley-on-Hudson, Nueva York, Transnational Publishers, 2005, pp. 81-89.

económicas, boicots, presiones de diverso tipo). Para Walzer, estas acciones son *también* cuestionables, porque cree que el proceso político local posee valor normativo independiente. Las interferencias con procesos sociales valiosos son criticables, aún cuando el que interfiere use diplomacia y no fuerza. El argumento de Walzer, entonces, prohíbe o al menos desalienta intervenciones *no* militares encauzadas a modificar procesos políticos autóctonos, aún si esas intervenciones tienen el propósito o el efecto de proteger personas cuyos derechos están siendo violados.

Para demostrar que estas intervenciones (aún no militares) dirigidas a modificar procesos políticos en otros estados son impermisibles, Walzer imagina un ejemplo fantástico. Supongamos un estado no liberal cuyas prácticas políticas son injustas pero consistentes con las tradiciones y la cultura de esa sociedad (Walzer lo llama Argelia). Supongamos además que nosotros (los liberales de afuera) poseemos una droga milagrosa que, cuando se la mezcla en el agua que beben los argelinos, los convierten instantáneamente en social-demócratas *à la* sueca (aparentemente Suecia es, para Walzer, el Nirvana político). Semejante acción sería moralmente impermisible, según Walzer. Los argelinos poseen un derecho colectivo a su proceso autóctono. Los de afuera están excluidos de este proceso y carecen del derecho de alterarlo, aún por medios no violentos como la droga del ejemplo.

El ejemplo de Walzer no ilustra la posición que quiere defender. El uso de la droga es ciertamente inmoral, pero no porque interferiría con un proceso político, sino porque convertiría a las *personas* que ingirieran la droga en *otras* personas, sin su consentimiento. La droga alteraría su identidad individual por medios artificiales. Usar la droga es inadmisible por la misma razón que las lobotomías son inadmisibles aun cuando mejoraran la personalidad del lobotomizado. Quien administra la droga sin el consentimiento del paciente viola su autonomía *individual*, no una supuesta autonomía *comunal*.[20]

A fin de ilustrar más vívidamente esta objeción, propongo otro ejemplo hipotético. Llamémoslo el caso del Botón Verde. Supongamos que un gobierno está violando los derechos de los súbditos. Yo poseo una máquina fabulosa que puedo activar oprimiendo un botón verde. Al hacerlo, la máquina, instantáneamente y sin causar daño alguno, interrumpe las violaciones de derechos. El Botón Verde no altera la personalidad de nadie ni causa efecto indeseable alguno. A diferencia de la droga de Walzer, no

[20] Beitz, Charles", *op. cit.*, nota 19, pp. 389-90

altera ni la identidad, ni la mente, ni las creencias de la gente. Simplemente, el Botón Verde bloquea las violaciones de derechos. Creo que estaría moralmente justificado en apretar el botón; más aún, no concibo razón alguna para no hacerlo. La presión diplomática es más costosa que apretar el botón, por supuesto, pero el ejemplo muestra que un proceso político que resulta en injusticias como las violaciones de derechos carece de valor moral independiente. Los costos de las intervenciones (recordemos: no militares) deben evaluarse en términos de consecuencias para la gente. Cuanto más costosas sean, menos permisibles serán. Precisamente ésta es la razón por la cual parece correcto apretar el Botón Verde. Las intervenciones diplomáticas (contrariamente a las militares) son menos costosas, moralmente hablando, que las violaciones de derechos. Por esta razón, dichas intervenciones serán a menudo permisibles.

El comunitarismo westfaliano de Walzer debe ser rechazado. No hay razón para aceptar una excepción "comunitaria" a la obligación común de asistir a víctimas de injusticia, asumiendo un costo razonable. Si bien los esfuerzos diplomáticos no tienen costo cero, evitan los terribles costos morales de la guerra. Por eso es difícil entender porqué una supuesta necesidad de respetar la "vida en común" lleva a la prohibición de dichos intentos de interferencia no militar. Los argumentos que da Walzer son poco convincentes. Por ejemplo, afirma que los de afuera desconocen la sociedad en cuestión, y que los ciudadanos probablemente resistirán la interferencia. Pero estas suposiciones son dudosas, especialmente en el caso de interferencia no militar. Es poco plausible pensar que no sabemos lo suficiente sobre otras sociedades, especialmente cuando esos eventos consisten en violaciones de derechos básicos. La segunda suposición, que los ciudadanos resistirán la interferencia, es empíricamente dudosa y moralmente problemática. Desde el punto de vista empírico, no parece plausible que aquellos ciudadanos víctimas de injusticia rechazarán los esfuerzos diplomáticos de la comunidad internacional destinados a aliviarla.[21] Desde el punto de vista moral, los ciudadanos no tienen derecho a oponerse a esfuerzos diplomáticos para aliviar las injusticias sufridas por *sus compatriotas*. Si el gobierno viola mis derechos, los demás carecen de autoridad para bloquear esfuerzos para restaurarlos. Walzer afirma que si la mayoría de la población se opone a la interferencia, entonces ésta estaría prohibida.[22] Esto, sin embargo, es

[21] Luban, David, *op. cit.*, nota 19.

[22] Richard W. Miller adopta una posición parecida en el contexto de Afghanistan. Miller, Richard V., "The Ethics of America's Afghan War", *Ethics & International Affairs*, 2011, vol. 25, núm. 2, 1980, pp. 103-131; y mi respuesta: Tesón, Fernando, "Enabling Monsters: A Reply to Professor Miller", *Ethics & International Affairs*, vol. 25, núm. 2, 2011, pp. 165-82.

inaceptable. La tiranía de la mayoría no es moralmente menos grave que la tiranía de la minoría. Más bien lo contrario parece cierto: es más urgente interferir con la tiranía de la mayoría, ya que la minoría, por definición, es políticamente impotente.

La objeción a Walzer puede formularse de esta otra manera. Walzer sostiene que los ciudadanos están vinculados por un contrato social de tipo burkeano. Ahora bien, según él, este contrato autoriza a la mayoría de la gente a vetar ayuda externa a víctimas de injusticia. Walzer reconoce, por otro lado, que las víctimas mismas tienen derecho a resistir esa injusticia. Si esto es así, se sigue que el "veto" de los demás es impermisible: en realidad, quienes se oponen a dichos esfuerzos diplomáticos son colaboradores del gobierno tiránico. ¿Qué clase de contrato es éste? Uno no está vinculado contractualmente con aquellos que promueven y alientan la violación de los derechos de uno: más bien parece acertado de hablar de *violación* de contrato. La idea de Walzer de "proceso político", entonces, parece un eufemismo que a menudo enmascara injusticias intolerables.

En conclusión: la visión wesfaliana refleja una concepción de la soberanía estatal que glorifica el poder político a expensas de la moralidad y la justicia. Ya sea que esté basada en una cruda concepción Hobbesiana de orden o en una idealización romántica de los vínculos comunitarios, dicha visión no resiste un análisis nutrido en la idea del valor moral de las personas.

B. *La concepción rawlsiana*

Un segundo grupo de autores niega la tesis westfaliana de que cualquier estado *de facto* es legítimo, pero al mismo tiempo niega que haya un único sistema de principios filosófico-políticos que confiera legitimidad a los estados. Para esta postura, representada por John Rawls y sus seguidores, el estándar de legitimidad es un estándar moral, pero bastante modesto: la *decencia* moral. Para ser legítimo un estado debe ser mínimamente decente, pero no necesariamente liberal. Los estados legítimos incluyen estados liberales y estados no-liberales. Todos los estados liberales son *a fortiori* decentes. Los estados no-liberales serán decentes si cumplen tres condiciones: son pacíficos, respetan derechos humanos *muy* mínimos, y, aunque no son democráticos, poseen una "estructura de consulta jerárquica". Los estados no-liberales que no cumplen estas condiciones son estados ilegítimos, fuera de la ley. Para los rawlsianos es un error considerar como legítimos solamente a los estados liberales. La justicia global debe ser tolerante y aceptar

una diversidad de concepciones del bien político. Una virtud de esta postura es que parece condecir con la práctica imperante en derecho internacional, donde, si bien los tratados aplicables parecen exigir condiciones morales mínimas de legitimidad, éstas son compatibles con prácticas políticas no-liberales de diverso tipo, tales como estados teocráticos, no democráticos, o medianamente autoritarios. [23]

Rawls intenta formular los principios de política exterior que una democracia liberal debería observar. Él ve a la justicia global como una extensión del liberalismo: la cuestión es cómo deberían las democracias liberales tratar a otros estados, en especial estados no-liberales. Su propuesta descansa en las distinciones que cabe hacer entre tipos diversos de sociedades ("pueblos") y sus gobiernos.[24]

El libro de Rawls "*The Law of Peoples*" aplica a las relaciones internacionales una idea central de su obra tardía: el pluralismo razonable.[25] Las distintas sociedades, sostiene Rawls, a menudo discrepan en sus concepciones del bien, entendidas como visiones generales y comprensivas sobre valores políticos. El liberalismo es sólo *una* de esas concepciones, y por esa razón el derecho internacional no puede estar fundado *solamente* en el liberalismo. Muchas sociedades sostienen concepciones no-liberales, y por tanto la política exterior de una sociedad liberal, y, lo que es aún más importante, el derecho internacional y la justicia global, deben reconocer esta diversidad. El pluralismo ideológico razonable es, para Rawls, un hecho "duro" de la realidad, pero tiene también consecuencias normativas. Dado que las personas que habitan sociedades distintas poseen concepciones políticas diferentes, se sigue que las sociedades deben respetarse mutuamente (a condición de que todas cumplan ciertos requisitos morales mínimos). Es importante subrayar que para Rawls esto no quiere decir simplemente que las sociedades deben acomodarse mutuamente por razones prudenciales de convivencia. Su tesis es más fuerte: los líderes liberales deben *respetar, tolerar y cooperar* con estas sociedades no-liberales. Estos estados deben ser tratados como miembros libres e iguales de la comunidad

[23] Véase Rawls, John, *The Law of Peoples,* Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1999; Beitz, Charles, "Rawls's Law of Peoples", *Ethics*, vol.. 110, núm. 4, 2000, pp. 669-96; Reidy, David, "Rawls on International Justice: A Defense", *Political Theory*, vol. 32, núm. 3, 2004, pp. 291-319.

[24] La discusión en el texto se centra en la versión de Rawls. Para una crítica temprana de la posición de Rawls siguiendo líneas parecidas a las del texto, ver mi libro *A Philosophy of International Law*, *op. cit.*, nota 12, cap. 4. En el texto presente intento elaborar y mejorar lo que dije entonces.

[25] Tal como las formulara en Rawls, John, *Political Liberalism,* Nueva York, Columbia University Press, 1991.

internacional. Las concepciones no-liberales que informan a estas sociedades son lo suficientemente "decentes" como para merecer el respecto de los estados liberales. Todos los estados decentes, liberales o no, comparten, entonces, una razón pública común ligada al respeto de valores morales mínimos y tolerancia mutua.

El primer problema con esta postura es de orden metodológico. Para Rawls, la tarea de la filosofía política es identificar principios que puedan acomodar visiones del bien decentes pero incompatibles, de modo tal que quienes difieran en cuestiones fundamentales puedan, a pesar de eso, cooperar socialmente y llevar así vidas sociales productivas. Esta postura puede ser útil para diseñar instituciones que, para su buen funcionamiento, deban ser neutrales respecto de diferentes concepciones del bien. Pero si concebimos a la filosofía política de manera distinta, no como un esfuerzo para conciliar posiciones diversas, sino para defender, críticamente, los *mejores* principios de ética política, entonces el hecho de que la gente tenga puntos de vista morales inconsistentes es irrelevante. El hecho de que mucha gente tenga creencias no-liberales no agrega un ápice a la plausibilidad de esas creencias. Los principios liberales pueden ser correctos o no, pero no es posible que sean correctos para unos e incorrectos para otros. Todo principio, liberal o no, debe defenderse con argumentos racionales. El argumento *ad populum* (el principio X es verdadero, o plausible, o razonable, porque mucha gente cree en él) es, sin embargo, falaz. Dicho de otro modo: Rawls intenta construir principios de justicia global que reflejen el "consenso solapado" (*overlapping consensus*) de la mayor parte de las personas que habitan la tierra. Esta tarea sería útil si creyéramos que no hay modo de cuestionar ese consenso solapado. Si, en cambio, hay algunas verdades morales, por ejemplo, si las personas poseen derechos morales pre-políticos, entonces los liberales carecen de razones para respetar los actos de los gobiernos que violen esos derechos morales. Esto no quiere decir que, por razones prudenciales, no debamos ser tolerantes en algún sentido, de estas acciones. Pero estas razones no tienen nada que ver con una creencia de que un gobierno que viola los derechos morales de su gente es legítimo y merece respeto.

La idea rawlsiana de tolerancia liberal es vulnerable a objeciones aún más fuertes. Rawls da por sentado que los regímenes no-liberales "decentes" implementan sinceramente esa concepción no-liberal del bien. Y así como un estado liberal debe acomodar, internamente, distintas concepciones *individuales* del bien, así también los principios de justicia global deben

acomodar distintas concepciones *colectivas* del bien. El problema de esta analogía es que no existen concepciones colectivas del bien; más bien, dentro de cualquier sociedad, la gente posee concepciones que difieren entre sí. La analogía no funciona. Aceptemos la idea de Rawls de que un estado liberal debe ser razonablemente pluralista internamente. Los ciudadanos tienen concepciones del bien incompatibles entre sí: unos son religiosos, otros ateos; algunos son utilitaristas, otros kantianos. Estas diversas concepciones son incompatibles entre sí, razón por la cual las instituciones liberales deben acomodarlas, tolerarlas, siempre que sean razonables. Ahora intentemos extender esta idea a la arena internacional, como quiere hacerlo Rawls. Seguramente, para Rawls, es un hecho social "duro" que las *personas* tienen concepciones del bien diferentes e incompatibles en *todas* las sociedades. Esto es verdad también en las sociedades no-liberales. Pero el estado no-liberal precisamente privilegia coercitivamente *una* de estas concepciones sobre las demás que posean sus súbditos. Esto es exactamente lo que significa para un estado el ser no-liberal. La tolerancia liberal de Rawls, entonces, no es más que esto: en nombre de la tolerancia, el estado liberal debe tratar con respeto a regímenes que, internamente, *no acomodan* concepciones diversas del bien de sus súbditos, sino que, contrariamente, las suprime a todas menos a una de ellas. La tolerancia liberal internacional supone caracterizar como legítima la intolerancia no-liberal interna.

Este problema identifica una tensión dentro de la tesis de Rawls que no es posible resolver. La tolerancia "liberal" de regímenes no-liberales supone aceptar que los gobiernos no tienen una obligación de tolerar la diversidad ideológica dentro de sus fronteras. Esta anomalía surge porque Rawls comete aquí un error categorial: cree que una *sociedad* puede tener una concepción del bien. Esto es falso: solamente las *personas* pueden tener concepciones del bien, y ciertamente un estado liberal debe acomodarlas. Pero las sociedades no tienen concepciones del bien, ya que, de acuerdo a la premisa misma de Rawls, están compuestas de individuos que difieren ideológicamente entre sí. Aún cuando a veces se habla del *ethos* social, la realidad es que toda sociedad tiene personas que *disienten* de ese *ethos*. La tarea de quienes gobiernan no es tener o promover una concepción del bien; es, en cambio, *arbitrar* las disputas que surgen por las diferencias que tengan los súbditos.

Por lo demás, las propuestas concretas de Rawls son bastante alarmantes. Para él, un régimen "decente" satisface tres condiciones: debe ser pacífico; debe respetar lo que Rawls llama "derechos humanos básicos," y debe proveer un "sistema jerárquico de consulta decente".[26] La primera condi-

[26] Rawls, John, *op. cit.*, nota 23.

ción parece inocua: después de todo, todos los estados deben ser pacíficos. Si la examinamos atentamente, sin embargo, dicha condición no atenúa las objeciones a las prácticas antiliberales de esos regímenes. Tomemos un ejemplo de la vida real. Una coalición de estados, la Conferencia de Países Islámicos, ha promovido, con bastante éxito, la criminalización de la blasfemia.[27] La mayoría de estos estados pueden ser caracterizados como "no-liberales decentes" dentro de la terminología de Rawls. Esta *démarche* diplomática es ciertamente pacífica, ya que los estados en cuestión utilizan canales diplomáticos normales.[28] Más aún, concedamos que los gobernantes de esos estados sinceramente creen que su concepción del bien requiera la criminalización de la blasfemia; de hecho, sus legislaciones internas lo hacen.[29] Según Rawls, la actitud de los estados liberales frente a esto debe ser de respeto, tolerancia y cooperación. Lo más que pueden hacer es negarse a adoptar esa norma en sus legislaciones internas. Por lo demás, desde el punto de vista de la justicia global, deben tolerar la promoción de la criminalización de la blasfemia como una contribución más a la deliberación global entre sociedades "decentes."

Lo cierto es que cualquier liberal digno de ese nombre debe oponerse vigorosamente a estas movidas diplomáticas. Es irrelevante que los proponentes actúen pacíficamente y sinceramente. *Lo que* proponen es moralmente inaceptable, punto, y no merece ser respetado. Los estados liberales deben enfrentar a esta diplomacia que preconiza las violaciones de derechos morales de la gente con la convicción de que esa postura no es simplemente una concepción del bien distinta que hay que respetar, sino una política moralmente objetable que intenta racionalizar la represión interna y promoverla externamente.

[27]El 27 de marzo de 2009, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución auspiciada por la Conferencia de Países Islámicos recomendando la criminalización del "insulto a la religión". http*://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_19.pdf* .

[28] Los alarmantes sucesos de Septiembre de 2012 en el mundo musulmán refuerzan aún más el argumento en el texto, porque, en una interpretación, muestran la fuerza de una convicción (la blasfemia debe ser criminalizada) que es, sin embargo, moralmente falsa.

[29] Por ejemplo, el Código Penal de Paquistán dispone en su sección Section 295-C: "Use of Derogatory Remarks in Respect of the Holy Prophet*:* Whoever by words, either spoken or written, or by visible representation, or by any imputation, innuendo, or insinuation, directly or indirectly defiles the sacred name of the Holy Prophet Muhammed (peace be upon him) shall be punished with death, or imprisonment for life and shall also be liable to fine".

Igualmente preocupante es la definición de Rawls de "derechos humanos básicos." Para Rawls, éstos incluyen respeto por la vida y la seguridad personal. En cuanto a los demás derechos, Rawls se contenta con requerir que no haya esclavitud y que no haya una supresión demasiado grande de libertad de conciencia. Eso es todo. Estos regímenes no están obligados a respetar la expresión, incluyendo la libertad de disentir, ni los derechos políticos de elegir y remover a sus gobiernos, ni los principios que prohíben la discriminación. Según Rawls, estos regímenes deben poseer una estructura de consulta (no democrática). Pero una vez que las autoridades oyeron a todos y promulgan la ley discutida, la policía puede arrestar a los disidentes. Y, como si esto fuera poco, nada prohíbe, en el esquema de Rawls, gobiernos que ignoren las libertades económicas, que no protejan la propiedad privada ni la libertad de contratar. Estas libertades (a pesar del abandono que han sufrido por parte de los filósofos) son importantes para le concreción de proyectos personales.

En suma, los regímenes no-liberales que Rawls considera legítimos violan muchos derechos morales importantes que la gente posee, y por esta razón no deberían ocupar el lugar de privilegio que Rawls pretende acordarles.

C. *La posición kantiana*

Otra concepción posible de la legitimidad es que sólo los estados liberales son legítimos.[30] Por estados liberales entendemos aquí las democracias constitucionales, es decir, los regímenes donde los ciudadanos eligen periódicamente a los gobernantes y donde la constitución (escrita o no) protege efectivamente los derechos humanos. Para esta concepción, solamente los principios liberales pueden justificar el poder político. Esta concepción de legitimidad es interna y externa. La justicia global requiere que el derecho internacional otorgue el derecho de soberanía solamente a estados liberales, y que las demás sociedades aspiren a convertirse en estados liberales. La idea regulativa del derecho internacional es, pues, una federación libre de democracias liberales, tal como propuso Kant.[31] Es importante aclarar que la concepción kantiana no recomienda necesariamente la intervención en estados liberales, pero sus razones no descansan en la supuesta legitimidad del régimen, sino en las consecuencias malas o contraproducentes de intervenir.

[30] Defendí esta concepción en Tesón, Fernando, *op. cit.*, nota 12. Véase, además, FUERZA Y LIBERTAD.

[31] Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 2002.

La posición kantiana descansa en dos tipos de argumento: uno es normativo, el otro empírico.[32] El argumento normativo a su vez puede basarse en alguna variante del contractualismo: consentimiento real o hipotético. Kant favorecía el consentimiento hipotético: el estado liberal es racionalmente requerido, porque solamente él puede garantizar la justicia. Alternativamente, el estado liberal puede justificarse apelando al consentimiento real. Sólo los estados voluntarios serían legítimos. El argumento, entonces, descansa en la creencia de que sólo los estados liberales satisfacen estas condiciones. El sistema democrático, para esta concepción, garantiza la voluntariedad, ya que las leyes son promulgadas, y los gobernantes elegidos, por medio del voto.

El argumento empírico es que la justicia global requiere la forma democrático-liberal del estado porque estos estados no guerrean entre sí. Esta es la tesis de la paz democrática. Como los estados liberales son inherentemente pacíficos, el derecho internacional debe disponer esa forma de estado. La razón de la paz liberal es algo misteriosa.[33] Anticipándose a los politólogos por más de dos siglos, Kant conjeturó que las democracias liberales poseen una estructura de incentivos que las inclina hacia la paz. El debate sobre esta teoría continúa, pero un punto es claro: la paz democrática es un *hecho* que requiere explicación, de modo que la carga de la prueba reside en aquéllos que creen que la paz duradera puede alcanzarse en un mundo que contenga regímenes no-liberales.

La posición kantiana es plausible porque cuenta una historia atractiva sobre cómo los derechos morales de las personas pueden justificar el poder político, el estado. Si los estados existentes realmente fueran el resultado de la delegación de poder por parte de individuos que consienten a limitar su libertad, entonces contaríamos con una teoría liberal verdadera del estado.

[32] Tesón, Fernando, *op. cit.*, nota 12.

[33] Los principales partidarios de esta posición son: Doyle, Michael, "Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs", parte 1, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 3, 1983, pp. 205-235. Owen, John, "How Liberalism Produces Democratic Peace", *International Security*, vol. 19, núm. 2, 1994, pp. 87-125; Russet, Bruce Russet, *Grasping the Democratic Peace: Principles for a Post-Cold War World*, Princeton, Princeton University Press, 1993. Para un elogio algo optimista de esta teoría, ver mi obra Tesón, Fernando, *op. cit.*, nota 12, cap. 1. Para críticas a la teoría, ver: Layne, Christopher Layne, "Kant or Cant: The Myth of Democratic Peace", *International Security*, vol. 19, núm. 2, 1994, pp. 5-49; Spiro, David, "The Insignificance of the Liberal Peace", *ibidem*, pp. 50-86; Rosato, Sebastian, "The Flawed Logic of Democratic Peace Theory", *American Political Science Review*, vol. 97, núm. 4, 2003, pp. 585-602.

Desgraciadamente, el consentimiento real no puede justificar la obligación política en estados existentes, ni siquiera en las democracias liberales.[34] Ningún estado conocido, ni siquiera el más admirable, ejerce su autoridad como resultado del consentimiento de sus sujetos. Los estados no son asociaciones voluntarias. Son (como bien lo vio Kant) instituciones *coercitivas*. La idea de consentimiento hipotético parece más prometedora, pero también ha sido objeto de fuertes críticas. Noto aquí dos puntos. En primer lugar, el consentimiento hipotético no puede crear obligación alguna; solamente el consentimiento *real* puede hacerlo.[35] En segundo lugar, ningún estado actual puede satisfacer los requerimientos de consentimiento hipotético, ya que muchas constituciones liberales poseen normas o prácticas que personas razonables posiblemente puedan rechazar.[36]

Las dudas acerca de la concepción kantiana no conducen necesariamente a una vuelta a la idea westfaliana. La concepción kantiana contiene una gran verdad, apoyada no solamente por la literatura filosófica sino también por gran parte de la literatura económica: no cabe duda de que las instituciones liberales son *mejores* que las no liberales, en muchos sentidos obvios.[37] Ellas promueven la libertad, la prosperidad, y, si Kant tiene razón, la paz. Pero esto no requiere un compromiso con la *legitimidad* del estado. Decir que las instituciones liberales son las mejores que podemos alcanzar en un mundo no ideal no quiere decir que estemos *obligados* políticamente a esos estados. En otras palabras: hay múltiples razones de justicia global para promover instituciones liberales, pero ellas son compatibles con negar la legitimidad moral de los estados reales.

D. *La concepción lockeana*

[34] Véase Simmons, A., John., *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, Princeton University Press, p. 1981, caps. 3 y 4; Beitz, Charles, *op. cit.*, nota 13, pp. 78-83.

[35] Esto lo remarcó hace tiempo Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1978, pp. 150-2. Véase también Copp, David, *op. cit.*, nota 10, p. 12.

[36] Un ejemplo es la monarquía en el Reino Unido. Otro ejemplo: ninguna constitución liberal realmente protege la propiedad privada, de modo que si esta institución es parte de lo que aceptarían personas razonables (tema debatible, por cierto) entonces ningún estado es legítimo. Cabe agregar que la literatura sobre la justificación de la democracia liberal es extensísima, y no puedo hacerle justicia en estas páginas. Para un esfuerzo reciente, ver Estlund, David, *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

[37] Dos obras fundamentales son Landes, David, *The Wealth and Poverty of Nations*, New York, Norton, 1998; y Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, New York, Crown, 2012.

Esta concepción simplemente sostiene, con Locke, que sólo los estados que respetan los derechos morales de los individuos son legítimos. Que yo sepa, nadie hasta hoy ha sostenido esta posición en la literatura sobre justicia global.[38] Dicha omisión es comprensible, ya que si aplicamos el requerimiento lockeano de que solamente un estado que respeta los derechos morales de la gente es legítimo, entonces *ningún* estado es legítimo, porque todos los estados, en mayor o en menor medida, violan los derechos morales de la gente. El problema con concepciones bivalentes de la legitimidad, como las que hemos repasado, es que no dan cuenta de la gran diversidad moral de los estados. En primer lugar, la concepción kantiana ignora el hecho de que las instituciones democráticas no son *suficientes* para garantizar el respeto a los derechos morales de los individuos. Tomemos el ejemplo de las "cleptocracias", regímenes que son elegidos democráticamente y (en general) respetan los derechos liberales tradicionales, pero que *roban* sistemáticamente a sus ciudadanos. O tomemos el caso de estados liberales democráticos que respetan las libertades tradicionales pero toleran el encarcelamiento masivo de personas moralmente inocentes. En segundo lugar, si bien el respeto a los derechos liberales tradicionales es moralmente requerido por razones obvias, el sistema democrático mayoritario no parece ser *necesario* para garantizar un respeto amplio de los derechos morales de los individuos, como muestran estudios empíricos sobre Singapur y estados similares, donde no hay democracia pero la gente goza de amplias libertades, especialmente económicas. Lo que importa es la aptitud de un *paquete institucional* de facilitar los proyectos personales de los ciudadanos. Las violaciones de derechos humanos más truculentas (ejecuciones sumarias, arrestos arbitrarios, tortura) por supuesto descalifican al estado que las comete. Pero la falta de estado de derecho, falta de respeto a la propiedad privada y libertad de contratar, los impuestos confiscatorios, las barreras aduaneras, todo ello probadamente contribuye a la pobreza y reduce los ámbitos de la libertad individual. Un énfasis exclusivo en las libertades democráticas y el sistema mayoritario ignora este hecho, muy pertinente desde el punto de vista de la justicia global.

La conclusión es que quizás la legitimidad no importe para la justicia global. En cambio, lo que seguro importa es la capacidad de las instituciones para salvaguardar, relativamente, los proyectos de vida de la gente y, por ende, relativamente, sus derechos morales. Es posible que ningún estado sea legíti-

[38] En una obra de próxima publicación, *Justice at a Distance*, sostengo esta postura junto con Loren Lomasky.

mo, pero seguramente algunas instituciones son mejores que otras. Éstas son las que el derecho internacional y la justicia global deben promover.

III. La filosofía de la guerra

Sin duda, la guerra es la forma más aterradora y destructiva de violencia. El análisis filosófico de la guerra debe comenzar, pues, con una fuerte presunción en contra de su permisibilidad moral y jurídica. Sin embargo, mucha gente cree que algunas guerras están moralmente justificadas. Los filósofos han intentado por siglos explicar el fenómeno de la guerra, y los juristas han intentado, más recientemente, domesticarla por medio de principios reguladores. La filosofía y el derecho de la guerra se subdividen en dos áreas. El *ius ad bellum* es el conjunto de principios que establecen en qué supuestos puede un estado recurrir a la guerra. El *ius in bello* es el conjunto de principios que regulan los *medios* permisibles en la guerra, es decir, el combate lícito. Antes de abordarlas, empero, debemos considerar porqué la guerra posee un lugar especial en las relaciones internacionales.

Cada estado soberano establece internamente el monopolio de la fuerza. El estado cuenta con policía, tribunales y ejército, y la violencia individual está severamente limitada. El estado moderno prohíbe la violencia entre sus sujetos, ya sea venganza privada u oportunismo delictivo, y proporciona a los individuos los medios jurídicos para responder a la agresión de los demás. La sociedad internacional, sin embargo, no es un superestado. Su característica central es precisamente la *falta* de un monopolio centralizado de la fuerza. La sociedad internacional carece de gobierno. La Carta de Naciones Unidas fue creada con el fin de establecer un sistema de seguridad colectiva que pudiera reemplazar a las guerras unilaterales, pero, como se sabe, no ha funcionado en general de manera efectiva. El derecho internacional no provee a los estados recursos satisfactorios contra las violaciones de sus derechos, en especial contra la agresión. Es verdad que el derecho internacional ha hecho grandes progresos en la creación de normas del *ius in bello*, hoy codificadas en las convenciones de Ginebra. Pero con respecto al *ius ad bellum* el derecho internacional positivo exhibe graves carencias. Aquí el divorcio entre texto y realidad es palpable. Si uno lee la Carta de Naciones Unidas, *parece* que la agresión está prohibida, y *parece* que el Consejo de Seguridad tiene los poderes necesarios para contrarrestar la agresión en nombre la comunidad internacional.[39] Este consenso discur-

[39] Carta de la ONU, art 2(4) y cap. VII.

sivo es importante, ya que hoy la comunidad internacional y la opinión pública están más dispuestas a condenar guerras cuestionables.

Sin embargo, los mecanismos *reales* para restringir la guerra son débiles. Para que el Consejo de Seguridad autorice el uso de la fuerza contra un agresor tiene que ocurrir muchas cosas, todas ellas bastante improbables. En primer lugar, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad tienen el derecho de veto. Esto significa, no solamente que el consenso es difícil de lograr aún en casos normales, sino también que el Consejo no autorizará el uso de la fuerza contra un agresor o un genocida aliado de un miembro permanente. En el mismo momento en que escribo estas líneas, Rusia y China bloquean toda resolución que autorice acción colectiva para impedir la masacre de civiles en que está empeñado el gobierno sirio. Pero aún más grave es el hecho de que el derecho internacional no *obliga* a los estados a asistir a la víctima de la agresión. El Consejo de Seguridad meramente *autoriza* a usar la fuerza. Esto significa que, contrariamente a lo que sucede en el orden jurídico interno, el derecho internacional no ofrece una *garantía jurídica* contra la agresión y otros actos de violencia como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Aun cuando el Consejo de Seguridad actuara en cada caso de agresión o genocidio con gran celeridad y eficiencia (lo cual no es el caso) y autorizara el uso de la fuerza para asistir a la víctima, los gobiernos no están obligados a actuar. Y como si eso fuera poco, solamente los estados poderosos cuentan con la capacidad de hacerlo, y estos estados no intervendrán a menos que ello sea en propio interés (o, con mayor precisión, en el interés electoral de los políticos que gobiernan). Los estados que se hallan en condiciones de responder a una agresión simplemente pueden negarse a hacerlo, sin que dicha negativa viole norma jurídica alguna. La triste conclusión de todo esto es que los estados deben recurrir a la auto-ayuda en la gran mayoría de los casos, y por ello, lamentablemente, el fenómeno de la guerra no podrá ser erradicado en el futuro previsible.

1. *Ius ad bellum: legítima defensa e intervención por causas humanitarias*

En esta sección defiendo la posición de que la única causa justificada de guerra es la defensa de las personas contra violencia injustificada, y que esta razón justifica, en casos apropiados, tanto la legítima defensa como la intervención por razones humanitarias.

Según la interpretación convencional de la carta de las Naciones Unidas (artículos 2.4 y 51), hay una única causa justa de guerra: la legítima defensa. Los estados, va de suyo, están justificados en usar la fuerza para responder a la agresión armada. Este punto de vista es mayoritario, tanto en la literatura jurídica como la filosófica. Para esta concepción, toda otra guerra es una guerra *ofensiva* y está prohibida. Solamente las guerras *defensivas* pueden ser justificadas. Esta postura, en particular, rechaza la llamada *intervención por razones de humanidad*, es decir, la guerra que tiene como objeto salvar a gente en otro país cuyos derechos morales básicos se encuentran gravemente amenazados o vulnerados por su propio gobierno. Esta guerra es una guerra ofensiva, según esta postura tradicional, y por lo tanto está moralmente prohibida.

Desde el punto de vista filosófico, sin embargo, la posición tradicional es débil. Veamos por qué. ¿Cuál es la justificación moral de la legítima defensa contra la agresión? Uno podría decir que el haber sido atacado (o el hecho de un tercer estado haber sido atacado) habilita moralmente a un estado a guerrear contra el agresor. La idea es que el agresor pierde a su vez su derecho a no ser atacado, y es esta pérdida la que habilita moralmente a otro estado a responder con la fuerza militar. De igual modo que el criminal renuncia a su derecho de libertad al atacar a una víctima inocente, habilitando así a ésta a defenderse con violencia (o a la policía a arrestar al criminal), asimismo el estado agresor renuncia a su derecho a no ser atacado al agredir a otro estado. La posición tradicional sostiene que *solamente* el hecho de ser atacado (y no otro hecho) autoriza la violencia defensiva. Como las guerras humanitarias no tienen como antecedente un ataque al estado que ahora interviene, está prohibida.

Este análisis falla porque *personifica* indebidamente al estado y por ello ofrece una descripción errónea de la justificación de la guerra. La legítima defensa no está justificada primariamente por la defensa del estado como tal. Más bien, las víctimas del ataque se defienden *a sí mismos y a sus compatriotas* contra el agresor. El gobierno actúa como un agente coordinador de los esfuerzos defensivos. Esto quiere decir que estas personas, lideradas por el gobierno, defienden su propia vida, su integridad corporal y sus posesiones contra un ejército invasor que las amenaza y que, por ello mismo, las fuerza a pelear. Es posible, por supuesto, que estas personas defiendan sus instituciones, su estilo de vida, u otras cosas valiosas que se vean amenazadas por el agresor, pero esto no es necesario. La agresión obliga a la personas a defenderse aún cuando detesten a su gobierno y sus instituciones. El agresor pone a los ciudadanos del país agredido en la posición difícil de pelear o rendirse.

Analicemos ahora la intervención por razones humanitarias. Si pensamos en el estado como compuesto por individuos de carne y hueso, vemos que la intervención por razones humanitarias *también* es un caso de defensa de *personas*, en este caso de terceros, a saber, aquellas personas víctimas de la violencia injustificada por parte de su propio gobierno. Vemos entonces que la legítima defensa y la intervención por razones humanitarias están justificadas por la misma razón: la guerra en legítima defensa es una guerra en defensa de uno mismo y sus compatriotas contra la violencia injustificada del agresor extranjero; la intervención por razones humanitarias es una guerra en defensa de *otras* personas contra la violencia injustificada de sus propios gobiernos. En ambos casos la justificación es la misma: defensa de personas. Es un error, por lo tanto, considerar la legítima defensa como guerra defensiva y la intervención por razones humanitarias como una guerra ofensiva. Ambas son defensivas.

Los principios morales aplicables a la intervención por razones humanitarias son análogos a los que se conocen en el derecho penal como la *defensa de terceros*. Los individuos están autorizados, no solamente a defenderse a sí mismos contra agresiones injustificadas, sino también a acudir en defensa de terceros contra agresiones injustificadas. La matriz es la siguiente: Si el Agresor (A) ataca a la Víctima (V), el Tercero (T) está moralmente autorizado a usar la fuerza en defensa de la víctima.[40] Podemos decir que V tiene un derecho a no ser atacado, y que A pierde ese derecho, renuncia a él, al atacar a V. A se hace *pasible* de un ataque defensivo por parte de V o T. Ahora bien, este análisis está limitado a las relaciones entre individuos; así es como se lo presenta en derecho penal. Su aplicación a las relaciones entre *estados*, y de éstos con individuos, no es automática, por varias razones. En primer lugar, las razones que protegen moralmente a un estado contra ataques por parte de otros estados son algo diferentes de las razones morales que protegen a individuos contra ataques de otros. Los individuos tienen un derecho natural a la vida y la integridad física; es por ello que otros no pueden permisiblemente atacarlos. Un gobierno tiránico vulnera precisamente estos derechos; en este caso, entonces, las víctimas de gobiernos tiránicos se encuentran en una posición muy parecida a las víctimas del ejemplo de la matriz: la gente es atacada por su gobierno. Los dos casos no son idénticos, sin embargo, porque un gobierno, contrariamente al Agresor

[40] Véase Alexander, Larry, "Self-Defense", *University of San Diego Research Paper Series*, año 2011, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924513*.

de la matriz, tiene una relación especial con sus súbditos. El gobierno se supone que está *al servicio* de ellos. Esto hace que los actos de violencia tiránica sean aún más culpables. El Agresor no es una persona *simpliciter* sino una institución creada por la gente para gobernar de acuerdo al contrato social. El gobierno, entonces, contrariamente a las personas, no posee un derecho natural a no ser atacado. Su protección moral deriva exclusivamente de los derechos de los súbditos que instituyeron al gobierno.

En segundo lugar, las acciones militares imponen altos costos a terceras personas, cosa que normalmente no ocurre en agresiones individuales. Supongamos, entonces, que A (el gobierno tiránico) ataca a V (la población), y T (un tercer estado) interviene militarmente. Dicha acción normalmente le causará un daño considerable a C (los civiles inocentes, digamos.) Es este hecho, el hecho de que la guerra causa las muertes de personas inocentes, el que ha motivado a mucha gente a rechazar la intervención por razones humanitarias. Pero no parece que en este punto la intervención por razones humanitarias difiera de la legítima defensa: en este último caso también mueren inocentes. Consideremos los siguientes ejemplos:

Genocidio en Rodelia: El gobierno de una provincia de un estado federal, Rodelia, ha desencadenado una matanza contra un grupo étnico. Las muertes se acumulan, y el gobierno federal envía tropas a la provincia para impedir el genocidio. El ejército provincial resiste, y comienza una guerra civil. Luego de varios meses de batalla, las tropas federales derrotan a los rebeldes y salvan a la mayoría de la víctimas.

Revolución en Andinia: Una junta militar ha derrocado al gobierno democrático. Ha suspendido indefinidamente las garantías constitucionales e iniciado una persecución implacable de los disidentes que incluye tortura y ejecuciones sumarias. Las fuerzas democráticas, sin embargo, se reagrupan y salen a combatir a las calles. Luego de varios meses de batalla con muchas bajas, los revolucionarios triunfan y restauran la constitución democrática.

La mayoría de los autores, creo, apoya el uso de la fuerza en ambos casos. Pero ahora imaginemos que en el caso de Rodelia el gobierno federal es impotente para impedir el genocidio. Imaginemos que un país democrático vecino decide invadir para impedirlo, y que lo logra al mismo costo, en términos de vidas humanas, que la intervención federal habría producido. Creo que no hay diferencia moral entre ambos casos. La única diferencia es que en el caso de intervención el ejército liberador cruzó una frontera. No se ve porqué ese hecho es suficiente para condenar una acción (internacional) de fuerza que en el otro caso (interno) aprobamos.

Parejamente, imaginemos que en el caso de Andinia las fuerzas democráticas llevan las de perder ante la superioridad bélica de la junta. Imaginemos que los revolucionarios piden y obtienen ayuda de un país democrático vecino que finalmente derrota a la junta y restaura las autoridades democráticas, al mismo costo. Tampoco aquí se ve la diferencia moral entre este supuesto y el original: la única diferencia fáctica es que la fuerza liberadora cruzó una frontera. Si los revolucionarios abrazan una justa causa, entonces la ayuda a esos revolucionarios está justificada, *si todo lo demás permanece igual*. La oposición a la intervención en estos casos, entonces, tiene sentido si la razón para oponerse es que la intervención empeorará las cosas, causará más daño que la abstención, o será contraproducente.

2. Ius in bello: *El requisito de proporcionalidad*

Esto nos lleva entonces al punto central de la filosofía de la guerra: toda guerra debe ser, no sólo justa, sino *proporcional*. ¿Pero qué quiere decir esto? ¿Cuándo es una guerra proporcional? La idea central es simple, pero cuando uno trata de aplicarla aparecen muchas dificultades. Una guerra es proporcional, en un sentido vago, cuando los efectos buenos que produce compensan por sus efectos malos. Vimos que para que una guerra esté justificada debe ser emprendida por una causa justa, y que la única causa justa es la defensa de las personas. Pero una causa justa es una condición necesaria, no suficiente, de una guerra justificada. Si para defenderse de una agresión un estado aniquila al agresor con una bomba atómica, ese estado comete un acto de guerra injustificado a pesar del hecho de que fue víctima de la agresión inicial, porque esa reacción no guarda proporción con dicha agresión.

Hasta aquí la idea es relativamente clara. Sin embargo, el fenómeno de la guerra presenta el siguiente dilema: en toda guerra inicialmente justificada el estado que la conduce causa la muerte de personas inocentes. Estas personas no han renunciado a su derecho a la vida. Por lo tanto, es posible argüir que ninguna guerra que cause la muerte de personas inocentes está justificada. Como todas las guerras causan esas muertes, ninguna guerra está justificada. Tenemos la obligación de ser pacifistas. Si el agresor invade, debemos someternos a él (a menos que el agresor planee exterminarnos)

porque toda resistencia violenta causará la muerte de inocentes.[41] Muchos han considerado esta postura inaceptable, pero responder a ella no es tan fácil como parece. Para hacerlo, los autores han desarrollado la *teoría del efecto doble* (DED).[42] Reducida a su mínima expresión, esta teoría sostiene que si una acción produce un efecto bueno y otro efecto malo, *a veces* es posible excusar al agente por el mal efecto producido, a saber, cuando el agente no *intenta directamente* ese efecto malo. Aplicada a la guerra, la DED sostiene que el gobierno que conduce una guerra en nombre de una causa justa *no desea* la muerte de inocentes. Dicho daño se produce de manera *colateral*, es decir, como un efecto oblicuo de la acción. Si, además, el daño colateral mantiene una relación proporcional con el efecto bueno producido, es posible que dicho daño, aunque sea lamentable, esté excusado o justificado.

La DED ha sido ampliamente discutida, y no puedo aquí hacer justicia a la complejidad y riqueza de esa discusión.[43] Me limitaré a ofrecer una versión que me parece plausible. Comenzaremos con una formulación general aproximada:

Una acción que produce dos efectos, uno bueno y uno malo, puede ser realizada:

1) Si el acto es moralmente correcto,
2) Si el agente intenta el efecto bueno, aunque el efecto malo pueda ser previsto,
3) Si el efecto bueno no se produce *por intermedio* del efecto malo, y
4) Si el valor logrado por el efecto bueno es suficientemente importante como para permitir que ocurra el disvalor causado por el efecto malo.[44]

[41] En este sentido, ver Rodin, David, *War and Self-Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

[42] Para un tratamiento excelente del tema, ver Rivera López, Eduardo, *The partial (but relevant) truth of the doctrine of the double effect* (inédito).

[43] Para tratamientos importantes de la DED, véase Quinn, Warren, *Morality and Action*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 1993, cap. 8; Rivera López, Eduardo, *op. cit.*, nota 42; y los autores citados en la nota siguiente.

[44]Esta formulación es una traducción libre de Frey, R. G., "The Doctrine of Double Effect", Frey, R.G. y Wellman, C. H. (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Oxford, Blackwell, 2003, p. 464. Joseph Boyle Jr. formula la DED de este modo: "Es moralmente permisible realizar una acción cuando uno sabe que la acción causará por lo menos un estado de cosas tal que, si este estado de cosas fuera intrínseco a la acción, ella sería moralmente impermisible, si y sólo si (i) el estado de cosas no es intrínseco a la acción (eso es, no es intentado) y (ii) hay una razón importante para realizar la acción". Boyle Jr., Joseph, "Toward Understanding the Principle of Double Effect", Woodward, P.A. (ed.), *The Doctrine of Double Effect: Philos-*

Ahora adaptemos esta formulación al tema de la guerra:

Un acto de guerra que persigue un resultado valioso (por ejemplo, derrotar a un enemigo que amenaza o causa un daño importante a las personas), y que al mismo tiempo previsiblemente causará la muerte de inocentes, es permisible si, y sólo si:

1) El acto en sí está autorizado por las leyes de la guerra; por ejemplo, las armas utilizadas están permitidas (no se permiten armas biológicas, etcétera).
2) El agente intenta, busca un resultado valioso (la derrota del enemigo injusto), aunque prevea, pero no desee, la muerte de inocentes;
3) El resultado valioso no se logra usando las muertes de inocentes como medio, y
4) El resultado valioso (la derrota del enemigo injusto) es suficientemente importante como para tolerar la muerte (no deseada pero prevista por el agente) de las personas inocentes.

La mayor parte de la literatura se ha concentrado en la condición (2): el guerrero justo no debe intentar o desear la muerte de personas inocentes, aunque prevea que ocurrirán. Esto requiere elaboración.

Según los teóricos de la DED, la muerte colateral de personas inocentes no es parte *intrínseca* de la acción del guerrero justo. Esto significa que, en un sentido importante, éste no *intenta o desea* esas muertes. Pero el lenguaje de intencionalidad es engañoso, porque el efecto dañoso es ciertamente *imputable* al agente. El comandante que destruye una posición enemiga causa la muerte colateral de inocentes de manera deliberada y con conocimiento de que su ataque (justificado en cuanto a la causa) matará a esos inocentes.[45] ¿En qué sentido, entonces, puede uno decir que el agente no deseó esas muertes? El comandante sabía que si disparaba sus armas los inocentes morirían; sin embargo, disparó. En un sentido plausible de "desear" o "intentar", el comandante deseó o intentó matarlos. En vista de

ophers Debate a Controversial Moral Principle, Notre Dame, Indiana, Notre Dame University Press, 2001, p. 12 (mi traducción). Para críticas a la doctrina, véase Bennet, Jonathan, "Morality and Consequences", May, Larry, Rovie, Eric, y Viner, Steve (eds), *The Morality of War. Upple Saddle River*, New Jersey, Pearson-Prentice-Hall, 2006, p. 187, y Spector, Horacio, *Autonomy and Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 109-113.

[45] Véase Boyle Jr., Joseph, *op. cit.*, nota 44, p. 9.

esta dificultad, quienes proponen la DED conceden que en este caso el agente intenta o desea el efecto malo, pero distinguen entre intención *directa* e intención *oblicua*. El comandante intenta producir todas las consecuencias causales previsibles de su acción. Si embargo, él intenta *directamente* matar al enemigo, mientras que intenta *oblicuamente* la muerte de personas inocentes. La pregunta aquí es contrafáctica: "¿Hubiera usted disparado sus armas igual si le hubieran dicho que no habría consecuencias malas?" Si la respuesta es afirmativa, entonces el agente intentó esas consecuencias malas de manera oblicua. Estas consecuencias colaterales dañosas son irrelevantes para el fin del comandante, que es derrotar al enemigo injusto.

Sin embargo, esta movida es puramente verbal. El problema aquí no es conceptual (¿qué cuenta como intención?) sino normativo: ¿Es moralmente permisible causar muertes colaterales en una guerra justa? La respuesta más prometedora es ésta: La acción dirigida a un mal moral está *guiada* por ese mal.[46] El mal causado con intención directa es más *ultrajante* que el mal causado con intención oblicua porque vulnera de manera flagrante el respeto debido a las personas; de ahí la diferencia entre los dos efectos de la misma acción. El comandante que no *apunta* a los inocentes no quiere realmente dañarlos; los salvaría si pudiera. Ese daño colateral no significa nada para él, no es parte de su acción. La acción no está guiada por tal daño. En cambio, el comandante que apunta a los inocentes desea su muerte; no quiere salvarlos. Esas muertes son elementos esenciales de su intención; su acción está, entonces, guiada por el mal. Esta distinción, creo, es plausible, y marca una diferencia moral entre acción dañosa directa y acción dañosa oblicua.

No obstante, del hecho de que haya una diferencia moral entre acción dañosa directa y acción dañosa oblicua no se sigue que ésta sea moralmente *permisible.* Como señaló Warren Quinn, la DED *aumenta* las exigencias de la permisión de matar; no las disminuye. La DED no justifica las muertes colaterales en una guerra: meramente observa que las muertes colaterales de inocentes son menos reprensibles que las muertes directas de inocentes. Un pacifista puede mantener que las muertes colaterales de inocentes son inmorales, injustificadas, aun concediendo que no sean tan reprensibles como las muertes de inocentes causadas directamente. Podemos ver, entonces, que la mera invocación de la condición (2) de la DED, esto es la distinción entre daño directo y daño oblicuo, no alcanza para responder a la objeción pacifista. Para responderle, es necesario invocar la condición

[46] Nagel, Thomas, "Agent-Relative Morality", Woodward, P.A. (ed.), *op. cit.*, nota 44, p. 46.

(4): el requerimiento de que el efecto benéfico (la realización de la causa justa) sea "suficientemente importante" como para tolerar la muerte colateral de inocentes.

Esta condición es normalmente catalogada como una condición de proporcionalidad. Qué cuente como acción proporcional es, sin embargo, poco claro. La literatura moderna sobre la DED ha rechazado en general un criterio puramente utilitario; sin embargo, las soluciones propuestas no parecen mejorar mucho ese criterio, ya que normalmente desembocan en un cálculo de costos y beneficios en términos de vidas humanas.

La DED puede desempeñar dos papeles distintos, aunque relacionados. En primer lugar, la DED puede ser usada para distinguir entre el combatir de manera moral y el combatir de manera inmoral, *sin referencia a la justicia o injusticia de la causa.* En segundo lugar, la DED puede ser usada para justificar daño colateral a inocentes (y, parejamente, condenar daño directo a inocentes) en guerras que son, por lo demás, justas. Michael Walzer ha seguido la primera estrategia. Para él, un acto de guerra satisface la DED cuando:

(1) El acto es bueno o indiferente en sí mismo (por ejemplo, el arma usada es moralmente permisible)

(2) El efecto directo es moralmente permisible: la destrucción de depósito de armas, por ejemplo, o la muerte de soldados enemigos.

(3) La intención del agente es buena, esto es, solamente apunta al efecto aceptable; el efecto malo no es uno de sus fines, ni es un medio para sus fines.

(4) El efecto benéfico es suficientemente bueno como para compensar por el efecto malo; debe estar justificado por la regla de proporcionalidad de Sidgwick.[47]

La condición (2) de Walzer estipula que el efecto bueno debe ser moralmente aceptable. Pero por "moralmente aceptable" Walzer quiere decir el efecto que el combatiente cree que conduce a la victoria para *su* lado. Del mismo modo, bajo la condición (4) un "buen efecto" significa un buen efecto *dados los objetivos bélicos* de los combatientes. Walzer (siguiendo a Sidgwick) quiere deliberadamente separar el tema de la moralidad del combate, el *ius in bello*, del tema de la justicia de la causa, el *ius ad bellum*. Este enfoque es comprensible, ya que un combatiente que viola las restric-

[47] Adaptado y traducido de Walzer, Michael, *Just and Unjust Wars*, 4ta ed., Nueva York, Basic Books, 2006, p. 153. Para la regla de proporcionalidad de Sigdwick, véase *infra.*

ciones del *ius in bello* comete un crimen, aún si persigue una causa justa (así, por ejemplo, el bombardeo de Dresden por los Aliados en la Segunda Guerra Mundial fue moralmente injustificado, aun cuando los Aliados perseguían la justa derrota del Tercer Reich.)

A pesar de su utilidad, este enfoque no nos permite usar la DED para justificar guerras *justas*. Si la guerra puede ser justificada, es decir, si es posible darle una respuesta convincente al pacifista, es necesario proporcionar un argumento para justificar el daño colateral a inocentes que toda guerra, aún justa, causa. El primer paso es señalar que toda muerte, directa o indirecta, causada por un combatiente que persigue una causa *injusta* es una muerte injustificada, un homicidio.[48] Las únicas muertes en una guerra que pueden justificarse son las causadas por un combatiente que abraza una causa justa. La justicia de la causa (que, como señalé, es siempre la defensa de las personas) es una condición *necesaria* para justificar el daño, la muerte y la destrucción que toda guerra produce. Pero no es una condición suficiente, ya que un combatiente que persigue una causa justa puede también cometer crímenes de guerra.

La segunda función de la DED, entonces, es importantísima: es la de responder a la objeción pacifista e identificar los casos en que las muertes colaterales de inocentes en una guerra justa están justificados. En mi opinión, esto sólo puede lograrse si la condición (4) es entendida, no solamente como un criterio *cuantitativo* de proporcionalidad (un cálculo de costos y beneficios), sino además como una evaluación *cualitativa* de *lo que está en juego* en la victoria, es decir, de *cuán justa* sea la causa.

Comencemos con la regla de proporcionalidad de Sigdwick, corrigiéndola en etapas para responder a las preocupaciones que identifiqué. La idea general de proporcionalidad es que el buen efecto de la guerra (o de un acto bélico particular) debe contrarrestar el efecto malo. De acuerdo a Sigdwick, la finalidad del combatiente moralmente motivado debe ser la de inhabilitar al enemigo y forzarlo a rendirse, "pero no causarle (1) ningún daño que no tienda materialmente a ese fin, ni (2) ningún daño cuya capacidad de tender a ese fin sea menor en comparación con el volumen del daño".[49] Igual que Walzer, Sigdiwck cree que la moralidad del combate es inde-

[48] Como dice Cavanaugh , "para que la conducta de uno en la guerra sea justa, tanto la guerra como el acto individual deben ser justos". Cavanaugh, T.A., *Double Effect Reasoning: Doing Good and Avoiding Evil,* Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 181 (mi traducción). La idea es desarrollada ampliamente en Mcmahan, Jeff, *Killing in War*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

[49] Sigdwick, Henry, *The Elements of Politics,* Londres, McMillan, 1908, p. 268 (mi traducción).

pendiente de a justicia de la causa. Como indiqué, esta separación es insostenible; por lo tanto, es necesario incluir consideraciones de *ius in bello,* y en particular resolver la cuestión de las muertes colaterales de personas inocentes a la luz de la causa por la que se combate, de lo que está en juego.

Podemos entonces enmendar la regla de Sigdwick del siguiente modo:

> Un acto de guerra por una causa justa que causa la muerte colateral de inocentes *no será* permitido si, o bien (1) el acto no es materialmente conducente a la realización de la causa justa; o bien (2) la capacidad del acto de conducir a la realización de la causa justa es menor, comparado con el número de muertes colaterales.

Esta enmienda introduce el concepto de causa justa. Pero esta versión es aún insuficiente, porque no refleja la dimensión *cualitativa* del concepto de causa justa. Para que un acto de guerra esté justificado, el combatiente debe tener una razón suficientemente poderosa. La expresión "suficientemente importante" en la condición (4) de la DED refleja el grado de *urgencia moral* que el combatiente justo debe tener. La guerra debe ser lo suficientemente justificada como para compensar por el efecto malo. Cuanto más *fuerte* sea la razón para combatir, más bajo será el umbral de permisión de muertes colaterales. Sugiero, entonces, un agregado:

> Un acto de guerra por una causa justa que causa la muerte colateral de inocentes *no será* permitido si, o bien (1) el acto no es materialmente conducente a la realización de la causa justa; o bien (2) la capacidad del acto de conducir a la realización de la causa justa es menor, comparado con el número de muertes colaterales; o bien (3) la causa no es lo suficientemente *grave* como para compensar por el daño colateral.

Podemos entonces formular una versión final de la DED aplicada a la guerra. Un acto de guerra está justificado si, y sólo si, cumple con las seis condiciones siguientes:

1) El combatiente utiliza medios permisibles.
2) El combatiente no intenta directamente la muerte de inocentes.
3) El combatiente persigue una causa justa. Solamente la defensa de personas atacadas cuenta como causa justa.
4) El acto de guerra es materialmente conducente a la victoria.
5) La capacidad del acto de guerra para conducir a la victoria es suficientemente grande como para compensar por muertes colate-

rales de inocentes. Esto requiere un cálculo *cuantitativo* de costos y beneficios.

6) La causa mencionada en (3) debe ser lo suficientemente *importante*, moralmente, como para compensar por las muertes colaterales de inocentes. Esta condición reconoce que hay grados de urgencia moral. Cuanto más importante sea la causa, más bajo será el umbral de permisión de daño colateral a inocentes.

Esta formulación requiere algunas aclaraciones. He omitido el requerimiento de que el efecto bueno no debe producirse por intermedio del efecto malo, porque esto está reflejado en la descripción de la intención requerida en el punto (2): el combatiente que *usa* a un inocente como medio para lograr el buen fin viola la condición de que el efecto malo no debe desearse directamente sino oblicuamente. También, he subdividido el requerimiento de proporcionalidad en tres componentes, como indiqué. La condición (6), que requiere gravedad moral de la causa, es una condición cualitativa; mientras que la condición (5), acerca de la magnitud del daño colateral, es cuantitativa. La justicia de la causa, pues, opera como un *paraguas* que campea sobre la justificación de la guerra, y así informa todos sus aspectos morales. En una palabra: no es suficiente que el combatiente actúe con la intención requerida: *porqué* combate es un factor decisivo en la evaluación moral.

Aquí cabe una advertencia importante. Los juicios de proporcionalidad son muy difíciles de formular en el calor de la batalla. Si agregamos a esto que las condiciones de la DED son imprecisas, comprendemos la dificultad que aqueja a un combatiente que persigue una causa justa y que está motivado a combatir de acuerdo a principios morales. Las preguntas que debe responder son realmente difíciles: ¿Es la causa *suficientemente urgente* como para justificar este acto bélico que previsiblemente causará la muerte de inocentes? ¿Cuánto contribuirá causalmente este acto bélico al logro de la justa victoria? Pocas son las ocasiones tan importantes para cualquier líder político o militar a quien le importa la vida humana y los principios liberales como las decisiones relativas a la guerra. Lamentablemente, no hay procedimientos mecánicos para resolver estas cuestiones. Espero, sin embargo, haber identificado el tipo de consideraciones que los líderes y comandantes responsables de las democracias liberales deben sopesar al tomar estas decisiones problemáticas.

IV. CONCLUSIÓN: LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Concluyo este ensayo con una reflexión sobre la naturaleza normativa del derecho internacional. Hay una larga tradición que considera a la coerción institucionalizada como parte esencial del derecho.[50]El derecho internacional, como vimos, prácticamente carece de coerción institucionalizada. Esto ha llevado a algunos autores a negar que el derecho internacional sea un auténtico sistema jurídico. Esta cuestión es en gran parte verbal: depende de cómo usemos la palabra "derecho." Pero más allá del tema verbal, hay aquí un tema importante de normatividad. Por un lado, no hay razón alguna para que la sociedad internacional no desarrolle normas sociales de manera descentralizada. Estas normas no son menos obligatorias por el hecho de que no establezcan un órgano central de aplicación y creación del derecho. Uno puede decir, con Hart, que la normatividad del derecho internacional emerge cuando los gobiernos sienten *presión* fuerte de sus pares para obedecer la norma. En el derecho interno, dicha presión se traduce en la coerción estatal que respalda al derecho. En el ámbito internacional, dicha presión se manifiesta en maneras informales de incentivar el cumplimiento de las normas. De modo que creo que quienes afirman que el derecho internacional no pierde su carácter "jurídico" por carecer de autoridad central llevan las de ganar en este debate.

Sin embargo, a veces los juristas pecan de exageración en sentido opuesto: actúan como si las posibilidades de la aplicación y cumplimiento del derecho internacional fueran idénticas a aquéllas que caracterizan al derecho interno. Este es un grave error. El hecho de que haya normas sociales en el ámbito internacional, y que decidamos llamarlas "derecho", no puede ocultar las flaquezas endémicas del sistema. Las relaciones internacionales padecen la lógica corrosiva del Dilema de Prisionero: los mecanismos del sistema no alcanzan para eliminar las defecciones (violaciones) oportunistas. Los sistemas jurídicos internos, por el contrario, resuelven o alivian este problema por medio de la coerción estatal que reduce dichas defecciones. Toda filosofía del derecho internacional, para ser completa, debe analizar en qué consiste esta normatividad no respaldada por coerción.

La pregunta para el futuro de esta disciplina es, entonces: si dentro de una sociedad el gobierno es la respuesta a los problemas de coopera-

[50] Representada especialmente por Hans Kelsen y H. L. A. Hart.

ción social, ¿no es entonces *un gobierno mundial* la respuesta a los problemas de cooperación entre estados? La filosofía carece de recursos para responder a esta pregunta, ya que se trata de un tema de diseño institucional. Anticipo, sin embargo, mi actitud escéptica. Los estados nacionales presentan, como hemos visto, amenazas graves a la libertad. Pero si bien todos los estados, en mayor o menor medida, violan los derechos de la gente, ciertamente algunos de ellos son mejores, incluso mucho mejores, que otros. Esto crea la posibilidad de *emigrar* de sociedades altamente injustas a otras mejores (aunque imperfectas). Un gobierno mundial eliminaría esta posibilidad, y por eso mismo deberíamos abrigar serias dudas sobre si un gobierno mundial, a pesar de las ventajas que a primera vista ofrecería, sería consistente con los valores humanitarios que deben informar toda institución creada para regir la vida social.

V. Bibliografía complementaria

ALTMAN, Andrew y WELLMAN, Christopher Heath, *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

BESSON, Samantha y TASIOULAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

BUCHANAN, Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: The Moral Foundations of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José, *Kant y la guerra: una revisión de 'La Paz Perpetua' desde las preguntas actuales,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

GOLDSMITH, Jack y POSNER, Eric, *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

HOLZGEFE, J. L. y KEOHANE, Robert O, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003.

MAY, Larry, ROVIE, Eric, y VINER, Steve (eds.), *The Morality of War: Classical and Contemporary Readings,* Upper Saddle River, Nueva Jersey, Pearson Prentice-Hall, 2006.

MCMAHAN, Jeff, *Killing in War*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

RAWLS, John, *The Law of Peoples*, Cambridge, Masachussets, Harvard University Press, 1999.

RODIN, David, *War and Self-Defense*. Oxford, Oxford University Press, 2003.

TESÓN, Fernando R., *A Philosophy of Internaitonal Law*, Boulder, Colorado, Westview, 1998.

_____, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, tercera edición. Ardsley-on-Hudson, Nueva York, Transnational Publishers, 2005.

CAPÍTULO 62

LA SOBERANÍA EN LOS ALBORES DEL TERCER MILENIO

Xavier DÍEZ DE URDANIVIA FERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunas reflexiones en torno a la noción de poder.* III. *Génesis y Evolución del concepto soberanía.* IV. *Una revisión crítica del concepto de soberanía.* V. *Soberanía y Globalidad: Un encuentro crítico.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hay que empezar por lo evidente, que frecuentemente se pasa por alto: la soberanía es poder. Tal es su género próximo.

Más aún: en estricto rigor, se trata de un adjetivo que fue sustantivado, porque la expresión adecuada debiera ser "poder soberano", es decir, aquel poder que se encuentra por encima de cualquier otro (*super omnia*) al interior del estado, y que por lo tanto resulta "irresistible" en él para cualquier otro poder; y que, frente a otros entes, igualmente "soberanos", resulta independiente, tal cual Jean Bodin lo definió en *Los seis libros de la República*.[1]

Así se había aceptado, cuando menos en términos de la teoría, durante los últimos cuatro siglos, desde que los tratados de Westfalia emanciparon al poder, político y jurídico, del Sacro Imperio Romano Germánico, aunque no lo despojaron del carácter providencial que le había dejado impreso la predicación epistolar de San Pablo, y que de suyo ya tenía desde la antigüedad clásica.

Hoy, sin embargo, esa noción enfrenta aporías a veces en apariencia irresolubles, aunque en realidad no lo son.

* Profesor Investigador de tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila y de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma del Noreste, México. Presidente en Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila de Zaragoza

[1] Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*m, Madrid, Tecnos, 1997 [1576].

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2339-2363.

Pasa que la perspectiva con que se suele analizar el tema es estrecha y reducida, cuando lo que hace falta es efectuar el análisis desde el contexto sistémico al que pertenece el fenómeno (y por supuesto, el concepto que lo representa), pero siempre teniendo en cuenta su esencia: la *soberanía* es poder, aunque no sea ya del todo "irresistible" e "independiente", como los hechos han demostrado.

Pero hay que calar hondo, porque no bastaría conceder que la soberanía es poder para entender bien sus alcances y su crisis evidente, pues haría todavía falta desentrañar la especie de poder a la que pertenece, puesto que de ello dependerá la perspectiva que en el contexto contemporáneo pueda delinearse para esa tan arraigada noción como atributo del estado.

La hipótesis central de este trabajo es que la globalización de los fenómenos sociales ha dado en un estado de cosas tal, que el paradigma hegemónico que de "soberanía" ha prevalecido durante casi cuatro siglos está en crisis y, por lo tanto, convoca al mundo científico a trabajar en su remplazo.

Para demostrar esa hipótesis habrá de recorrerse una ruta que parta de los fundamentos básicos de la noción, y por lo tanto se ha considerado indispensable un examen puntual del concepto de poder y sus especies, para poder clasificar a la soberanía en su contexto conceptual.

Acto seguido, se ha estimado necesario explorar un tema en el que no suele detenerse la atención y por lo tanto, o se pasa por alto, o se dan por sentados diversos lugares comunes que, a la postre, impiden una visión clara del tema, especialmente en un momento de crisis de paradigmas como el que se vive: ¿A quién corresponde la titularidad del poder soberano, al pueblo o al estado? En el fondo, responder esa pregunta tendrá repercusiones sustanciales en un tema central de la teoría y la praxis políticas, que es el de la legitimidad, tema que también será abordado, porque estimo poco satisfactorias las explicaciones más frecuentes que para ella se encuentran, que la atribuyen a los procesos electorales o, cuando más, la hacen descansar en una aceptación generalizada de los gobernantes en turno.

Por último, habrá de examinarse el contexto en que hoy en día tienen lugar los fenómenos políticos, económicos, culturales y en general sociales, para develar los alcances de la afectación que han causado al ejercicio de esa soberanía renacentista que no ha sido del todo superada teóricamente, para así poder escudriñar en el futuro de la soberanía como poder y como noción teórica.

En suma, se tratará de responder, con una visión adecuada al nuevo milenio, a las siguientes cuestiones: ¿Qué es, en realidad, la soberanía? ¿A

quién corresponden su titularidad y su ejercicio? ¿Cuál es su relación con la legitimidad del poder? ¿Cómo se ve afectada esa noción por las condiciones impuestas por la globalidad? ¿Ha sufrido mutaciones tan drásticas la noción de *soberanía* que obliguen a su redefinición como paradigma científico? ¿Cuál es, en todo caso, el destino en la teoría y en la práctica, de la *soberanía* en el nuevo milenio?

II. Algunas Reflexiones en Torno a la Noción de Poder

A pesar de tratarse de un concepto clave en toda concepción de la política, el de poder es un concepto poco atendido y sobre el que hay todavía una notoria disparidad de criterios. Existe una evidente polisemia sobre esa noción, que irremediablemente da lugar a equívocos indeseables y por demás perniciosos. Hay, por lo tanto, que precisar sus alcances.

Por su raíz, el término proviene del verbo latino *possum, potes, posse, potui,* que implica "ser capaz" de algo, y se corresponde con las siguientes acepciones recogidas por el Diccionario de la Real Academia Española: "tener expedita la facultad o potencia de hacer algo", o bien el "dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo", el "gobierno de un país", "fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío" o la "suprema potestad rectora y coactiva del estado" , cuando la referencia a él se hace en un contexto político.

Es, por lo tanto, afín a las nociones de autoridad, influencia, liderazgo y gobierno, por cuanto concitan todas ellas la idea de *capacidad de mandar* y la expectativa lícita –y legítima– de *ser obedecido*.

Pablo García Ruíz cita a Talcott Parsons para apoyar su perspectiva sobre la necesidad de dilucidar claramente el concepto de poder, considerando que existe un "complejo central" en su significado que lo relaciona con la capacidad –de las personas o colectividades– para conseguir que las cosas se hagan efectivamente, especialmente cuando las metas se ven obstruidas por alguna clase de resistencia u oposición.[2]

Esa idea de conflicto derivado de la competencia por obtener un bien escaso ya estaba presente en Max Weber, para quién "Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social,

[2] García Ruíz, Paola, *Poder y sociedad. La sociología política de Talcott Parsons*, Pamplona, EUNSA, 1993.

aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad".[3]

Fernández Miranda, citado por Blanco Ande, se refiere al poder por su significado como "dominio, imperio, señorío, capacidad de mandar o ejecutar algo. El Poder implica relación, es capacidad de decisión sobre otro", definición que contiene la idea de superioridad e implica una relación de supraordinación de quien manda respecto de quien ha de obedecer, y de subordinación de éste respecto de aquél, lo que, aunque debiera, no implica siempre la capacidad de decidir.[4]

Emilio Suñé Llinás afirma, sin desperdicio, que…

> …en el seno de la estructura social existe una subestructura política, cuya finalidad es la de globalizar o, si se quiere, dar carácter de todo estructural a la sociedad general, a fin de que esta no sea una mera yuxtaposición de los sistemas económico, ético-valorativo y físico-coactivo. Por esta razón tienen carácter 'político' aquellos elementos y relaciones del sistema social, con vocación estructurante. Son, pues, 'políticos' los postulados básicos de los subsistemas económico, ético-valorativo y físico-coactivo; y todo ello sin perjuicio de que existan organizaciones y relaciones específicamente políticas dentro de la sociedad general, tales como los partidos políticos, el Parlamento, o el Gobierno.[5]

El poder, entonces, será político cuando tenga por vocación y destino esa función estructurante que le da la calidad de *poder organizado*, como lo denomina Luhmann, quien también se remite al poder referido a la sociedad como un todo.

Para este último pensador, el poder es un *universal social*, lo que significa precisamente que sólo podrá ser comprendido si se toma como fundamento su sistema de referencia, es decir, la sociedad como conjunto dinámico interactivo, lo que no cambia si la política y la ley se incluyen en la perspectiva, porque los sistemas político y legal son subsistemas del macrosistema social, diferenciados de éste para todo efecto relativo a las funciones sociales, entendida la función como esquema lógico regulador que permite comparar entre sí, como equivalentes funcionales, sucesos que de otra manera no podrían compararse.

[3] Weber, Max, *Economía y sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1987 [1921-2], p. 43.

[4] Blanco Ande, Joaquín, *Teoría del Poder*, Madrid, Pirámide, 1977.

[5] Suñe Llinás, Emilio, "Filosofía Política y Ciencia Política en homenaje a Francisco Elías de Tejada", en *Francisco Elías de Tejada. Figura y Pensamiento*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1995, pp. 25-48.

Para mejor entender al sistema social, se basa en una metodología tripartita: uno, sobre la formación de sistemas y de la diferenciación entre ellos; dos, sobre su evolución; tres, sobre los *medios de comunicación simbólicamente generalizados* –mecanismos adicionales al lenguaje, códigos a través de los cuáles se transmiten las decisiones, que no son otra cosa que una selección entre diversas opciones posibles– en la que enmarca la base de su teoría del poder.

Su supuesto básico consiste en considerar que los sistemas sociales siempre se forman a través de la comunicación y siempre suponen procesos de selección entre opciones diversas, que se determinan unas a otras por medio de la anticipación o la reacción.

La comunicación, por otra parte, sólo podrá realizarse si se entiende la selectividad de un mensaje, que no es otra cosa que estar en libertad de aceptarlo o rechazarlo, identificándose esto último, siempre, conflicto.

La contingencia presente en la posibilidad de opción, todos los sistemas sociales son potencialmente conformados por conflictos, cuya manifestación efectiva no es siempre la misma, porque está sujeta al grado de diferenciación del sistema y a la evolución social.

Toda sociedad cuenta con mecanismos que garantizan la transferencia de la selección correspondiente en la medida apropiada y la necesidad de tenerlos aumenta, así como cambia en su forma, en razón del grado de evolución de aquélla.

De acuerdo con ello, todo poder supone la existencia de opciones en quien lo tiene y en quien es objeto de su ejercicio.

> El poder hace su trabajo de transmitir, al ser capaz de influenciar la selección de las acciones (u omisiones) frente a otras posibilidades. El poder es mayor si es capaz de mantenerse incluso a pesar de alternativas atractivas para la acción o inacción. Y sólo puede aumentarse junto con un aumento de la libertad por parte de cualquiera que esté sujeto al poder.[6]

Si el poder supone libertad de elección, debe diferenciarse de la coerción física, que reduce a cero las opciones por elegir de quien por ella se vea limitada. Emplear la coerción –dice Luhmann– implica renunciar a las ventajas de la generalización simbólica que guía la selectividad de cada miembro de la sociedad, porque quien la ejerce debe asumir la carga de seleccionar y decidir en el mismo grado en que la ejerce; la coerción, por tanto, se da donde y cuando *hay carencia de poder* (debe tenerse cuidado de no confundir la *coerción actual* con el *uso potencial, simbólico, de la fuerza física* con el objeto de complementar un sistema simbólico y así vigorizar la formación

[6] LUHMANN, Niklas, *Poder*. México, Anthropos-UI, 1995, p. 15.

del poder, porque ésta sí puede llegar a crear un código generalizado capaz de influir en las conductas de los otros, sin anular su libertad de elección, que sin embargo se ve limitada).

El poder aumenta entonces con la libertad en las partes y, en cualquier sociedad determinada, aumenta además en proporción con las alternativas que produce. Por eso, y en la medida en que la sociedad se torna compleja, debe desarrollar *sustitutos* para una compensación exacta de situaciones de poder –sin necesidad de repetir la alternativa casuísticamente– sustitutos que a su vez se convierten en factores de poder. Así se producen alternativas *estandarizadas* –según la historia particular de cada sistema social– para resolver una situación de conflicto previsible mediante fórmulas generalizadas que suele, recordarse, normalizarse y generalizarse como expectativa.

En este esquema, la coerción física no es un sustituto del poder, ni puede entenderse como último recurso de él, sino como código de poder simbólicamente generalizado que adquiere el carácter político, según Luhmann, cuando puede diferenciarse de otros tipos de poder y media entre el nivel simbólico con el orgánico "sin involucrar a otras esferas de acción no políticas, tales como la economía o la familia" y siempre que no drive en coerción física actual.

A partir de ese par de argumentos expuestos por Luhmann y Suñé, creo que pueden, por fin, sentarse las bases de una *teoría del poder* que, puesto que se refiere a la intención de provocar una conducta inserta en el subsistema estructural-funcional básico y totalizador de los sistemas sociales o en él produce un efecto relevante, será siempre política, aunque su origen se encuentre en el subsistema económico, en el cultural o en cualquier otro de aquellos en que se quiera clasificar la sistematización social.

III. Génesis y Evolución del Concepto de Soberanía

El poder es consubstancial al estado y el que le es específicamente característico, se conoce como soberanía.

Ese concepto, tal como lo conocemos hoy, es de corte típicamente renacentista y su gestación no es ajena a la intención de justificar el poder autónomo de los príncipes que se liberaron del Papado y, por consiguiente, del Imperio Romano Germánico. A pesar de ello, es posible encontrar antecedentes suyos, filosóficos y científicos, tanto en Platón como en Aristóteles, la

Patrística y la Escolástica, escuelas en las que abrevó la doctrina política hasta el medioevo.

Lo que ocurrió en el renacimiento fue que se rompieron los cánones prevalecientes en la edad media y, tras la secularización del poder, las ideas volvieron su atención a las cosas del mundo, buscando en ellas explicaciones más terrenales y menos dogmáticas que las antecedentes.

El poder, que se consolidó territorialmente durante ese periodo,, nació por lo tanto conectado estrechamente con la necesidad de equilibrio entre las fuerzas que tenían en sus extremos a la guerra y a la paz: ésta, que debía ser garantizada interiormente; la segunda, que debía hacerse en defensa del propio territorio, sus súbditos e intereses, frente a posibles, probables o actuales agresores extranjeros. Por eso adquiere la soberanía esa doble dimensión con que hasta nuestros días la conocemos –interna y externa– aunque el término, tal cual hoy es usado, no se había acuñado todavía.

El "soberano" (todavía privaba un providencialismo rampante en la filosofía política) tuvo que suprimir poderes y privilegios que pudieran oponérsele y ser fuente potencial de conflictos internos, lo que no sólo hubiera puesto en entredicho la cohesión interior, sino que habría hecho presa fácil al nuevo estado, su población y territorio, de los acosos externos.

Hacia el exterior, ese mismo "soberano" debía defender su territorio –y a su población– de ataques e intentos de intervención provenientes del exterior, para mantener al mismo tiempo la integridad territorial y la hegemonía interior de su poder.

Los acontecimientos que provocaron el cambio entre el medioevo y la modernidad, dan pie también a la doctrina para asumir una nueva perspectiva respecto de la titularidad del poder supremo, concebido como factor político de cohesión y jurídico de coercibilidad lícita –como código simbólico generalizado, según diría Luhmann– en los estados territoriales que anteceden al modelo del estado contemporáneo.

Imposible resulta disociar esos acontecimientos la doctrina desarrollada después de ellos por Jean Bodin en el capítulo VIII del primero de sus Seis Libros de la República, que se intitula, precisamente, *De la Soberanía,* en el que la define como *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*, atribuyéndole un carácter absoluto en una entidad política determinada y, lo que sin duda es muy importante, le asigna como atributo principal la capacidad de emitir el orden jurídico.[7]

El examen histórico de la *soberanía* que hace Jellinek da cuenta de que, ya desde la antigüedad clásica, Aristóteles identificaba a la autarquía como

[7] Bodin, *op. cit.*

nota característica de las entidades que hoy podemos identificar como antecedentes del *estado* propiamente dicho, aunque en el pensamiento aristotélico la existencia ideal del estado sólo exige independencia, potencial y actual, respecto del exterior, fundada precisamente en la capacidad de ser en sí mismo suficiente para satisfacer todas sus necesidades, sin parar mientes todavía en la calidad de supremacía de esa capacidad o poder.

En palabras del propio Jellinek, "la autosuficiencia significa, para la antigua doctrina del estado, aquella propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres, por completarse unos a otros, habían de hallar en él una satisfacción plena".[8]

Es así que, constituido el estado de manera tal que por sí mismo se pueda bastar para satisfacer los fines de la convivencia comunitaria, no necesita de ninguna otra comunidad para estar completo y existir independientemente, aun cuando se den condiciones de dominación externa, en las que el sometimiento a otro poder ajeno no condiciona la existencia del estado dominado.

La gran diferencia entre la concepción de la autarquía clásica y la moderna soberanía emerge precisamente de la confrontación entre poderes que pusieron en juego su capacidad de dominio. El origen histórico de la conciencia de la soberanía del poder terrenal –como se refiere al fenómeno Jellinek– no está nada más en la lucha del emperador con el papado y el imperio, sino que más específicamente en las tensiones propias de la relación entre la monarquía francesa, con ambos y con los señores feudales.

La Corona francesa extendió todo lo que pudo su dominio, abarcando bajo él los feudos vacantes, respecto de los que no estaba obligada a otorgar una nueva concesión, como ocurría en Alemania, después de transcurrido algún tiempo prescrito para el propósito. El rey podía, por lo tanto, ser a la vez rey y señor, y conjugar en sí mismo los poderes atinentes a uno y otro carácter.

En una primera etapa, el rey reasume de hecho el poder supremo de impartir justicia, que de derecho siempre le correspondió, pero que le había sido escamoteado por los barones. También asumió así los poderes legislativo y de policía.

Se conforma entonces por los juristas franceses una vanguardia de pensadores que, desde las tesis del absolutismo, deducen el poder ilimitado del rey y la consecuente negación de cualquier potestad sustantiva frente a la suya. Para ellos, la *polis* feudal es propiamente un conglomerado de diversos

[8] Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*. México, FCE, 2000 [1900].

señoríos, cuyo punto de unión sólo se puede encontrar cuando el relativamente superior poder del rey se convierte en supremo.

La consolidación interior del poder político quedaba así consumada, en los hechos y en la teoría. Faltaba la confrontación con el exterior para poder conformar la concepción moderna de soberanía, lo que no ocurrió sino hasta el momento de hacer frente a los conflictos que desencadenó la llamada "Reforma Protestante", ocurridos hacia principios del siglo XVII.

La posición de los legistas franceses –proclives a la corona, como no podía ser de otro modo en el contexto– evolucionó hasta llegar a la obra de Bodin, quien universalizó la tesis de la supremacía real al abstraer su tesis del caso concreto francés, aportando un elemento nuevo: la afirmación de que "todo dominio sobre una pluralidad de familias, dotado de poder soberano, esto es, revestido de un poder supremo e independiente en lo exterior y en lo interior, represente un Estado".[9]

Antes de Bodin, a pesar de que se habían expresado ya algunas de las propiedades de la soberanía, nadie había propuesto, como él lo hace, la resolución de todos los elementos del concepto unitariamente.

La soberanía, en y desde la teoría bodiniana (sin cambios de relevancia), es *independiente hacia el exterior e irresistible en el interior*. A ella Bodin le asigna siete atributos específicos, todos ellos considerados como *elementos de necesaria legislación*, puesto que "el primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular...sin consentimiento de superior, igual o inferior".[10]

De este último hacía derivar los siguientes:

a) Declarar la guerra o hacer la paz...
b) ...conocer en última instancia de los juicios de todos los magistrados...
c) ...instituir y destituir los oficiales más importantes...
d) ...gravar o eximir a los súbditos con cargas y subsidios...
e) ...otorgar gracias y dispensas contra el rigor de las leyes...
f) ...elevar o disminuir la ley, valor o tasa de las monedas...
g) ...hacer jurar a los súbditos y hombres ligios sin excepción fidelidad a quien deben juramento.[11]

Es de destacarse que la soberanía, según Bodin, es excluyente de todo otro poder que pudiera pretenderse hacer valer sobre, ante y dentro de la unidad política denominada *estado*, y que en el seno de ella se atribuye al monarca, lo que es congruente con el momento histórico en que se produce.

[9] Jellinek, *op. cit.*, p. 415.
[10] Bodin, *op. cit.*
[11] Bodin, *op. cit.*, p. 170.

La doctrina sentada por Bodin sobre la soberanía fue determinante para la construcción del concepto moderno de ella y un punto de partida imprescindible para las elaboraciones teóricas sobre el estado. Su influjo trascendió los límites continentales de Europa y permeó, al tiempo fue influida por ellas, las doctrinas anglosajonas, que son sin duda imprescindibles para entender bien la naturaleza del poder soberano y sus implicaciones contemporáneas.

En la Inglaterra de finales del siglo XVI fue que surgió la doctrina de la soberanía del Parlamento, aunque no careció de opositores que, como William Tindale, eran proclives al absolutismo monárquico.

La soberanía parlamentaria se hace descansar por sus promotores en la idea de la supremacía de la doctrina conocida como *rule of law*, que pregona el sometimiento inexcusable de todos los poderes públicos, incluso el rey mismo. La fuerza de esa doctrina superó la tendencia centralizadora monárquica que, similar a su contemporánea continental, en Inglaterra caracterizó el reinado Tudor desde las postrimerías del siglo XV.

En el siglo siguiente, Sir Thomas Smith publica *De Republica Anglorum*, obra en la que el autor sostiene claramente que el parlamento –compuesto por el Rey, la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores, no sólo por estas últimas– "representa y tiene el poder de todo el reino, de la cabeza y del cuerpo".[12]

A diferencia de lo que ocurría con la tendencia doctrinaria predominante en el continente, en Inglaterra se perfila ya un cierto atisbo de legitimidad democrática para el poder público, puesto que en el parlamento "están presentes todos los ingleses, ya sea personalmente o por representación".

Curiosamente más tarde y en el inicio mismo de la dinastía Estuardo, Jacobo I escribió *The Trew Law of Free Monarchies*, obra en la que defendió la idea contraria, sosteniendo el origen divino del poder real, tesis apoyada por Francis Bacon, aunque sin abandonar del todo la tesis de la soberanía parlamentaria, pues reconociéndola, concedía al rey primacía y superioridad sobre las otras dos partes del parlamento.

El juez Edward Coke, ya en los albores del siglo XVII, no sólo no concede primacía al rey, sino que afirma la supremacía del *common law* sobre él, al tiempo en que, como todos los pensadores contrarios al absolutismo y apologistas del *common law*, la soberanía no es otra cosa que la autoridad

[12] Varela, Suanzes, Joaquín, "La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)", *en Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional,* vol. 1 (número dedicado a "Soberanía y Constitución, editado por Ramón Punset), 1998. [disponible online en: *http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/primero/pdf/ varela.pdf*].

que, en última instancia, declaraba la ley preexistente, lo que sin duda resulta ser una perspectiva moderna y muy sugerente, incluso en nuestros días.[13]

Thomas Hobbes introdujo un matiz interesante cuando, a pesar de haberse erigido como defensor de la soberanía regia –lo que difícilmente hubiera podido evitar en su contexto histórico–, introdujo la tesis contractualista, en la que sostuvo –como bien se sabe, pero frecuentemente se olvida– que, si bien el rey no estaba sujeto a las leyes fundamentales, ello era así porque su soberanía no surgía de un pacto bilateral entre él y sus súbditos, sino de un pacto social verificado entre los individuos cuando el hombre vivía en el estado de naturaleza, muchos siglos antes. Locke, en cambio, se esforzó por justificar un nuevo modelo de monarquía: la constitucional o moderada, con un cariz ya plenamente moderno.

Hay que resaltar también del pensamiento de Hobbes su aportación, ya de algún modo "ilustrada", en cuanto no busca las raíces de la soberanía en planos ajenos a la *polis*, sino dentro del estado mismo. Por eso es que, a partir de él, la soberanía adquiere el sentido "positivo" de que carecía en el de Bodin: ya no es más la noción excluyente que niega cabida a todo otro poder por encima del que corresponde al estado personificado en el príncipe, sino que se convierte en un poder que éste absorbía del corpus total del estado en virtud del pacto con el pueblo.

A diferencia de Hobbes –para quien por el pacto social se habían cedido todos los derechos al monarca– John Locke afirmaba que los individuos conservaban sus derechos naturales, pero de forma tal que residirían en adelante en el conjunto de los individuos, en la comunidad o pueblo. Tal es la razón por la que la supremacía potestativa generadora primigenia de la voluntad productora del orden jurídico, esto es, la soberanía, reside en él.

También en ese plano se inscribe el pensamiento, posteriormente expresado, de Montesquieu, el abate Sieyès y Constant, por ejemplo, que se fundan en la atribución originaria de la soberanía al pueblo, con la diferencia de que estos pensadores europeos continentales fundaron sus tesis en la visión ilusoria de Rousseau, que no dejaba de estar teñida de fantasía.

"De este modo" –consigna Jellinek– "la doctrina de la soberanía da un nuevo avance. La teoría constitucional y la del Contrato social tienen la exigencia común de querer moldear la vida del Estado según sus principios, del propio modo que en los dos siglos anteriores lo había pretendido en la Europa occidental la teoría de la soberanía del príncipe", aunque no es sino hasta que Gerber hizo notar que la soberanía era un atributo del estado, y

[13] *Idem.*

no su poder, que se dilucida el punto relativo a la naturaleza jurídica de ella, pues según este último autor "las expresiones soberanía del príncipe, soberanía del pueblo y soberanía de la nación, sólo son frases que se aplican a distintas teorías políticas. Con el concepto de soberanía no tiene relación alguna estricta el concepto del derecho del monarca, lo que no obsta para que soberanía y principio monárquico se confundan a menudo".[14]

A partir de esa depuración conceptual y tras la paz de Westfalia, se concretó el modelo de estado en el que la soberanía es atributo esencial, y desde entonces es posible encontrar en la definición del poder soberano, en términos generales, las características siguientes:

a. Es, originariamente, un poder de naturaleza política, desde que es capaz de emitir un orden jurídico legítimo, en el contexto sociocultural al que corresponde, aunque en su ejercicio esa capacidad jurídica no necesariamente coincida con un poder estrictamente político.

b. Se trata de un poder supremo, es decir, de una capacidad de mando que no reconoce otra de superior rango y por ende no está sometida a ninguna otra al interior del estado.

c. En tanto que indisolublemente vinculada a un sistema delimitado geográficamente, con una base social y axiológica que dan sustento al orden jurídico que le es específico, la soberanía queda también indefectiblemente constreñida al territorio en que se asienta el estado que se reputa, por sí y en sí mismo, soberano, que es al mismo tiempo, en principio, el ámbito espacial de validez de su orden jurídico.

IV. Una Revisión Crítica del Concepto de Soberanía

Stephen D. Krasner distingue, en términos generales, cuatro dimensiones diferentes del poder estatal, que a su entender ha sido considerado como:

a. Soberanía jurídica (o de derecho) internacional.
b. La que él llama soberanía westfaliana.
c. La soberanía interna.
d. La soberanía interdependiente.

La primera de ellas la refiere a las prácticas asociadas con el reconocimiento mutuo entre los estados en el plano internacional, o como él mismo

[14] Jellinek, *op. cit.*, p. 423.

dice "usualmente entre entidades territoriales que cuentan con independencia jurídica formal".[15]

La segunda –así denominada por encontrar su origen precisamente en el pacto que puso fin a la guerra europea de los treinta años al que ya se ha hecho referencia– tiene que ver con la forma de organización política basada en la exclusión de actores o agentes externos respecto de las estructuras de autoridad dentro de un territorio dado.

La tercera se refiere a la organización formal de la autoridad política dentro del estado, así como a la capacidad de sus órganos de autoridad para ejercer un efectivo control dentro de las fronteras de su propio ámbito de autoridad, por lo que es preponderantemente de naturaleza jurídica, lo mismo que la siguiente.

La cuarta y última es aquella que se ocupa de la capacidad de las autoridades públicas para regular el flujo de información, ideas, bienes, personas, contaminantes ambientales o capitales a través de las fronteras de su propio estado.

El criterio diferencial lo refiere Krasner a dos factores básicos, que pueden combinarse, y al papel que juegan en la configuración específica de cada una de esas manifestaciones típicas: el *control* y la *AUTORIDAD*.

En la que llama soberanía internacional de derecho, así como en la westfaliana, se encuentran presentes, en su concepto, cuestiones que involucran los temas de autoridad (y legitimidad), pero no de control. Cada una se rige, según él mismo, por una ratio distinta: la internacional, por la regla que dice que el reconocimiento se otorga a entidades territorialmente delimitadas que, además, cuentan con el estatus jurídico formal de independencia; la westfaliana, por la que se basa en la exclusión de los agentes externos que intenten, de hecho o por pretendido derecho, interferir en las cuestiones propias de la entidad estatal, dentro del territorio de ésta.

La interna comprende a un tiempo autoridad y control dentro de los ámbitos *legítimos* en que puede ser ejercido, sin precisar lo que en su teoría debe entenderse por "legítimo", aunque del contexto se podría desprender que el término lo usa como sinónimo de "legal"

La interdependiente, por el contrario, está vinculada exclusivamente con el control –no con la autoridad–, con la capacidad o poder efectivo de un estado para regular los movimientos de bienes, servicios, personas y capitales, a través de sus propias fronteras.

[15] Krasner, Stephen D., *Sovereignty. Organized hypocrisy*. Princeton, N. J., Princeton University Press, 1999.

Los varios tipos de soberanía mencionados, en la perspectiva de Krasner, no siempre convergen, pues según él, el ejercicio de una de esas clases de soberanía puede menoscabar alguna otra, como si se tratara de un juego de suma cero: el ejercicio de la soberanía jurídica internacional, cuando crea o reconoce estructuras de autoridad externas, limita o menoscaba la dimensión excluyente (*soberanía westfaliana*).

Esta perspectiva se basa en un enfoque relativamente novedoso, sobre todo si nos atenemos al concepto clásico de soberanía, hasta cierto punto esclerotizado, que la ha considerado, entre otras cosas pero primordialmente, *indivisible* y *plena*, casi absoluta.

En realidad, las dimensiones de la soberanía a que se refiere Krasner no parecen sino formas nuevas de denominar aspectos típicos de la figura tal cual la conocemos, pero en un esquema sistémico de naturaleza político-administrativa –que es el que parece adoptar este autor– esas peculiaridades se convierten en funciones del poder organizado y conviene tenerlo en cuenta en el momento de atisbar en la prospectiva del sistema político en el nuevo ambiente global.

Con ser interesante esa visión de la soberanía, lo verdaderamente relevante de la propuesta de Krasner es que desacraliza a la "Soberanía" –una de las deidades emblemáticas del panteón laico que en la modernidad sustituyó al clásico grecorromano– al grado de calificarla como *hipocresía organizada*, recogiendo, aunque en un tono quizás más pesimista, la misma postura de Lasalle en el siglo XIX.[16]

Tiene razón cuando dice que, tras examinar el papel que juegan los gobernantes y los gobernados en cuanto a derechos humanos y a la evidente crisis de la que él llama "soberanía interna", así como las estructuras constitucionales de los nuevos estados del siglo XIX y los posteriores a 1945, hay una cierta coincidencia entre los estudiosos de estos temas en cuanto a considerar que la soberanía es una institución bien acabada y el conjunto de propiedades asociadas a ella como implícitas, lo que a todas luces se han encargado de desmentir los hechos, reiteradamente a lo largo de la historia, pero sobre todo a raíz de la revolución tecnológica del último tercio del siglo XX, que detonó el fenómeno de la globalización.

En realidad, una de las características del contexto global es que se trata de un ambiente significado por tensiones políticas, económicas y culturales que discurren por derroteros sin estructuras jurídicas aptas para establecer orden y jerarquías de autoridad, para impulsar un desarrollo social e insti-

[16] Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Ariel, 1984 [1862].

tucional propenso y propicio a la garantía de las libertades y derechos fundamentales. En cambio, lo que existe es una anomia que hace imposible el andamiaje jurídico necesario para preservar las instituciones de las componendas proclives a asegurar los intereses particulares, que son sin duda los que hoy campean por sus fueros en ese terreno, situación que se inscribe en un contexto de crisis paradigmática, efecto de la globalización, a la que se hará referencia más adelante.

Es verdad, por lo pronto, que en esa especie de *sancta sanctorum* en que llegó a convertirse el estado, la soberanía se ubicó en el más privilegiado lugar y en su nombre, ora como reducto defensivo, ora como pretexto para agresiones, se han llevado a cabo acciones que contradicen su modelo primigenio y se han construido teorías basadas, no necesariamente en una tramoya espuriamente interesada como pretende Krasner, pero sí sobre el pedestal de axiomas ficticios, cuya inconsistencia ha quedado al descubierto no sólo por las causas expresadas por ese autor, sino por eventos contemporáneos que los desmienten.

Uno de esos mitos –en el mejor sentido del término– es el de la indivisibilidad de la soberanía, que no sólo ha creado confusión respecto de la explicación de fórmulas históricas de organización del poder, como la federal, sino que ha sido desmentido incuestionablemente por acontecimientos recientes, como es el proceso de integración de la Unión Europea, con cuyo trasfondo dice Neil MacCormick que "cualquiera que sea el momento en que debamos fijar la aparición del estado soberano, y donde quiera que ella se localice por primera vez, pareciera que, cuando menos, podemos estar atestiguando su defunción en Europa, a través del desarrollo de un nuevo orden jurídico y político, todavía no bien construido teóricamente, en la fórmula de la Unión Europea".[17]

MacCormick acierta, y lo hace con gran lucidez, cuando destaca que la cuestión clave es definir si puede haber una pérdida de soberanía en una parte, sin el resultado inevitable de su recreación en otra. Para resolverla, acude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo por la que se ha estatuido que el derecho comunitario constituye un nuevo orden jurídico y que no es una parte subordinada de los órdenes jurídicos de los estados miembros, ni simplemente un subsistema del derecho internacional.

Es claro que en ese contexto –como en el de los estados federales– una absoluta y unitaria soberanía está ausente de los fundamentos políticos y jurídicos, puesto que en ninguno de esos dos sentidos tienen los estados

[17] MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford, Oxford University Press, 2001.

miembros un poder definitivo sobre sus asuntos internos. Ninguno de ellos es tampoco *soberano* a plenitud en los términos tradicionales.

A pesar de ello, como bien dice MacCormick, la soberanía no se ha perdido en el proceso europeo –ni se pierde en los de los estados federales– sino que aparece como una *soberanía dividida*, lo que pone en evidencia la errónea perspectiva, fantasiosa incluso, de Rousseau sobre la supuesta indivisibilidad de ese poder.[18]

Para concluir con este apartado estimo imprescindible hacer una reflexión sobre la titularidad del poder soberano, empezando por afirmar que, a pesar de que tuvo la virtud histórica de introducir el ingrediente democrático en la corriente dominante del pensamiento ilustrado, esa tesis de Rousseau proporcionó una concepción "cómoda" para el discurso del poder desde el poder, pero no fue propicia al desarrollo de una teoría congruente que fuera, además, practicable en aptitud para responder a los requerimientos de la legitimidad, que va más allá de la estricta legalidad formal.

Será en adelante la *voluntad general* y no ya la del monarca la que determinará, idealmente, la dirección –el gobierno– de la cosa pública. El problema es que, en su acierto, está también la debilidad de la doctrina, porque en la práctica esa *voluntad general* no existe ni tiene posibilidades de existir más allá de la entelequia, porque no es –ni puede ser– el resultado de la suma de las disímbolas voluntades individuales y no podría reputarse así tampoco la de la mayoría –como en la práctica se encontró, al menos para los efectos electorales– de los miembros "capaces" de la comunidad.

La conclusión de Rousseau en cuanto a que, si la soberanía no es otra cosa que la expresión del poder del *corpus político*, su sentido sólo puede manifestarse como expresión de la *voluntad general*, que es superior a toda otra en el interior de aquél (lo que no deja de ser una petición de principio, muy peligrosa por sus posibles consecuencias en la *praxis* política), cuyo titular es el conjunto mismo como *entidad colectiva*, a la que, sin rigor alguno, Rousseau consideraba –recordémoslo– "exenta de errores" porque, aduce, la búsqueda del interés común tiende siempre y necesariamente al bien de todos y al de cada uno (lo que la historia y los hechos de cada día se han empeñado en desmentir categóricamente), lo que es tal falaz como la pretensión del ginebrino de que la soberanía es *inalienable, indivisible, infalible y absoluto*. como también los hechos se han encargado de demostrar.

[18] Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, traducción de Enrique López Castellón, Madrid, Edimat Libros, 2004 [1762].

Es así que, mientras que en las corrientes que podemos denominar *pro-contractualistas* el titular indiscutible de la soberanía es esa masa difusa llamada pueblo, en el medio del *iuspublicismo* alemán, sobre todo en el seno de las escuelas formalistas (Krause y Ahrens como precursores; Gerber, Laband y Jellinek posteriormente, para culminar con Kelsen y su escuela positivista) la titularidad se hace descansar en el estado mismo, como persona moral considerado.

Este exceso de formalismo resulta inaceptable y aun contiene en sí mismo el germen de su inaceptabilidad, pues al querer reducir el problema a uno sólo de sus aspectos, deja sin resolver cuestiones de fondo que escapan a la mera estructura, y hasta propicia la adopción de posturas francamente ilegítimas al con fundir una parte –el gobierno y el derecho– con el todo –el estado– lo que ha dado lugar a verdaderas aberraciones en la historia, lejana y reciente, de la humanidad.

En cambio, una visión de conjunto a la manera en que lo hizo la corriente "contractualista" de corte británico –Hobbes, Locke, Burke– debidamente sistematizada, permite a mi juicio conclusiones más sólidas y correctas.

Me parece verosímil la teoría que parte de un hipotético "estado de naturaleza prehistórico", que transitó pausadamente al "estado de civilidad" que ya es perceptible al iniciarse la era histórica, y lo hizo a través de un "pacto tácito", que fue construido, además, durante un largo periodo, que aquella doctrina que se funda en la ilusión de un "contrato" entre un imaginario "estado" y la comunidad (¿cuál, cuándo, dónde?), del que no hay vestigios ni fundamentos científicos, y en cambio se convierte –ya se dijo– en un argumento ideal para justificar la dominación de los "súbditos" por el gobierno, que personifica –erróneamente– al "estado".

Un pacto tácito como el descrito, en cambio, proporciona el eslabón perdido en esta historia de evolución, porque son perfectamente distinguibles en él dos elementos presentes, siempre, en la esencia del derecho y que fueron enunciados ya de manera clásica en la fórmula romana que define al único sistema jurídico que podía existir antes de la aparición de la escritura, incluso aun cuando entre las normas jurídicas y las religiosas –que no dejan de tener un claro ascendiente social– no había distinción posible: el consuetudinario.

En efecto, al decir que la civilización descansa en un *pacto tácito* que se forjó a lo largo de prolongados periodos, se está implicando una referencia clara a la *inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*, y eso es tanto como decir que no es otra cosa que el sistema jurídico el factor que transformó a

la humanidad en un conjunto de *sociedades* –¿naciones?– para dejar de ser *hordas* muy parecidas a las jaurías de lobos.

Pensar así permite encontrar una conclusión verosímil y, además, congruente con la esencia de la *legitimidad* –del poder, del estado, del derecho– por cuento ella no puede descansar en el ejercicio de voluntades, individuales o grupales, alejadas del interés de los seres humanos que son parte en el pacto y, aun en el caso de la representatividad, no enajenan, sino que cuando mucho delegan, la función de construir el andamiaje jurídico, pero sólo y nada más en la medida en que sea garante de las libertades y derechos fundamentales, lo que constituye el único punto ineluctable, atemporal y ubicuo en que pueden coincidir los interese de todos para integrar el verdadero interés general.

Así, ese poder que se ha considerado *supremo* hacia el interior del estado, e *independiente* fuera de él –y que en los hechos lo fue en un tiempo para algunos– es en realidad un poder de naturaleza *jurídica*, y debería también expresarse así en materia política y económica, pero que no siempre lo ha conseguido y en la era presente, cada vez menos.

Ese poder institucional –la soberanía– sólo puede tener por fin garantizar la libertad civil, "que no es sino armonía entre las distintas libertades personales", en palabras de Emilio Suñé Llinás.[19]

¿Cuándo puede, entonces, hablarse de "legitimidad" de la soberanía? Cuando se ejerce, conforme al interés general, por los órganos facultados por el derecho para ello, sin perder de vista que el ejercicio de gobierno derivado del poder soberano es siempre dinámico, como lo es la sociedad, por lo que debe ser siempre adaptable, sin ser arbitrario o sectario.

Por eso no es sólo el concepto de soberanía el que, en las circunstancias del mundo de nuestros días, debe ser sometido a una ineludible revisión, sino también el de la democracia –aquella democracia con sustancia y garante de un interés general bien entendido– en la que descansa muy principalmente la legitimidad del poder público.

V. Soberanía y Globalidad: Un Encuentro Crítico

Un paradigma encuentra su crisis y debe sustituirse cuando se vuelve incapaz de explicar la realidad que constituye su objeto de estudio y, cualitativa

[19] Suñé, Llinás, Emilio, *La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea*. Madrid, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, 1998.

o cuantitativamente, deja de ser suficiente para concitar en torno suyo el consenso científico suficiente para conferirle hegemonía doctrinaria.

La innovación tecnológica característica de este periodo histórico, que permite la comunicación instantánea y casi sin cortapisas posibles entre los seres humanos, ha roto barreras de espacio y de tiempo que han sido indispensables para que el estado cumpla con atingencia la función que hasta hoy ha tenido a su cargo.

En el corazón de todo ello está toda una serie de desarrollos en materia de tecnología de la información, que a decir de Kenichi Ohmae ha tenido tres amplios efectos: en primer lugar y en el nivel macroeconómico, ha hecho posible que los capitales viajen instantáneamente y sin cortapisas por todo el mundo, lo que significa la liberación definitiva de sus flujos respecto de las ataduras físicas a los movimientos de bienes y servicios, a la par que permiten la realización de las transacciones de forma instantánea a través de las fronteras; en segundo lugar, las compañías mismas pueden, en tiempo real, conocer toda la información necesaria sobre sus mercados, productos y procesos, con lo cuál su capacidad de respuesta respecto de lo que los consumidores demandan se incrementa exponencialmente; en tercer lugar, en el nivel del mercado, esos desarrollos han ampliado enormemente el universo de lo que los consumidores pueden saber sobre los bienes y servicios disponibles y, lo que es más importante, sobre los estilos de vida de otra gente, con el inevitable efecto cultural que tal evento conlleva.[20]

Ohmae, como otros lo hacen, piensa que el estado ha llegado a su fin, precisamente porque no es el instrumento adecuado para garantizar el interés general y porque existen ya otros centros de poder mejor dotados para lograrlo.

Dice:

> Una cosa divertida –y, para muchos observadores, muy problemática– ha pasado en el camino hacia el que el anterior Presidente de los EE. UU. Bush llamaba 'nuevo orden mundial': el viejo mundo se ha fragmentado. Muy evidentemente, con el fin de la Guerra Fría, el extendidamente conocido patrón de alianzas y oposiciones entre las naciones industrializadas se ha fracturado más allá de toda posibilidad de reparación. Menos visiblemente, pero con mucho, propositivamente más importante, el mismo estado nación moderno –ese artefacto de los siglos XVIII y XIX– ha empezado a derrumbars... El punto, después de todo, era que todos sabían –o podían hablar y actuar como si supieran– donde estaban trazados los linderos fronterizos.

[20] Omhae, Kenichi, *The End of the Nation State. The Rise of Regional Economies*. New York, The Free Press, 1995.

Él mismo afirma que, tras la guerra fría, emergieron fuerzas centrífugas basadas en ancestrales identidades nacionales, que propiciaron la fragmentación de algunos estados existentes antes de su fin, creándose una nueva tensión transformadora del mapa geopolítico del mundo. Paradójicamente, ve también como concurren a esa transformación movimientos *fusionantes*, como el que ha dado en la Unión Europea.

En la nueva circunstancia, es claro que los estados –y sus gobiernos, consiguientemente– han dejado de contar con el poder que tenían apenas una generación antes, ocasionando que "el pegamento que mantiene unidas las anteriores constelaciones de intereses basados en intereses políticos nacionales, visiblemente ha empezado a adelgazarse. En la economía como en la política, los viejos patrones de vinculación nación con nación han empezado a perder su dominio."

En principio, el efecto acumulativo de cambios fundamentales en las corrientes de actividad económica alrededor del mundo se ha convertido tan poderoso que ha construido canales propios de comunicación, que nada tienen que ver con los establecidos conforme a la demarcación formal de los mapas tradicionales durante el siglo XX.

En ese contexto, los mercados de capitales han disminuido a tal grado la capacidad de los estados para proteger sus propias monedas y controlar las tasas de cambio de ellas, que los ha vuelto ineludiblemente vulnerables a la disciplina de opciones económicas impuestas por entes e instituciones sobre las cuáles ninguno de ellos tiene prácticamente ningún control.

El fenómeno, sin embargo, es mucho más complejo, porque en el origen del proceso de globalización está la revolución de la telemática, que rompe con las distancias y resta significado político al territorio.

Ante la intensificación y diversificación de las relaciones entre los individuos y grupos más allá de las fronteras, los gobiernos –y las propias comunidades estatales– pierden naturalmente la capacidad de control que el poder conlleva.

Pero no sólo se ha producido un entorno exterior nuevo para el estado, sino que ha tenido lugar también, concomitantemente, una variante interna que se caracteriza por un cuestionamiento creciente de la sociedad civil, que reclama, crecientemente y cada vez con mayor energía, la satisfacción de las necesidades colectivas y la protección de los intereses variados que en su seno encuentran lugar.

Hay también, evidentemente, nuevos actores en los niveles interiores y en el exterior de los estados, dotados de enorme capacidad de acción y gran influencia, que han causado merma en la efectiva capacidad de con-

trol del estado y su gobierno, en toda latitud, y por lo tanto han menoscabado también su *soberanía*, que sólo jurídicamente –y eso no siempre– permanece incólume.

Esas realidades nuevas conducen a una cuestión que, según Drucker, es en buena medida la causa de planteamientos erróneos del problema central: la relativa a los límites conceptuales del estado, que a su juicio transfiere el debate sobre lo que debe hacer, al terreno relativo a lo que puede hacer, dado que, como se podrá constatar adelante, él "no es ya, como todavía postula la teoría política y social, el único centro de poder".[21]

En el fondo, lo verdaderamente rescatable del análisis de Drucker –que no es poca cosa– es que pueden inferirse dos conclusiones básicas: el problema central que en la era global enfrenta el estado es un problema de capacidad, es decir de poder, en tanto que éste se ve hoy limitado por –y ésta es la segunda conclusión– condiciones nuevas, inéditas frente a toda la existencia anterior del estado tal cual surgió en Westfalia y evolucionó a lo largo de los tres siglos siguientes.

El estado, en realidad, es un complejo sistema de relaciones que se estructuran en torno al poder político, cuya función es mantener el orden y la paz públicos a partir de la garantía del interés general, que será entonces también garantía de estabilidad en las condiciones favorables a una convivencia esencialmente igualitaria y justa.

Es imposible pasar por alto que en la esencia del poder radica la idea de capacidad para transferir móviles de conducta y por lo tanto mover una voluntad en el sentido de otra y garantizar los límites de cada libertad para garantizar la coexistencia armónicamente igualitaria de las que corresponden a todos y cada uno. En el estado, esa capacidad –que desde Bodino se conoce como soberanía– entraña la posibilidad instrumental de hacer valer coactivamente los mandatos legítimos que los órganos del estado emiten para conducir a la comunidad por él comprendida, por el rumbo que ella misma decide, conforme lo establece el propio orden jurídico.

Ambos, orden jurídico y poder estatal, son elementos instrumentales complementarios, que sólo pueden ser evaluados en la medida que sirven eficazmente para garantizar el interés general o, como algunos prefieren llamarlo, bien común.

¿Pueden hacerlo en las condiciones socio-políticas y económicas del mundo de nuestros días? Ante las potencias políticas –no necesariamente legítimas, pero sí muy vigorosas– de los nuevos centros y redes de poder

[21] Drucker, Peter F., *Las nuevas realidades*. México, Hermes, 1992 [1950].

globales y la corrosión interior de los arreglos políticos tradicionales a causa de nuevos agentes y nuevos vectores sociales, parece claro que no.

Pedro de Vega García opina:

> El verdadero problema estriba en que, como consecuencia de la mundialización económica, una serie de poderes políticos reales que la Constitución debería controlar se convierten en poderes ocultos, y las agresiones a sus normas en fatales y misteriosos acontecimientos del destino.[22]

Creo que es claro que el estado, en la práctica, no está ya dotado del poder con que contó hasta antes de que se produjeran los fenómenos que dieron en la transformación mundial de los sistemas económicos, culturales, políticos y en general sociales que han perfilado la que se conoce por unos como mundialización y por otros como globalización.

Por eso, el paradigma de estado moderno se encuentra en una franca crisis, que se manifiesta, por lo pronto y sobre todo, en su *poder soberano*, pero más pronto que tarde se hará evidente también en otros de sus factores clásicos.

¿Quiere todo lo anterior decir que el estado, como fenómeno histórico, toca a su fin? No, porque el estado, en cuanto tal, no está condenado a desaparecer, sino que, por el contrario, está llamado a ocupar un papel importante en un nuevo orden mundial, pero en el marco de un esquema inédito, que no es tampoco el mal llamado *internacional*.

En el ámbito global, según se ven las cosas, el estado está llamado a desempeñar un papel central en la estructuración de los flujos sociales, porque es a mi juicio un imprescindible elemento de vinculación local-global, y su sustento democrático, poliárquicamente organizado, se convertiría en el timbre básico del poder en toda escala y grado. En ese contexto, la soberanía del estado –y quizá fuera más propio decir *en el estado*– dejaría de ser sinónimo de "poder supremo", para caracterizar una "suprema legitimidad".

A mi juicio, el sistema global ofrece oportunidades de reacomodo de elementos y *redireccionamiento* de factores que, bien estructurados y enfocados, impedirán que los nuevos arreglos sean regresivos, sino que, por el contrario, sean el umbral de una etapa de evolución político-jurídica positiva, que necesariamente habrá de ofrecer contornos diferentes de los que hasta hoy se han conocido.

[22] De Vega García, Pedro, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual". *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), vol. 100, 1998, pp. 13-57.

La cuestión clave, apunta Neil S. MacCormick[23] es definir si puede haber una pérdida de soberanía en una parte, sin el resultado inevitable de su recreación en otra, y acude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo por la que se ha estatuido que el derecho comunitario constituye un nuevo orden jurídico y que no es una parte subordinada de los órdenes jurídicos de los estados miembros, ni simplemente un subsistema del derecho internacional, lo que –dicho sea de paso– es una perspectiva perfectamente compatible con el modelo federal típico.

VI. Conclusiones

Primera. La soberanía es un poder de naturaleza jurídica, cuya eficacia está supeditada a la capacidad política de transferir eficazmente valores y no sólo a su fundamentación constitucional.

Segunda. Su titularidad sólo puede corresponder a la comunidad que, como un todo plural y dinámico, funda toda estructura política, aunque su ejercicio, es decir, el gobierno, deba delegarse a esa serie de órganos e instituciones que, previstas constitucionalmente, emiten los cuerpos normativos, ejercen las funciones ejecutivo-administrativas y aportan a la estabilidad del sistema a través de la función jurisdiccional.

Tercera. El ejercicio de la soberanía –o lo que es lo mismo, el gobierno, en todas sus ramas– sólo será legítimo en la medida en que provea garantías efectivas, y en condiciones de equidad, para las libertades y derechos fundamentales.

Cuarta. En la práctica, las condiciones impuestas por la globalización de los fenómenos sociales en general –aunque sea más perceptible y relevante el económico– ha propiciado un desplazamiento del poder real hacia centros nuevos, diversos de los estados, con la consecuente mella de la efectividad del poder soberano, que también se ha visto restringido en su ejercicio desde el interior por las propias comunidades titulares, que permanentemente cuestionan el desempeño de sus gobiernos, que se han vuelto incapaces por razones estructurales –independiente de las deficiencias casuísticas– para responder a condiciones contextuales radicalmente distintas de aquellas que privaban hasta antes de la revolución tecnológica del siglo XX.

Quinta. Frente al fenómeno descrito en el punto anterior, se hace necesario definir los términos de la soberanía, que ha dado muestras de agota-

[23] MacCormick, *op. cit.*

miento como *poder irresistible hacia el interior e independiente hacia el exterior* –tal cual la definió Bodino- a tal grado que ha dejado de ser *poder supremo*, incluso al interior del estado. Esta circunstancia hace inaplazable su reelaboración teórica.

Sexta. La soberanía, que sigue siendo expresión de la capacidad de cada comunidad para dotarse de una propia estructura jurídica y señalar sus propios derroteros, está limitada por iguales poderes que operan en el ámbito global, por lo que es necesario redefinirla de modo que responda a las exigencias de la nueva complejidad sociopolítica del mundo, pero sin perder la base social y el interés general que están en su esencia.

Si a partir de estas consideraciones se consigue elaborar una estructura policéntrica del poder, que sin perder esa base permita avanzar en la construcción de un orden globalmente integrado, la soberanía, aunque deje de ser *poder supremo*, seguirá siendo la expresión de la *suprema legitimidad* del poder y de su ejercicio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BADIE, Bertrand, "El estado nación ¿un actor entre otros?" Artículo tomado de *Label France*., núm. 38, 2000. núm.38

BLANCO ANDE, Joaquín, *Teoría del Poder*. Madrid, Pirámide, 1977.

BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*. Madrid, Tecnos, 1997 [1576].

DE VEGA GARCÍA, Pedro, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual". *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), vol. 100, 1998.

DRUCKER, Peter F., *Las nuevas realidades*. México, Hermes, 1992 [1950].

GARCÍA RUÍZ, Paola, *Poder y sociedad. La sociología política de Talcott Parsons*. Pamplona, EUNSA, 1993.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*. México, FCE, 2000 [1900].

KRASNER, Stephen D., *Sovereignty. Organized hypocrisy*. Princeton, N. J., Princeton University Press, 1999.

LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Ariel, 1984 [1862].

LUHMANN, Niklas, *Poder*. México, Anthropos-UI, 1995.

MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford, Oxford University Press, 2001.

OHMAE, Kenichi, *The End of the Nation State. The Rise of Regional Economies*. New York, The Free Press, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, traducción de Enrique López Castellón, Madrid, Edimat Libros, 2004 [1762].

SUÑÉ LLINÁS, Emilio, *La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea*. Madrid, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, 1998.

_____, "Filosofía Política y Ciencia Política en homenaje a Francisco Elías de Tejada", en *Francisco Elías de Tejada. Figura y Pensamiento*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1995.

VARELA-SUANZES, Joaquín, "La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)", *en Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol. 1 (número dedicado a "Soberanía y Constitución, editado por Ramón Punset), 1998. [disponible online en *http://www.unioviedo.es/constitucional/funda men tos/primero/pdf/varela.pdf]*.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1987 [1921-2].

CAPÍTULO 63

FILOSOFÍA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Alejandro CHEHTMAN*

SUMARIO. I. *Presentación del tema.* II. *Explicaciones basadas en la piratería y la historia de los crímenes internacionales.* III. *Crímenes internacionales como "crímenes de lesa humanidad".* IV. *Una teoría "jurisdiccional" de los crímenes internacionales.* V. *¿Es necesaria una teoría de los crímenes internacionales?* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El derecho penal internacional es una disciplina que está aún en sus inicios. Los juicios de Núremberg y Tokio, luego de la Segunda guerra mundial, se presentan habitualmente como hitos fundacionales de un área del derecho que tuvo que esperar hasta el final de la guerra fría para iniciar un proceso de intensa y veloz expansión.[1] A partir de los tribunales *ad hoc* para Ruanda y Yugoslavia en los años 90, pero especialmente a partir de la creación de un tribunal penal internacional permanente, esta esfera del derecho internacional público ha recibido un amplísimo interés por parte de juristas, diplomáticos, científicos sociales y filósofos. La filosofía se ha preocupado por distintas dimensiones del derecho penal internacional. Sus

* Profesor Asistente, Universidad Torcuato Di Tella (Argentina). Investigador del CONICET (Argentina). La presente contribución se basa, en varios puntos, en el capítulo 4 de mi libro, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Quisiera agradecer a Luciana Morón por su impecable trabajo de traducción de las partes pertinentes de ese texto. Todo error u omisión debe atribuirse al autor.

[1] La historia del derecho penal internacional, obviamente, es muy anterior. Sin embargo, estas dos experiencias marcaron a fuego el desarrollo institucional por venir. Sobre la historia del derecho penal internacional, véase Bass, Gary J., *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2001; y Simpson, Gerry J., "War Crimes: A Critical Introduction", en McCormack, Timothy L. y Simpson, Gerry J. (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches,* The Hague, Kluwer, 1997.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2365-2401.

intereses y preocupaciones han variado según las distintas etapas de desarrollo de esta nueva área. Durante la etapa de surgimiento y temprana consolidación, la discusión filosófica giró centralmente en torno del debate tradicional entre jusnaturalistas y juspositivistas y sus implicaciones para la determinación o identificación de las normas que constituían el derecho penal internacional.[2] Durante la última década, sin embargo, esta discusión ha ido dando paso a nuevas líneas de investigación filosófica, mucho más vinculadas con la filosofía práctica. Así, hay filósofos que han trabajado sobre la justificación del castigo en el marco de procesos por atrocidades masivas[3] y sobre cuestiones de responsabilidad penal individual por hechos colectivos.[4] Otra línea, la que aquí desarrollaremos, ha centrado su interés en el fundamento filosófico de distintos crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad.[5] En particular, varios autores se han interesado por su particular régimen jurisdiccional.

Esto se debe, en gran medida, al peculiar régimen jurisdiccional habitualmente asociado a los crímenes internacionales. Esto es, la competencia

[2] Para una excelente introducción a esta discusión, y a sus principales exponentes, véase Cryer, Robert, "The philosophy of international criminal law", en Orakhelashvili, Alexander (ed.), *Resarch handbook on the theory and history of international law*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2011. Pero también véase, sobre este y otros asuntos, Nino, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997.

[3] Véase, por ejemplo, Drumbl, Mark, *Atrocity, Punishment, and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

[4] Entre otros, Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

[5] El volumen y la calidad de los trabajos sobre este punto ha explotado. Véase, por ejemplo, May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; May, Larry, *War Crimes and Just War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; May, Larry, *Aggression and Crimes against Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; May, Larry, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2004, pp. 85-167; Vernon, Richard, "What Is Crime against Humanity?", *The Journal of Political Philosophy*, 2002, vol. 10, núm. 3, pp. 231-249; y Renzo, Massimo, "A Criticism of the International Harm Principle", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 3, 2010, pp. 267-282. También May, Larry y Hoskins, Zacharay (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, especialmente las primeras tres contribuciones. Así como Luban, David, "Fairness to Rightness: Jursidiction, Legality and the Legitimacy of International Criminal Law" y Duff, Antony, "Authority and Responsibility in International Criminal Law", ambos en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. (véase, además, FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL, FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL, y JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO).

penal de los Estados es esencialmente territorial. Un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se ha cometido un ilícito penal carecerá de la facultad para perseguir penalmente a su perpetrador, al menos en la medida en que el crimen no haya sido cometido por uno de sus nacionales, o contra uno de ellos, o amenace de algún modo real su soberanía, seguridad o funciones gubernamentales importantes.[6] Así, el derecho internacional exige la existencia de determinados "nexos" para autorizar el ejercicio de competencia penal sobre un determinado hecho. Ahora bien, la excepción a este principio bien establecido la constituyen aquellos hechos que podemos llamar, a los efectos de esta discusión, 'crímenes internacionales', que podemos identificar, en principio, con los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio.[7]

El hecho de que existan actualmente los crímenes internacionales como una cuestión de derecho internacional no es controversial. Ejemplos paradigmáticos de enjuiciamientos por este tipo de crimen son el juicio a Milosevic en La Haya, los procedimientos de extradición contra el ex dictador chileno Pinochet en el Reino Unido y la acusación contra el actual Presidente del Sudán ante la Corte Penal Internacional (CPI). Pero no está claro desde el punto de vista conceptual qué significa considerar este tipo de crímenes como crímenes internacionales. O, dicho de otro modo, ¿qué distingue a los crímenes internacionales de los nacionales? Y más, ¿es posible brindar una teoría convincente de los crímenes internacionales capaz de acomodar, por ejemplo, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad?

La presente contribución procura abordar estas cuestiones desde un enfoque filosófico. Lo primero que debemos hacer, entonces, es precisar más qué es lo que necesita ser normativamente elucidado. Después de todo, tanto los crímenes nacionales como los internacionales pueden ser caracterizados como conductas que justifican imponer castigos legales a sus perpetradores. Hay, sin embargo, una serie de consecuencias normativas específicamente asociadas a la noción de 'crímenes internacionales'. Crucialmente, los tribunales pueden responsabilizar a los individuos aun en ausencia de alguno de los vínculos o *nexos* tradicionales con el perpetrador, la víctima o el crimen. Esto significa que un Estado dado puede castigar a un individuo

[6] Al respecto véase, por ejemplo, Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, cap. 15.

[7] Quizá la lista incluya también al crimen de agresión y a la tortura según aparece definida en la Convención contra la Tortura (1984). En el mismo orden de cosas, en los últimos años el terrorismo ha sido postulado como un caso que debería entrar en la definición de crímenes internacionales. Este debate excede el propósito de este artículo.

por un crimen internacional incluso si el crimen no fue cometido en su territorio, en contra de su soberanía, o por o en contra de uno de sus nacionales. Mi objetivo es aislar esta cuestión de otros rasgos normativos y legales significativos comúnmente asociados con este tipo de crímenes, como la (im)posibilidad de otorgar amnistías o perdones, la inaplicabilidad de las prescripciones, o el derecho de inmunidad estatal y diplomática.[8] Asumo aquí que su régimen jurisdiccional es el rasgo saliente de este tipo de crímenes. Por consiguiente, usaré aquí el concepto de crimen internacional únicamente en sentido jurisdiccional. Dicho de forma simple, este artículo trata de explicar por qué Bélgica puede legítimamente reclamar el poder de enjuiciar y castigar a dos monjas ruandesas por participar en un genocidio en Ruanda, pero no puede enjuiciar y castigar un caso particular de violación o asesinato perpetrado en El Salvador.

Este modo de encuadrar la pregunta puede resultar controversial. Podría objetarse, por ejemplo, que al concentrarme exclusivamente en este aspecto jurisdiccional estoy usando una sola implicancia normativa para conceptualizar los crímenes internacionales en vez de brindar un análisis sólido del concepto en sí. En otras palabras, este modo de proceder podría ser visto como "colocar el carro delante de los caballos". Ciertamente, el enfoque escogido implica una crítica a parte de la literatura existente porque sugiere que en última instancia no es útil tratar de determinar qué significa humanidad en la noción de crímenes contra la humanidad y luego explicar todas sus implicancias normativas sobre la base de esta conexión.[9] En lugar de eso, busco aislar un rasgo específico usualmente asociado con este tipo de crimen –el enjuiciamiento extraterritorial– y brindar un argumento norma-

[8] Véase la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de lesa humanidad (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968). Asimismo, el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, artículos 29 y párrafo 2 del artículo 27, así como, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema argentina en *Arancibia Clavel*, y el Tribunal de Casación francés en *Barbie*. Más recientemente, la Audiencia Nacional española rechazó el pedido de extradición de la ex presidenta argentina María Estela de Perón, precisamente sobre la base de que los delitos por los que era requerida no constituían crímenes de lesa humanidad (es decir, no eran crímenes internacionales), y por consiguiente estaban sujetos a las reglas habituales de prescripción. Véase *http://www.elpais.com/articulo/internacional/Audiencia/Nacional/rechaza/extraditar/Isabelita/Peron/elpepuint/20080428elpepuint_15/Tes* (último acceso, 10 January 2008).

[9] Dos excepciones a esta proposición en May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.*, nota 5; y Cryer, Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 75.

tivo para justificarlo.[10] Ésta no es una posición especialmente controversial. Como argumenta Abi-Saab, "el concepto de crímenes de guerra estuvo… inicialmente relegado, en el Derecho internacional, a la delimitación de la jurisdicción penal de los Estados para enjuiciar y castigar, en vez de a la definición de los actos criminalizados y las penalidades resultantes".[11]

Además, este enfoque recibe algún apoyo del hecho de que nos referimos a estos crímenes como crímenes internacionales, y de que los enjuiciamientos por ellos son normalmente resistidos y criticados precisamente debido a su carácter extraterritorial, es decir, por el hecho de ser juzgados por tribunales internacionales o Estados sin conexión directa con el hecho en cuestión.

La búsqueda de una explicación unificada de los crímenes internacionales es una tarea importante para la disciplina. Dar cuenta de esta cuestión normativa contribuye a responder la pregunta acerca de si debería haber un sistema de derecho penal internacional. Posiblemente se ha vuelto más urgente como resultado de los habituales reclamos por parte de los Estados ante la existencia de alguna autoridad extraterritorial que reclama para sí el derecho de castigar a delincuentes por crímenes bajo el derecho internacional. Los argumentos comúnmente articulados como explicación del régimen jurisdiccional amplio asociado a los crímenes internacionales abarcan los siguientes: que son análogos a la piratería en algún sentido específico, que son perpetrados en lugares donde la aplicación de la ley es sencillamente demasiado débil, que dañan o violan a la humanidad en sí, y que impactan la conciencia de la especie humana. Por motivos de claridad en la exposición, dividiré estos argumentos en dos grupos principales. La sección 2 examinará los argumentos que sostienen que los crímenes internacionales son análogos a la piratería en algún sentido relevante y, en consecuencia, están sujetos a las mismas reglas de competencia. La sección 3 se refiere a los argumentos que pretenden explicarlos en términos de un daño a la humanidad. Se sostendrá aquí que estas dos familias de argumentos son en última instancia deficientes. La sección 4 presenta una teoría jurisdiccional de los crímenes internacionales. Argumentaré allí que lo que justifica transformar una regla penal en una regla penal *internacional* es el hecho de que no puede estar realmente en vigor en el territorio de un Estado dado si tiene que depender exclusivamente de ser aplicada por ese Estado. La

[10] Ejemplos de este enfoque pueden encontrarse en Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *op. cit.*, nota 5; y Vernon, Richard, *op. cit.*, nota 5.

[11] Abi-Saab, George, "The Concept of 'War Crimes'", en Yee, Sienho y Tieya, Wang (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Heopei*, Londres, Routledge, 2001, p. 100.

sección 5 examina si podemos aplicar este marco normativo y conceptual a los crímenes de guerra. Finalmente, la sección 6 lidia con la objeción de que el derecho penal internacional no necesita en realidad una teoría de crímenes internacionales.

Pero antes de comenzar, es necesario hacer tres aclaraciones preliminares. Primero, el fin aquí no es elucidar los rasgos principales de los crímenes existentes en el derecho internacional. Tampoco procuraré brindar una justificación para la criminalización de actos específicos. Más bien, la cuestión es identificar un rasgo específico o un conjunto de rasgos que expliquen por qué la jurisdicción sobre estos crímenes debería ser más amplia que la que rige para los crímenes internos. Dicho de otro modo, la tarea principal en esta contribución es brindar una justificación inteligible para los casos claramente establecidos de crímenes internacionales; no brindar un análisis que resuelva casos difíciles.

En segundo lugar, se tratará de identificar los rasgos específicos de los crímenes internacionales que explican por qué los Estados vinculados de alguna de las formas tradicionales con el crimen en cuestión carecen de competencia exclusiva para juzgar a los presuntos responsables. Esto no es aún una aceptación de la tesis de que los crímenes internacionales justifican darles a los Estados competencia penal universal. Me importa aquí demostrar que alguna autoridad extraterritorial posee competencia sobre este tipo de hechos, y no necesariamente que esa competencia debe conferirse a todos los Estados de la comunidad internacional en forma concurrente. Estas dos cuestiones suelen ser confundidas en la literatura. En lo que respecta a la argumentación filosófica vale la pena examinarlas separadamente.

Por último, es necesario introducir muy someramente el marco teórico que utilizaré en la presente contribución.[12] En primer lugar, es necesario aclarar que utilizaré el lenguaje y el aparato conceptual de los derechos para analizar los alcances de la competencia penal de los Estados o de la Corte Penal Internacional. Esta elección no resulta especialmente problemática. Las teorías basadas en los derechos resultan en principio más atractivas que aquellas que toman como noción fundamental la idea de deberes o los enfoques puramente consecuencialistas. Pero asimismo el hablar en términos de derechos resulta especialmente afín al lenguaje del derecho internacional y particularmente a las discusiones en torno a la

[12] Para un desarrollo más detallado de este marco, véase Chehtman, Alejandro, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010, cap. 1.

competencia penal, que debe ser conceptualizada en estos términos.[13] En segundo lugar, este trabajo presupone que la mejor forma de explicar la existencia de un derecho es identificar un interés, individual o colectivo, que posea la suficiente importancia como para ser protegido por la existencia de un derecho.[14] Aquí radica tal vez el quid de la empresa. El propósito de este artículo es proporcionar una justificación a nivel normativo de la práctica jurídica existente. Pero a su vez, el desarrollar un argumento normativo nos permitirá evaluar críticamente algunos aspectos de la práctica en vigor.

II. Explicaciones basadas en la piratería y la historia de los crímenes internacionales

La piratería fue indisputablemente el primer crimen internacional en el sentido aquí utilizado. Los piratas han sido tradicionalmente conocidos como *hostis humani generis* y sus acciones consideradas sujetas a la competencia de cualquier Estado que los capturase.[15] Aunque varios estudios señalan al tráfico de esclavos como otro ejemplo clásico de un crimen internacional, la piratería ha demostrado ser extremadamente influyente tanto en la teoría como en la práctica del ejercicio de la competencia extraterritorial. Distintos juristas, filósofos y tribunales han procurado explicar los rasgos principales de los crímenes internacionales, y en particular su régimen jurisdiccional distintivo, por referencia a uno o más rasgos específicos de la piratería.[16] Característicamente, los argumentos tienen la siguiente estruc-

[13] *Idem*. En contra de este enfoque, véase Gross, Aeyal M., "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation", *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 1, 2007, pp. 7-9.

[14] La teoría del interés se opone a la teoría de la elección. Un análisis, aun breve, del debate entre estas dos posiciones excede largamente el marco de este trabajo. Para una presentación de las posiciones más influyentes, véase, por ejemplo, Kramer, Matthew, "Rights without Trimmings", en Kramer, Matthew; Simmonds, Nigel; y Steiner, Hillel (eds.), *A Debate over Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998; y Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

[15] Esta posición acerca de la piratería llega hasta Grocio. Pero se ha sugerido que incluso puede llegar hasta el periodo anterior a Alejandro (véase Radin, Max, "International Crimes", *Iowa Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1946-1947, pp. 33-50). Sobre la piratería, en general, puede consultarse Rubin, Alfred P., *The Law of Piracy*, Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1998).

[16] Véase, por ejemplo, *Israel* v. *Eichmann*, 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel, 1962); la opinión en disidencia del Juez Moore en el famoso caso Lotus (*Francia v. Turquía*), CPJI, Series A no 10 (1927), 70. Véase también, Reydams, Luc, *Universal Jurisdiction: International y Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 58.

tura: i) La piratería es y debería ser un crimen internacional; ii) los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y demás comparten el rasgo 'x' con la piratería; iii) por lo tanto, estos crímenes también deben ser crímenes internacionales en el sentido relevante. Hay dos clases distintas de problemas con estos argumentos. Algunos conectan equivocadamente la competencia universal con un rasgo particular 'x' que la piratería posiblemente comparte con otros crímenes internacionales, pero que no explica realmente su régimen jurisdiccional; otros, en cambio, directamente no hacen esa conexión y argumentan sobre la base de un *non sequitur*.

Willard Cowles ha brindado una de las pocas explicaciones de por qué los crímenes de guerra deben ser considerados crímenes internacionales.[17] Su argumento no es puramente normativo; más bien él parece basarse también en consideraciones jurídicas e históricas. Sin embargo, es un buen ejemplo del tipo de argumento del que se ocupa esta sección. Cowles representa lo que podríamos llamar la teoría de "la escena del crimen". Él argumenta que el "origen de la competencia sobre el criminal de guerra debe buscarse en las antiguas prácticas de bandolerismo".[18] Él sugiere que el concepto de criminal de guerra es una construcción legal del siglo XXI. Previamente, los criminales de guerra, tanto si actuaban en su capacidad pública como en su capacidad privada, eran considerados bandidos. Y el bandolerismo, al igual que la piratería, "surge del hecho fundamental de la falta de control gubernamental en las áreas de [sus] operaciones"; los bandidos florecen donde el orden político y la aplicación de la ley están ausentes, típicamente en tiempos de guerra.[19] Es en este sentido que los crímenes de guerra son muy similares a los actos de piratería: en ambas situaciones hay una "ausencia total de un sistema jurídico adecuado que opere en el lugar donde el crimen tiene lugar"; "tanto el pirata como el criminal de guerra se aprovechan de este hecho, ya que esperan cometer así sus crímenes con impunidad".[20] Así, Cowles concluye, "[l]a jurisdicción ejercida

[17] En efecto, como se sostiene más adelante, la mayoría de ellos fueron diseñados específicamente para explicar los crímenes de lesa humanidad.

[18] Cowles, Willard B., "Universality of Jurisdiction over War Crimes", *California Law Review*, vol. 33, núm. 2, 1945, p. 181.

[19] *Ibidem*, p. 193.

[20] *Ibidem*, p. 194 y 217. Cowles señala otros aspectos del bandolerismo que, en alguna medida, ayudan a explicar las reglas expansivas en material de competencia penal. Así, sugiere que "no estaba motivado por una causa pública ni… autorizado por el Estado", y que "ha sido en gran medida de carácter internacional", esto es, las fronteras nacionales son el escenario ideal para estas actividades. Por último, "las bandas de bandidos a menudo

sobre los crímenes de guerra ha sido de la misma naturaleza que la ejercida en el caso de la piratería, y esta jurisdicción amplia ha sido asumida por la misma razón fundamental.[21]

El argumento de Cowles es históricamente convincente y normativamente muy atractivo. Sin embargo, sugiero que en última instancia es insatisfactorio. Esto se debe a que se apoya demasiado en el hecho de que la piratería es un crimen internacional. Es decir, Cowles está tan preocupado por mostrar que los crímenes de guerra pueden asimilarse a la piratería que descuida la justificación para considerar a la piratería un crimen internacional en primer lugar. Desde su punto de vista, los crímenes internacionales son aquellos que son perpetrados en lugares donde el control gubernamental está ausente y donde los delincuentes pueden esperar actuar con impunidad. Que este argumento alcance como una razón histórica para calificar a la piratería como un crimen internacional es discutible. Muchos otros crímenes eran usualmente perpetrados en alta mar, como los ataques o los homicidios en buques no acompañados de robo, y éstos no estaban sujetos a una competencia penal extraterritorial amplia. Ni el hecho de que la piratería o los crímenes de guerra son difíciles de prevenir y castigar, ni el hecho de que son cometidos en áreas donde hay escasa autoridad estatal parece alcanzar para explicar por qué fueron de hecho calificados como crímenes internacionales. Es más, los criminales de guerra pueden operar dentro de una estructura jurídica y organizativa muy rígida; las tropas Nazis son un ejemplo de esto.

Que el argumento de Cowles sea exitoso como explicación normativa del régimen jurisdiccional de los crímenes internacionales es aun más dudoso. Aunque él no lo dice explícitamente, su argumento parece ser que allí donde la aplicación de la ley es muy débil o inexistente, como en alta mar o en tiempos de guerra, las bases estándar de la jurisdicción para crímenes nacionales no podrían disuadir a potenciales delincuentes. Esto está implícito en la afirmación de que en esos contextos los bandidos y los criminales de guerra esperan cometer sus crímenes con impunidad. Ciertamente, permitirles a los Estados territoriales castigar a un criminal de guerra normalmente aumentaría la disuasión. Sin embargo, se sugiere aquí, la disuasión como justificación general para el ejercicio de competencia penal genera más problemas que soluciones. Por un lado, es implausible que la competencia penal tenga un efecto disuasorio considerable. Al decir de

incluían miembros de distintas nacionalidades" (véase *ibidem*, pp. 184-186 respectivamente). No obstante, Cowles en última instancia basa su argumento en la teoría de la "escena del crimen" para justificar su especial régimen jurisdiccional.

[21] *Ibidem*, p. 217.

Roberts y Carver, "el cálculo racional es especialmente pasible de ser desplazado allí donde los perpetradores asocian criminalidad con supervivencia personal o la defensa de su identidad étnica, y donde las normas sociales inmediatas ejercen una influencia sobre su comportamiento mucho más poderosa que reglas internacionales fenomenológicamente muy distantes".[22] Pero lo que es más importante, la disuasión como justificación general del derecho de castigar haría colapsar la distinción entre los crímenes nacionales y los internacionales, distinción que resulta central a los efectos de nuestro proyecto filosófico. Para decirlo brevemente, si la disuasión aumenta en la medida en que más probable, más rápido y más severo sea el castigo, entonces un cálculo de maximización de la disuasión penal nos llevará a conferir a los Estados competencia universal sobre crímenes internacionales, pero también sobre delitos puramente internos. En consecuencia, el argumento de Cowles no es en realidad una explicación de qué vuelve a los crímenes de guerra y a la piratería crímenes internacionales.

La segunda, y quizás más influyente, versión de estas explicaciones basadas en la piratería es la teoría de la "naturaleza del crimen".[23] Usualmente se argumenta que la "atrocidad" de un crimen es lo que justifica que un Estado sin "ninguna conexión" con los hechos tenga la facultad de castigar al delincuente. Esta proposición tiene un número de formulaciones diferentes. El Preámbulo del Estatuto de la CPI, por ejemplo, habla de atrocidades "inimaginables". Similarmente, se ha sostenido que los crímenes internacionales se caracterizan por "un grado de insensibilidad que corporiza la esencia misma del mal",[24] o que "impactan en la conciencia de la especie humana",[25] y que tienen una "dimensión agregada de crueldad y barbarie"[26] capaz de "desgarrar las raíces de la sociedad civilizada".[27]

El argumento de la atrocidad, sin embargo, no es usado por sí solo para justificar las particulares reglas jurisdiccionales asociadas con los crímenes

[22] Carver, Lucy y Roberts, Paul, "Penal Law and Global Justice" (2008), manuscrito no publicado, citado con autorización de los autores, p. 30.

[23] Princeton Principles, artículo 1o., en *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

[24] Thomas, Laurence, "Forgiving the unforgivable", en Garrard, Eve y Scarre, Geoffrey (eds.), *Moral Philosophy and the Holocaust*, Aldershot, Ashgate, 2003.

[25] *Prosecutor* v. *Tadic* (1995), 57. Véase también Walzer, Michael, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2000, p. 107.

[26] *Regina* vs. *Finta* (1994) 1 RCS, 818.

[27] Joyner, Christopher C., "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996, p. 171.

internacionales, sino más bien en conexión con la analogía con la piratería. Según este argumento, es la naturaleza de los actos piráticos, en particular su atrocidad (más que la ubicación del crimen), lo que los vuelve cognoscibles por una autoridad extraterritorial.[28] Un aspecto atractivo de este enfoque, sugiere Eugene Kontorovich, es que al sostener que la atrocidad del crimen explica el poder de castigar crímenes internacionales extraterritorialmente, los partidarios de la analogía con la piratería colocan a sus oponentes en la incómoda posición de tener que, o bien cuestionar la atrocidad de, por ejemplo, la tortura sistemática, o bien conceder que debería ser tratada de la misma forma que la piratería.[29]

El propio Kontorovich argumenta en contra de este uso de la analogía. Él acertadamente sugiere que la atrocidad no podría haber sido la razón real por la que la piratería fue inicialmente considerada un crimen internacional. Cuando actos similares eran perpetrados por corsarios, es decir, piratas con licencia estatal, eran repatriados y no sujetos a un régimen de competencia penal universal.[30] Además, los actos de piratería nunca fueron considerados particularmente atroces. La piratería en última instancia no era más que una variedad particularmente problemática del robo.[31] Y aunque el *locus* donde fue cometida la volvía difícil de enjuiciar, esto ciertamente no era suficiente para colocar a su atrocidad en el mismo nivel que la de crímenes como la violación auspiciada por el Estado o el envenenamiento de suministros de agua.[32]

[28] Kontorovich, Eugene, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004, pp. 183-237. Para otros ejemplos de defensa de esta analogía, véase Orentlicher, Diane F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, 1991, pp. 2537-2615. Este razonamiento ha sido empleado por algunos tribunales estadounidenses, como en *In re Extradition of Demjanjuk* (1985).

[29] Kontorovich, Eugene, *ibidem*, p. 208.

[30] *Ibidem*, p. 210.

[31] Véase *United States* v. *Palmer*, 128 U.S. 262 (1888).

[32] Ambos ya mencionados por de Vattel, Emmerich, *The Law of Nations*, Washington, Carnegie Institution, 1916, Libro III, § 145, 157. Por el contrario, quizá fue justamente porque la piratería no era vista como un hecho atroz, o al menos no tan grave como el homicidio, que los Estados aceptaron sujetarla al principio de competencia universal. Cowles dirá que la "competencia universal sobre el homicidio usurparía esta responsabilidad profunda y, por consiguiente, generaría un antagonismo [difícil de resolver] con la competencia tradicional del Estado". Kontorovich, Eugene, *op. cit.*, nota 28, p. 229, con cita a *United States* v *Furlong*. En este caso, la Corte sostuvo: "El robo en alta mar se considera un delito sujeto a la competencia penal de toda nación… Ello no ocurre con el homicidio. Es un crimen demasiado repugnante a los sentimientos del hombre como para que resulte necesario sujetarlo a la jurisdicción universal" (*ibidem*, pp. 196 y 197).

De este modo, una vez descartada la analogía en estos términos con la piratería, el argumento basado en la atrocidad parece perder lo que sea que fuera que explicaba precisamente por qué algún órgano *extraterritorial* sería competente para entender en casos de crímenes internacionales. No hay ninguna conexión evidente entre la atrocidad de un crimen particular y el alcance del poder de un Estado de castigar a un delincuente en particular. Y, sin embargo, es precisamente esta conexión lo que una teoría de los crímenes internacionales necesita explicar.

III. Crímenes internacionales como "crímenes de lesa humanidad"

Puede sostenerse que los argumentos más elaborados dirigidos a dar cuenta de los rasgos centrales de los crímenes internacionales han sido desarrollados en el marco de lo que podríamos llamar el paradigma de los "crímenes contra la humanidad".[33] Este paradigma no necesariamente se concentra en la categoría jurídica de los crímenes contra la humanidad, como algo distinto de los crímenes de guerra, el genocidio o los crímenes contra la paz (agresión). Más bien, usualmente implica la visión tradicional, que quizás se remonta a la Cláusula de Martens en la Convención de La Haya, de que los crímenes internacionales dañan o violan de alguna manera a la humanidad en sí misma.[34] Este daño a la humanidad supuestamente explica por qué un Estado extraterritorial o un tribunal internacional podrían tener derecho a castigar a sus perpetradores, pues actuarían en última instancia como representantes de ella. Es interesante destacar que es en el contexto de los crímenes de lesa humanidad como categoría jurídica (es decir, como algo distinto de los crímenes de guerra, el genocidio o los crímenes contra la paz) que los académicos y los tribunales han sido presionados a distinguir los delitos internos de los crímenes internacionales.[35] Los crímenes de gue-

[33] Me refiero aquí a los escritos de Chander, Anupam, "Globalization and Distrust", *Yale Law Journal*, vol. 114, núm. 6, 2005, pp. 1194-1236; Haque, Adil Ahmed, "Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 273-328; Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*; Vernon, Richard, *op. cit.*, nota 5. Me centraré, sin embargo, en los últimos dos.

[34] Preámbulo al Convenio de La Haya de 1899 (II). Véase, también, Prosecutor *vs.* Erdemovic, §28 (29 de noviembre de 1996).

[35] Hwang, Phillis, "Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journa*, vol. 22, núm. 1, 1999, pp. 457-

rra y los crímenes contra la paz, en cambio, ingresaron en la constelación de los crímenes internacionales con muy poca oposición. El primer criterio utilizado para internacionalizar crímenes de lesa humanidad fue precisamente el "nexo con la guerra".[36] En cualquier caso, ahora los crímenes contra la humanidad se han establecido como una categoría de crímenes internacionales por derecho propio y algunos hasta sostienen que podrían eventualmente volverse sinónimos de éstos.[37]

Los crímenes contra la humanidad pueden definirse muy esquemáticamente como la comisión de determinados actos inhumanos (como homicidio, tortura, violación y demás) como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.[38] Por consiguiente, el paradigma de los crímenes contra la humanidad tiene que ver con la noción de que los crímenes contra la humanidad son crímenes grupales en el sentido de que son cometidos por, o contra ciertos grupos. Sus partidarios usualmente también se basan en el hecho de que suponen algún tipo de atrocidad. Argumentaré aquí que los diferentes argumentos de esta explicación poseen dos deficiencias centrales. En primer lugar, son incapaces en última instancia de identificar un fundamento convincente para volver a los crímenes contra la humanidad cognoscibles por alguna autoridad *extraterritorial*. En segundo lugar, cuando sí brindan un argumento normativo que permite dar cuenta de este rasgo, la explicación hace colapsar la distinción entre crímenes nacionales e internacionales al justificar enjuiciamientos extraterritoriales para ambos.

Una primera línea general de argumentación se basa en la proposición de que los crímenes contra la humanidad son crímenes internacionales porque son perpetrados por Estados u organizaciones similares a las estatales en contra de grupos bajo su control. Esto es, la consideración que los vuelve crímenes internacionales es el carácter grupal de los perpetradores. Hay muchas versiones de este argumento. Para que la exposición sea clara, podemos dividirlas en tres: (a) la proposición analítica de que una autori-

---

504; Van Schaack, Beth, "The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1999, pp. 787-850.

[36] Véase, por ejemplo, Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 70-77; y Clark, Roger, "Crimes Against Humanity" en Ginsburgs, George y Kudriavtsev, Vladimir N. (eds.), *The Nuremberg Trials and International Law*, Londres, Martinus Nijhoff, 1990, pp. 190-192.

[37] Fenrick, William J., "Should Crimes against Humanity Replace War Crimes?", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1998-1999, pp. 767-785. Para la posición que sugiere que los crímenes de guerra son un sinónimo más apropiado para los crímenes internacionales, véase Simpson, Gerry, *Law, War and Crime*, Londres, Polity Press, 2007.

[38] Véase el artículo 8 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

dad extraterritorial tendría la facultad de castigar a un delincuente por un crimen internacional sobre la base de que el Estado territorial ha perdido su inmunidad ante ese tipo de intervenciones "extranjeras"; (b) el argumento normativo de que el poder del Estado territorial para castigar se basa en los intereses de la víctimas potenciales en el Estado territorial y en otros Estados afectados; y (c) el argumento de que esta facultad debe ser explicada por referencia al interés individual de cada persona en la Tierra (esto es, los miembros de la especie humana).

Centrémonos en la primera posición. Así, se ha sostenido que cuando las fuerzas de seguridad o los oficiales estatales del Estado E perpetran crímenes contra la humanidad contra parte de la propia población de E, E carece de un derecho en contra de que otros "interfieran en sus asuntos internos", en particular, castigando a los perpetradores.[39] Esta proposición es intuitivamente plausible. ¿Por qué un Estado como ése retendría un derecho, en este caso una inmunidad hohfeldiana, en contra de este tipo de interferencia? El problema, sin embargo, es que no hay una explicación explícita de por qué el Estado territorial ha perdido su derecho *prima facie* en contra de que un determinado organismo extraterritorial, en particular, castigue a los perpetradores. Justificar esta consecuencia normativa es más difícil de lo que puede parecer a simple vista.

Ilustremos esta afirmación por referencia a un ejemplo interpersonal. Si A intenta matar a B disparándole con un revólver, A probablemente carezca de un derecho en contra de que terceras partes intervengan para salvar la vida de B (incluso matando a A si es necesario). Esto se explica frecuentemente por referencia a que A perdió su derecho en contra de ser atacado.[40] Sin embargo, una vez que la amenaza cesa, una tercera parte necesitaría otra justificación para usar la fuerza contra A (a nuestros efectos, para castigarla). Éste es precisamente el tipo de argumento que brinda toda justificación del castigo y lo que esta primera línea de argumentación omite justificar. El argumento analítico en consideración sólo puede explicar por qué el Estado territorial puede haber perdido su derecho propiamente dicho de primer orden en contra de que una tercera parte intervenga sobre la base de razones humanitarias para detener la perpetración de crímenes contra la humanidad en su territorio. No obstante, esta proposición no puede justificar la pérdida por parte del Estado territorial de su inmunidad hohfeldiana

[39] "A Theory of Crimes against Humanity", *op. cit.*, nota 5, p. 109.

[40] Véase Thomson, Judith Jarvis, "Self Defence", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 20, núm. 4, 1991, pp. 283-310; y Uniacke, Suzanne, *Permissible Killing: The Self Defence Justification of Homicide*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

de segundo orden en contra de que organismos extranjeros enjuicien al delincuente. Por lo tanto, este argumento nos deja exactamente donde empezamos, es decir, con la necesidad de brindar una justificación *normativa* para conferirle a un Estado extraterritorial o a un tribunal internacional el poder de castigar a delincuentes por crímenes contra la humanidad.

Una segunda versión del argumento basado en el carácter grupal de los perpetradores busca explicar el poder extraterritorial de un Estado de castigar crímenes contra la humanidad por referencia al interés de las víctimas potenciales. El punto es que cuando esos crímenes son perpetrados por un Estado o una entidad similar a un Estado probablemente se afecte a otras personas además de las víctimas directas. Por consiguiente, la comunidad internacional "tendría una base legítima para la intervención para proteger a la comunidad más extensa que también probablemente sería dañada por el plan".[41] Este argumento está abierto a la crítica esbozada en los párrafos anteriores acerca de que la protección física real otorgada a las víctimas potenciales, disuadiendo o incapacitando a los delincuentes, no logra pasar el escrutinio como justificación para el poder extraterritorial de un Estado de castigar a los perpetradores.

Larry May, uno de los principales defensores de la posición en discusión, podría responder que estas clases de "[daños] basados en grupos son de interés para la comunidad internacional porque son más propensos a … atravesar las fronteras y dañar a una comunidad más amplia".[42] Un problema con esta proposición, sin embargo, es que aun si éste fuera el caso, no se explica por qué se le confiere el poder de castigar a los perpetradores a un Estado *extraterritorial*. Pero vayamos más despacio. Si los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina corren el riesgo de afectar a víctimas potenciales en Chile, Uruguay u otros países latinoamericanos, como hizo el Plan Cóndor,[43] esto bien puede explicar el poder de Chile y Uruguay de castigar a los individuos responsables por esos crímenes. No obstante, no explica, o no explica aún, por qué se le confiere a, por ejemplo, Australia competencia penal sobre esos hechos. Este argumento parece ganar su fuerza intuitiva a partir de consideraciones *territoriales* y, por lo tanto, no resuelve la cuestión en debate, es decir, la competencia de un Estado totalmente desvinculado de los hechos, o de un tribunal internacional.

[41] May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.* nota 5, p. 88.

[42] *Ibidem*, p. 83. Véase también su "Humanity, International Crime, and the Rights of Defendants", *Ethics and International Affairs*, vol. 20, núm. 3, 2006, pp. 373-382.

[43] Véase, por ejemplo, Novaro, Marcos y Palermo, Vicente, *La Dictadura Militar 1976/1983: Del Golpe de Estado a la Restauración Democrática*, Buenos Aires, Paidós, 2003, pp. 122 y 123.

El tercer argumento basado en el carácter grupal de los perpetradores puede ayudar a explicar esta cuestión. Los crímenes internacionales también han sido explicados recurriendo a los intereses de todos los individuos de la Tierra. Se dice que los crímenes contra la humanidad lesionan a la humanidad en el sentido de que son crímenes contra nuestra condición humana compartida, y contra la humanidad entendida como la especie humana. El aspecto de nuestra condición humana que es afectado por los crímenes contra la humanidad es nuestro carácter de animales políticos.[44] Los seres humanos, sostiene este argumento, son animales políticos a diferencia de los animales sociales, como las hormigas, en el sentido de que necesitamos alguna forma de organización coercitiva artificial que regule nuestra convivencia. Sin embargo, la política puede ir horrorosamente mal y terminar en los crímenes más atroces. Por consiguiente, "como no podemos vivir sin política, existimos bajo la amenaza permanente de que… las instituciones indispensables de la vida política organizada nos destruyan".[45] Los crímenes contra la humanidad así definidos constituyen una amenaza "universal" que cada ser humano individual tiene interés en reprimir. Así, el interés que justifica volverlos crímenes internacionales es el "interés en suprimir[los] del repertorio de la política", porque "en un mundo en el que los crímenes contra la humanidad se cometen libremente, cada uno de nosotros podría volverse objeto de un ataque o persecución por parte de la organización política bajo la cual se encuentra".[46]

Cabe admitir aquí que es posible que individuos tanto dentro del Estado en el que se han cometido crímenes de lesa humanidad, como fuera de él, tengan un interés en que los responsables por la comisión de crímenes internacionales sean castigados. Debemos analizar más cuidadosamente, sin embargo, el interés particular sobre el que descansa este argumento. La tesis de Luban parece basarse en la proposición de que cada ser humano tiene un interés en que los crímenes contra la humanidad sean castigados independientemente de dónde hayan sido perpetrados, simplemente porque cualquiera podría ser víctima de estos crímenes. Todos somos rehenes de alguna organización política y la política potencialmente siempre puede ir horrorosamente mal. Así, cualquier Estado (no sólo el Estado territorial) debería tener la facultad de castigar a un delincuente por este tipo de crímenes. Sin embargo, también vivimos inevitablemente uno junto al otro, y cualquier ser humano podría también ser víctima de un homicidio, una

[44] Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *op. cit.*, nota 5, p. 110.
[45] *Ibidem*, pp. 90 y 91.
[46] *Ibidem*, p. 138.

agresión, un robo, etc. Además, las chances de ser víctima de cualquiera de estos crímenes nacionales son, en una significativa mayoría de Estados, mucho mayores que las de ser víctima de crímenes contra la humanidad. Por consiguiente, en la medida en que este argumento se fundamenta en el interés individual que tiene cada ser humano de no ser víctima de un delito, hace colapsar la distinción entre crímenes internacionales y nacionales al justificar las persecuciones extraterritoriales para ambos.

El lector puede considerar que esta respuesta es injusta. Claramente hay analogía entre los crímenes cometidos por Estados o por organizaciones similares a las estatales, y los cometidos por individuos actuando solos: mientras que el Estado territorial puede prevenir/castigar los crímenes nacionales, ¿quién sería capaz de detener/castigar a los funcionarios estatales de/por perpetrar crímenes contra la humanidad contra sus ciudadanos? Ahora bien, no es necesario cuestionar esta analogía para defender la posición expresada en el párrafo anterior. Si el problema es que mientras que un agente (el Estado territorial) puede prevenir un homicidio individual, nadie puede prevenir los crímenes contra la humanidad, la solución parecería ser conferirle a un organismo extraterritorial el derecho de hacerlo. Sin embargo, y según expliqué anteriormente, el derecho de detener las atrocidades que ocurren en un Estado en particular involucra sólo una *libertad* hohfeldiana de primer orden (y en el mejor de los casos un derecho propiamente dicho) para intervenir por motivos humanitarios. No justifica (o no aún) un *poder* de segundo orden de castigar a los responsables por ellos. En última instancia, este poder parece basarse en la proposición de que todo ser humano tiene un interés en *disuadir* a los potenciales perpetradores de crímenes contra la humanidad. Éste es el único modo en el que la ley penal puede intentar "suprimir estos actos del repertorio de la política". No obstante, esto muestra precisamente por qué las supuestas implicancias de la desanalogía presentada desaparecen. Para decirlo una vez más, aunque la disuasión puede explicar los enjuiciamientos extraterritoriales en el caso de los crímenes contra la humanidad, hace colapsar la distinción entre crímenes nacionales e internacionales al justificar los enjuiciamientos extraterritoriales para ambos.

Los crímenes contra la humanidad, sin embargo, no han sido identificados exclusivamente por el carácter grupal de sus perpetradores. De acuerdo con la segunda línea de argumentación identificada al comienzo de esta sección, algunos sugieren que lo que los hace crímenes internacionales es que son cometidos contra individuos sobre la base de su pertenencia a un grupo o población. En palabras de Luban, "en un mundo donde los crímenes contra la humanidad son cometidos libremente, cada uno de

nosotros podría volverse objeto de un homicidio o [persecución] meramente sobre la base de una afiliación grupal que somos incapaces de cambiar".[47] Similarmente, Larry May argumenta que "[l]a Humanidad está implicada, y en algún sentido victimizada, cuando la víctima meramente representa a segmentos mayores de la población que no son tratados de acuerdo a diferencias individuales…, sino sólo de acuerdo a características del grupo".[48] Esto ocurre porque este tipo de crimen es "negador de la individualidad".

Los seres humanos tienen "intereses en que la gente sea tratada principalmente como seres humanos como ellos y no de acuerdo a sus afiliaciones subgrupales".[49] Y aun así, estas proposiciones no explican acabadamente por qué debemos conferirle a una autoridad extraterritorial el poder de castigar a los perpetradores de este tipo de crímenes. La conexión crucial es entre el carácter grupal de las víctimas y la noción de daño a la humanidad. En última instancia, lo que explica su régimen jurisdiccional especial es la proposición de que los crímenes internacionales dañan a la humanidad.[50] Este vínculo, sin embargo, es difícil de establecer.

La justificación subyacente detrás de estas proposiciones parece ser que estos crímenes podrían sucederles a personas por razones que están fuera de su control. En palabras de Frossard, la víctima es asesinada "bajo el pretexto de haber nacido".[51] Sin embargo, que alguien sea atacado por ser alto, bajo o guapo, no parece constituir una razón suficiente para desencadenar el enjuiciamiento extraterritorial para su atacante. Más bien, parece que lo que está haciendo el trabajo justificativo aquí es el hecho de que la víctima es miembro de un grupo vulnerable o una minoría perseguida, y no el hecho de que está siendo atacada por razones que ella no puede modificar. Lo que importa es el hecho de que ella es judía, negra, musulmana o albanesa (en un mundo en el que estos grupos son perseguidos) y no el hecho de que ella no puede cambiar lo que es.[52] Inversamente, el argumento parece incapaz de acomodar una situación en la que la

[47] *Idem*.

[48] May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.*, nota 5, pp. 85-86.

[49] May, Larry, *op. cit.*, nota 42, p. 374.

[50] *Ibidem*, 376.

[51] Frossard, André, *Le crime contre l'humanité*, Paris, R Laffont, 1997, p. 70, citado en Koskenniemi, Martti, "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck UNYB* 6 (2002), p. 29.

[52] Resulta interesante señalar aquí que justamente la noción de vulnerabilidad está en el centro mismo de su concepción de crímenes de guerra. Véase May, Larry, *War Crimes and Just War*, *op. cit.*, nota 5, p. 20.

víctima es atacada por pertenecer a un partido político particular o profesar una determinada religión (cosas que ella podría eventualmente ser capaz de modificar).

Además, no surge claramente ninguna relación necesaria entre la pertenencia de las víctimas a un subgrupo particular y la violación a su humanidad.[53] Los crímenes que no son basados en la pertenencia de una víctima a un grupo también pueden dañar nuestro sentido básico de solidaridad hacia los seres humanos en general. Estos también pueden constituir "violaciones de la condición humana". El caso de Joseph Fritzl, que secuestró y abusó sexualmente de su hija por muchos años, sería un claro ejemplo.[54] Inversamente, poca gente argumentaría que cada caso posible de "crímenes de odio" o incluso crímenes relacionados con el género deberían convertirse en crímenes internacionales. Que un individuo determinado sea atacado por una pequeña banda racista por ser judío, negro o latino, en un tranquilo callejón en Hamburgo, no significa, ni debería significar, que Alemania carezca de su inmunidad *prima facie* en contra de que una autoridad extraterritorial interfiera en sus asuntos internos.

En última instancia, como argumenta Massimo Renzo, la deficiencia principal de este enfoque no es "la respuesta que da a la pregunta acerca de qué tipo de crímenes puede decirse que dañan a la humanidad, sino… la asunción misma de que una adecuada explicación de los crímenes contra la humanidad deberá ser dada al responder esta pregunta".[55] El principio del daño ha sido plausiblemente descripto como la exigencia normativa de que "una conducta sea criminalizada sólo si es dañosa".[56] Su función es, por lo tanto, trazar un límite a las conductas que deben ser criminalizadas. Con independencia de los méritos intrínsecos de un enfoque como éste, la cuestión en discusión en el caso de los crímenes internacionales no parece ser si los crímenes contra la humanidad deberían ser criminalizados, sino, más

[53] Lo mismo podría decirse respecto del argumento de May acerca de por qué los crímenes de guerra dañan a la humanidad en su conjunto, es decir, que "no tratan a los seres humanos con la … compasión que todos ellos merecen" (*Idem*). Sí sugiere, sin embargo, que la mayoría de los crímenes de guerra constituyen crímenes internacionales en virtud de que "cruzan las fronteras nacionales" (Ibidem, May, p. 40).

[54] Sobre este caso, puede consultarse *http://news.bbc.co.uk/2/hi/7371959.stm* (visitado por última vez el 9 de octubre de 2012). Para un argumento filosófico en este sentido, véase, Renzo, Massimo, "Responsibility and Answerability in Criminal Law", en Duff, Antony; Farmer, Lindsay; Marshall, S.E.; Renzo, Massimo; Tadros, Victoria (eds.), *The Constitution of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

[55] Renzo, Massimo, *op. cit.*, nota 5. Véase también Duff, Antony, *op. cit.*, nota 5.

[56] Véase Stewart, Hamish, "The Limits of the Harm Principle", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 2010, pp. 17-35.

bien, quién debería tener el poder de hacerlo. En esa medida, su invocación en este contexto puede considerarse irrelevante.

May probablemente argumentaría, no obstante, que el principio del daño *internacional* tiene el propósito de hacer exactamente eso, es decir, mostrar que ciertos crímenes basados en grupos realmente dañan a la humanidad y que esto justifica que estén criminalizados *por la comunidad internacional*. Sin embargo, no es del todo claro que esto sea lo que se supone que hace el principio del daño internacional. La necesidad de que haya un principio del daño internacional, sugiere May, tiene que ver con el hecho de que "los enjuiciamientos penales internacionales hacen correr el riesgo de la pérdida de la libertad de los acusados, una pérdida con tanta importancia potencial que no debería ser arriesgada a menos que haya también un daño a la comunidad internacional".[57]

Es dudoso, sin embargo, que un umbral tan alto sea necesario para justificar ante el delincuente el daño involucrado en el castigo, particularmente cuando May usualmente aceptaría que el delincuente debería ser susceptible de ser castigado por la comisión de un crimen nacional. Y además, el principio del daño parece brindar una respuesta a la pregunta acerca de por qué el delincuente sería susceptible de ser castigado *simpliciter*, no por qué sería susceptible de ser castigado *por una autoridad extraterritorial.* Es difícil pasar de la primera concepción a la segunda sobre la base de la idea del daño. Como se ha argumentado a lo largo de toda esta sección, la noción de que los crímenes contra la humanidad dañan a la comunidad mundial parece de algún modo artificial.

Más importante aún, quizás, el principio del daño tradicionalmente ha sido construido como exigiendo un daño real a personas individuales, tomadas singular o colectivamente.[58] No es fácil mostrar que la tortura como parte de un ataque sistemático contra una población en Sudáfrica realmente daña a individuos en Suecia o Japón. Tampoco es claro de qué modo la comunidad internacional es dañada por un crimen de guerra perpetrado en un conflicto aislado en Colombia. La única forma de entender esta proposición parece ser estableciendo un umbral tan bajo (esto es, la solidaridad sobre la base de nuestra vulnerabilidad común a la violencia o el daño) que, una vez más, haría colapsar la distinción que estamos tratando de trazar entre los crímenes contra la humanidad y muchos crímenes nacionales. En esta medida, esta explicación en última instancia no sirve como criterio

[57] May, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, *op. cit.*, nota 5, p. 70.

[58] Véase Feinberg, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1: *Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984, p. 26; y Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 14, p. 414.

para volver a ciertos crímenes internacionales en el sentido jurisdiccional aquí adoptado.

IV. Una teoría "jurisdiccional" de los crímenes internacionales

Hasta aquí hemos visto que las explicaciones de los crímenes internacionales disponibles en la literatura no pueden en última instancia dar cuenta de qué es lo que los distingue de los crímenes internos. Al menos no logran explicar qué justifica que los Estados y los tribunales internacionales posean competencia extraterritorial sobre ellos. Por otra parte, debemos admitir que identifican varias intuiciones importantes a las que el argumento que aquí expondré debe referirse, a saber, que los crímenes internacionales son cometidos por Estados u organizaciones similares, que son perpetrados en lugares donde la aplicación de la ley es particularmente débil, que abarcan los actos más atroces cometidos contra seres humanos y que a menudo las víctimas están en una posición de especial vulnerabilidad. No obstante, todas esas consideraciones poseen un defecto central común. No conectan las consideraciones fundamentales sobre las que descansan con una explicación plausible de por qué alguna autoridad particular debería tener el poder de castigar a un delincuente en particular. Por el contrario, aquí sostendré que los alcances de la competencia penal de un Estado o un tribunal internacional están intrínsecamente ligados a las razones que podrá esgrimir ese Estado o tribunal para enjuiciar penalmente a un individuo. Es decir, para dar cuenta de la distinción entre delitos internos y crímenes internacionales debemos analizar las razones que justifican el derecho a juzgar y eventualmente castigar a un determinado imputado.

He sostenido en otro contexto que la razón por la que esta facultad es generalmente conferida a cualquier autoridad, incluyendo los Estados nacionales, tiene que ver con la forma en que la vigencia de ciertas normas penales afecta positivamente la vida de los individuos que viven bajo ellas.[59] Esta afirmación se basa en una proposición de carácter analítico, y otra de carácter normativo. Desde el punto de vista analítico, se sugiere que hay una conexión necesaria entre la existencia de un sistema de normas jurídico-penales en vigor y la existencia de alguna autoridad encargada de velar por su cumplimiento. Esto conlleva, evidentemente, la facultad de enjuiciar y castigar a quiénes las violen. Un sistema jurídico-penal difiere de otros bienes públicos como un sistema de agua potable, o un sistema de salud

[59] Chehtman, Alejandro, *op. cit.*, nota 12, cap. 2.

pública. Su existencia dependerá, no de la posibilidad de abrir una canilla o acudir a una guardia hospitalaria, si no de la creencia de quienes están sujetos por sus normas. Así, si en un determinado territorio los individuos no fuesen llamados a rendir cuentas por violar normas jurídico-penales (y castigados en caso de ser hallados culpables), los individuos en ese Estado muy rápidamente perderían la confianza en la vigencia de esas normas.[60] La situación en los Estados fallidos o en muchas zonas bajo ocupación militar permite ilustrar esto.

Desde el punto de vista normativo, esta posición sugiere que la creencia en la vigencia de un cuerpo de normas jurídico-penales que prohíben el homicidio, la violación y otros delitos en una sociedad determinada, contribuye a la sensación de seguridad y de dignidad de los individuos que habitan en ella. Considerar que estas normas están en vigor, es decir, que son vinculantes para las personas que las rodean, contribuye a la sensación de un individuo de ser titular de ciertos derechos jurídicos y de que esos derechos están respaldados por normas en vigor. Esta proposición es, cabe admitir, de carácter empírico. Su demostración está fuera de los alcances de la presente contribución. Sin embargo, basta sugerir cómo se vería afectada nuestra vida cotidiana y nuestro bienestar si considerásemos que las normas jurídico-penales que protegen nuestros derechos más básicos han dejado de estar en vigor. Nuevamente, las situaciones en Estados fallidos o en guerras civiles permiten ilustrar esto. Sobre esta base, se sostiene aquí que el interés colectivo de los individuos en cualquier sociedad, en la vigencia de normas jurídico-penales que protejan sus derechos fundamentales, es lo suficientemente importante para conferir en un Estado la facultad de enjuiciar y castigar a quiénes las violen.

Ahora bien, hay ciertas normas jurídico-penales que no pueden estar en vigor en un determinado Estado a menos que alguna autoridad extraterritorial tenga un derecho (un poder hohfeldiano) concurrente de castigar a quienes las violan. Estas normas son, en definitiva, las que prohíben las conductas que habitualmente denominamos crímenes internacionales. Permítaseme ilustrar esto por referencia a un crimen de lesa humanidad en particular: actos de tortura perpetrados en el Estado E como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población.[61] Plausiblemente,

[60] Para una defensa clásica de esta proposición, véase Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 58.

[61] Véase el párrafo 1 del artículo 7o. del Estatuto de Roma. Omito aquí considerar las exigencias allí previstas en cuanto a que el ataque generalizado o sistemático se cometa "contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque", así como todo requisito establecido en virtud del párrafo 2 del citado artículo.

siempre que se perpetren actos de tortura en E en el contexto de un ataque de ese tipo, necesariamente será el caso de que E es o bien responsable por perpetrarlos, instigarlos o permitirlos, o bien es simplemente incapaz de hacer algo para evitarlos. Como resultado, el hecho de que el propio E posea competencia sobre este tipo de actos no puede realmente fundar la creencia de los individuos en E de que esta regla penal esté realmente en vigor. Según lo expresa Geras, "los Estados y los gobiernos son ellos mismos… la fuente misma de las calamidades de las que estamos hablando…; [por lo tanto,] no se puede confiar [en ellos] como garantes… de último recurso".[62]

Tómese por ejemplo a la última dictadura en la Argentina (1976-83). Como está ya bien documentado, el ejército tenía un significativo margen para secuestrar a individuos, torturarlos y, en la gran mayoría de los casos, hacerlos desaparecer.[63] En ese marco, si un escuadrón militar golpeaba en la puerta de alguien o mantenía a alguien cautivo en una unidad de detención clandestina, no había posibilidad de recurrir a ningún tipo de fuerza pública, ni esperanza de ser rescatado por las autoridades. Los escuadrones no estaban, en ningún sentido significativo, *obligados* por una prohibición penal en contra de hacer lo que, de hecho, se les ordenaba hacer como parte de una política del Estado. En este contexto, los individuos en Argentina, al menos aquellos que eran perseguidos por el Estado, o cuyos familiares los estaban siendo, no podían creer en sentido relevante que la norma penal en contra de ser secuestrados, torturados y asesinados era vinculante para los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, aun cuando esa regla era parte del Código Penal argentino.

Sin embargo, esto puede parecer apresurado. ¿No tendrían los individuos en E un interés en conflicto en contra de esta clase de interferencia? En principio, el derecho internacional reconoce que los individuos en todo Estado (E incluido) poseen un interés en regular sus asuntos con exclusión de toda autoridad extranjera. Este interés, puede presuponerse aquí, es suficientemente importante para conferirle a E una inmunidad *prima facie* en contra de que autoridades extraterritoriales dicten o apliquen leyes penales en su territorio. Ahora bien, sugiero aquí que en una situación como la descripta en el párrafo anterior, la Argentina no tendría una inmunidad

[62] Geras, Norman, *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*, Londres, Verso, 1998, p. 4.

[63] Véase Malamud-Goti, Jaime E., *Game without End: State Terror and the Politics of Justice*, Norman, University of Oklahoma Press, 1996; y Guest, Iain, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and the United Nations*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1990.

en contra de que un organismo extraterritorial castigue a los responsables por estos crímenes contra la humanidad perpetrados en su territorio.

Vayamos más lentamente. El Estado E normalmente posee una inmunidad *prima facie* en contra de que un Estado extraterritorial castigue a un delincuente determinado por un crimen que cometió en el territorio de E. Esta inmunidad se explica en última instancia por el interés de los individuos allí en que E sea una entidad autogobernada. Sin embargo, esta inmunidad no es absoluta; está limitada tanto por los intereses de los que no son miembros como por los intereses fundamentales de los miembros de E. Se sugiere aquí que los individuos en E tienen un interés fundamental en que haya una regla penal en vigor en E en contra de actos de tortura, asesinato y además perpetrados como parte de un ataque generalizado o sistemático. Este interés no sólo es incompatible con que E tenga una inmunidad en contra de que una autoridad extraterritorial castigue a los perpetradores de estos crímenes internacionales, sino que, sostengo aquí, también desplaza el interés que explica esa inmunidad en otros casos.

El interés de, por ejemplo, los alemanes en 1939 en que un organismo extranjero no castigara a un delincuente por actos de genocidio cometidos en territorio alemán no es suficientemente importante para justificar conferirle a Alemania una inmunidad en contra de que un organismo extranjero castigue al delincuente. El interés de los judíos alemanes y otras minorías perseguidas en que esa regla penal estuviese en vigor en Alemania es más importante que el interés de sus connacionales arios en autorregularse. Como mínimo, los alemanes arios serían capaces de llevar adelante una vida mínimamente decente aun sin un derecho que les impida a las autoridades extranjeras dictar reglas penales obligatorias en Alemania en contra del asesinato generalizado y sistemático, mientras que para los miembros de las minorías perseguidas sería imposible llevar adelante una vida decente en un Estado en el que sus derechos a no ser asesinados, torturados y demás no están en absoluto protegidos por el derecho penal.

Permítaseme precisar más la posición aquí defendida en tres aspectos relevantes. En primer lugar, según la explicación aquí propuesta, los crímenes internacionales *no* serán cometidos exclusivamente por oficiales estatales o individuos que actúan bajo su control. Determinados actores no estatales también pueden perpetrar este tipo de crímenes. De hecho, en los conflictos armados contemporáneos la mayoría de estos crímenes son co-

metidos por fuerzas irregulares.[64] En determinadas áreas en Colombia, por ejemplo, la guerrilla o grupos paramilitares tienen de facto una porción significativa de los poderes que usualmente son asociados con el Estado. Funcionan como oficiales policiales, jueces, autoridades administrativas, e incluso recaudan 'impuestos'.[65] Como sugiere David Luban, "los caudillos locales son a veces la cosa más cercana en [el] vecindario a la autoridad pública y los gángsteres nacionalistas pueden realmente tener un programa político revolucionario o irredentista válido".[66] También perpetran un número significativo de crímenes, como secuestros y asesinatos de opositores militares y políticos, e incluso simpatizantes.[67] Como en la situación argentina mencionada anteriormente, los individuos que viven en las zonas controladas por estos actores no estatales no considerarán, tampoco, que hay una regla penal en vigor en contra de ser secuestrados o asesinados por estos grupos, esto es, realmente obligatoria para sus miembros. Al menos cuando estos actos son generalizados o realizados como parte de una política, el hecho de que el Estado colombiano tenga una regla penal en contra de que miembros de estos grupos realicen estos actos no contribuye en ningún sentido significativo al sentido de la dignidad y la seguridad de los individuos que viven en esas áreas. Como resultado, los individuos que viven en esos territorios tendrían un interés fundamental en que estás reglas estén en vigor, que desplaza su interés en que el Estado colombiano tenga una inmunidad en contra de que un organismo extranjero castigue a los responsables de estos crímenes.[68]

[64] Kaldor, Mary, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 2007.

[65] Véase García Villegas, Mauricio, *Jueces sin Estado: La justicia Colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, cap. 3. Véase también, respecto de Hamas en Gaza, Human Rights Watch, "Under Cover of War. Hamas Political Violence in Gaza" (abril de 2009).

[66] Luban, David, "War Crimes. The Law of Hell", en May, Larry (ed.), *War: Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 280.

[67] Respecto de la situación en Colombia y de cómo el Estado era incapaz de lidiar con estos grupos, aun mediante medidas de derecho penal "de emergencia", véase Iturralde, Manuel A., *Castigo y liberalismo autoritario: La justicia penal de excepción en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

[68] Alguien podría cuestionar, sin embargo, si es realmente cierto que el hecho de que algún órgano extraterritorial posea competencia sobre los hechos bastará para generar la creencia en los individuos relevantes de que la norma que prohíbe, por ejemplo, el uso sistemático de la tortura, está en vigor en el Estado en el que se cometieron los crímenes en cuestión sobre la base de esta consideración. Esta cuestión, que merece ser tomada en consideración seriamente, excede el marco del presente trabajo. Para un análisis detallado, véase Chehtman, Alejandro, *op. cit.*, nota 12, cap. 5.

El segundo punto relevante a esclarecer es que no todo crimen cometido en forma generalizada o sistemática constituye un crimen internacional en el sentido jurisdiccional aquí defendido. Para ponerlo brevemente, faltas de tránsito o robos de bicicletas sistemáticos y generalizados no llegan a constituir, en el esquema aquí defendido, crímenes internacionales. La razón de esto es, de nuevo, que no considero que los individuos en E tengan un interés en que las regulaciones de tránsito estén en vigor que sea lo suficientemente importante para desplazar su interés general en que E sea una entidad autogobernada. Sólo violaciones de derechos fundamentales, como el derecho a no ser torturado, asesinado o violado, entre otros, superarían este umbral. Esto, entonces, aclara el papel que la atrocidad o la gravedad moral juega en la definición de los crímenes internacionales. Sería, por supuesto, difícil decidir dónde trazar la línea. Sin embargo, mi propósito aquí es solamente explicar en términos generales por qué algunos crímenes justifican que se le confiera a una autoridad extraterritorial el poder de castigar a un delincuente, mientras que otros no.

En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, no cualquiera puede cometer un crimen internacional. Tómese el genocidio por ejemplo. En la vasta mayoría de los casos, cuando un genocidio tiene lugar en E, los oficiales de E serán responsables por perpetrarlo, instigarlo o permitirlo, o simplemente serán incapaces de hacer algo por evitarlo. Por lo tanto, para que una regla penal en contra del genocidio esté en vigor en E, E debe carecer de una inmunidad *prima facie* en contra de que un organismo extraterritorial castigue a los responsables de realizar ese genocidio. El genocidio, entonces, debe de ser considerado generalmente un crimen internacional.

Sin embargo, éste puede no ser siempre el caso. El delito de genocidio podría ser perpetrado por un individuo actuando en soledad. David Luban ilustra esta aseveración con el extraño caso de Abba Kovner, un poeta y sobreviviente de la Shoah, que en 1945 intentó envenenar el suministro de agua de Hamburgo. Kovner alegó –dicen– que su fin último era matar a seis millones de alemanes.[69] Una consecuencia de la teoría aquí defendida es que, aunque su acto pueda calificarse como genocidio, no constituiría un crimen internacional en el sentido jurisdiccional aquí defendido, sino un delito interno. Y éste sería el caso aun si Kovner hubiera tenido éxito en su empresa. La ley penal alemana que prohíbe este tipo de comportamientos

[69] Luban, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *op. cit.*, nota 5, con cita a Segev, Tom, *The Seventh Million: The Israelis and the Holocaust*, New York, Hill and Wang, 1993, pp. 14-16.

no requiere que otros Estados tengan competencia concurrente para castigar a un individuo por un acto como éste para que esta prohibición penal esté en vigor.

El ejemplo nos permite hacer algunas observaciones relevantes. Se sigue de él que, aunque la teoría aquí presentada pretende tener poder explicativo acerca de cómo están regulados los crímenes internacionales en derecho internacional, no está comprometida con acomodar cada uno de los supuestos en que el derecho internacional considere una conducta como un crimen internacional. El propósito de este trabajo es evaluativo y como tal desafía ciertos aspectos del marco jurídico existente. El argumento aquí desarrollado en última instancia defiende una conceptualización menos rígida de los crímenes internacionales, y una que no se basa en la 'naturaleza' del crimen como tal. El ejemplo de Kovner también muestra que, aunque la atrocidad o gravedad del crimen es una condición necesaria para conferirle a una autoridad extraterritorial el poder de castigar a alguien por un crimen internacional, no es una condición suficiente. Finalmente, este ejemplo ilustra lo que en última instancia hace el trabajo normativo en la explicación de los crímenes internacionales aquí defendida: que hay consideraciones *territoriales* específicas que inciden en las razones para convertir determinados actos en crímenes internacionales.

Sobre esta base, podemos concluir que el rasgo determinante de los crímenes internacionales no se explica ni por la mera enormidad moral de estos actos ni por el *locus* de su comisión. Tampoco se reduce a la ficción de que dañan o violan a la humanidad en sí misma. Más bien, la razón por la que son crímenes internacionales, en oposición a los internos, reside en el interés que normalmente explica el derecho de un Estado de castigar a un delincuente en particular. Junto a esta consideración yacen tres ventajas significativas de la explicación aquí ofrecida. En primer lugar, sostiene que el argumento que justifica la imposición de penas por delitos internos y por crímenes internacionales descansa en consideraciones similares. En segundo lugar, explica por qué el Estado territorial carece de una inmunidad en contra de que un organismo extraterritorial *castigue* al delincuente. En esta medida, se diferencia de los argumentos que fundan, en última instancia, la inexistencia de un derecho propiamente dicho de primer orden contra una intervención militar por motivos humanitarios. Y, finalmente, no hace colapsar la distinción entre crímenes internacionales y nacionales.

V. ¿Es necesaria una teoría de los crímenes internacionales?

Altman y Wellman han argumentado en contra del proyecto de definir determinadas categorías de "súper crímenes" que brindarían una justificación convincente para desplazar la soberanía estatal y justifican la "jurisdicción penal internacional sobre crímenes que no atraviesan las fronteras [del Estado]".[70] Ellos llaman a este proyecto la "visión recibida" y proponen un modo diferente de pensar conceptualmente el derecho penal internacional. El marco aquí defendido comparte con el suyo varios de los puntos críticos a las explicaciones disponibles en la literatura sobre este punto. Rechaza, sin embargo, que alguna de estas objeciones lleve a la conclusión de que la noción de crímenes internacionales es conceptualmente o normativamente defectuosa. Su posición se basa en dos puntos centrales: disputan que el requisito de "atrocidad", que la visión recibida le asigna a los crímenes internacionales, baste para explicar su régimen jurisdiccional particular, y sugieren que los enjuiciamientos extraterritoriales también deberían aplicarse a delitos comunes o internos en determinadas circunstancias. Más precisamente, argumentan que los enjuiciamientos extraterritoriales están justificados en los Estados fallidos o ilegítimos cuando se da una "acumulación de actos criminales separados… [llevada a cabo por] individuos que operan" sin coordinación entre ellos.[71] De estas dos proposiciones supuestamente se sigue que el concepto de un crimen internacional no debería jugar ningún papel en una teoría plausible del derecho penal internacional.

Altman y Wellman brindan una explicación alternativa de cuándo y por qué se justifica "perforar la soberanía estatal" que no se basa en que los crímenes sean moralmente atroces. Ellos argumentan que cuando los Estados no están dispuestos o no son capaces de prevenir violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos individuales, esos Estados pierden su derecho en contra de interferencias por parte de terceras partes en lo que de otro modo serían sus asuntos internos.[72] La atrocidad de los crímenes, entonces, no debería jugar ningún papel en la explicación de la competencia

[70] Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, "A Defense of International Criminal Law", *Ethics*, vol. 115, núm. 1, 2004, p. 43. Este argumento ha sido posteriormente desarrollado en su libro *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 4.

[71] Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, "A Defense of International Criminal Law", *ibidem*, p. 49.

[72] *Ibidem*, p. 48.

extraterritorial sobre estos crímenes. Sin embargo, este juicio parece demasiado apresurado. Parece implausible sugerir que de tener lugar una ola de robos de bicicletas generalizados o sistemáticos, o de fraudes con tarjetas de créditos, esto bastaría para "perforar la soberanía" del Estado territorial. Y la razón por la que uno rechazaría esta implicancia es precisamente que los robos de bicicletas y los fraudes con tarjetas de crédito no son suficientemente graves, o incluso, atroces, como para desplazar las consideraciones sobre las que se basa el derecho de los Estados al autogobierno. En pocas palabras, Altman y Wellman parecen creer que la "visión recibida" no puede sino basarse en el argumento poco persuasivo de que los crímenes internacionales son simplemente aquéllos que son tan moralmente atroces como para dañar a la humanidad en sí misma.[73] Sin embargo, de la proposición plausible de que la atrocidad moral no constituye una razón suficiente para dar cuenta de la competencia extraterritorial sobre determinados crímenes, no deberíamos saltar a la conclusión de que por ello mismo no es una razón necesaria.

El segundo punto crítico en el que se basa su ataque contra la noción de "crímenes internacionales" es que, en ciertas circunstancias, como un Estado fallido o aun uno ilegítimo, un crimen "común" perpetrado por un individuo actuando por su cuenta también debería llevarnos a conferir competencia penal a una autoridad extraterritorial sobre sus hechos. Su posición se basa en una crítica plausible de la llamada analogía interna, es decir, la posición que sostiene que los Estados en la esfera internacional son análogos a los individuos en el terreno interpersonal.[74] Los Estados, argumentan, tienen una responsabilidad moral para con sus nacionales. Esto los vuelve más parecidos a los padres en relación con sus hijos que a individuos con respecto a sus propios asuntos.[75] El derecho a intervenir en el territorio de un Estado fallido o ilegítimo para detener o prevenir violaciones a los derechos humanos sería, por lo tanto, análogo a interferir contra un padre violento. En ambos casos, un tercero podría ejercer legítimamente esa prerrogativa.

Este análisis resulta atractivo a la luz del marco jurídico existente. Si un organismo extranjero o internacional interviniera militarmente y ocupara el territorio de un Estado fallido o ilegítimo, no sólo tendría la facultad de castigar los crímenes internacionales que allí puedan cometerse. También tendría la autoridad para castigar a los delincuentes por delitos

[73] *Ibidem*, p. 50.

[74] Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, *A Liberal Theory of International Justice*, *op. cit.*, nota 70, pp. 77-78.

[75] *Ibidem*, p. 77.

comunes.[76] Una fuerza ocupante podría entonces, en principio, castigar un robo de un auto llevado a cabo por razones puramente privadas y por dos individuos que actúan por su cuenta. ¿Pero lo mismo valdría para una autoridad extraterritorial, esto es, uno que no ha intervenido y ocupado militarmente el territorio en cuestión? Ésta parece ser la pregunta crítica que el derecho penal internacional debe responder.

El problema para la tesis de Altman y Wellman es que, del marco descripto anteriormente, no se sigue una respuesta afirmativa a esta pregunta. Los organismos extraterritoriales difieren de los poderes ocupantes, al menos, en que no tienen control alguno sobre el territorio en el que los distintos crímenes han sido perpetrados. Un poder ocupante, en cambio, lleva a cabo un determinado número de las funciones del Estado territorial. Por lo tanto, parecería más fácil explicar su facultad de enjuiciar a individuos por delitos comunes en función de que un poder ocupante estará en posición de reemplazar o complementar la aplicación de la ley por parte del Estado fallido o ilegítimo. Ésta es la razón por la que tener el control efectivo sobre el territorio relevante es crucial para que un Estado extranjero adquiera ese estatus (es decir, las responsabilidades especiales y los derechos especiales sobre los individuos en los territorios ocupados).[77] De hecho, cuando una autoridad extraterritorial pasa a ser un poder ocupante, su competencia penal pasa a basarse en el principio de territorialidad, no en motivos extraterritoriales (es decir, la universalidad).[78] Esta racionalización de la posición de los ocupantes en derecho internacional está respaldada por el hecho de que aun un poder ocupante *ilegítimo* tendría derecho a reclamar válidamente, al menos según el derecho internacional, el poder de castigar a individuos por la comisión de crímenes internacionales y comunes perpetrados en los territorios ocupados.[79] También está respaldada por el hecho de que

[76] Fox, Gregory H., *Humanitarian Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, cap. 3. Véase también Dinstein, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 137-140; el artículo 43 del Reglamento sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de La Haya de 1907; y el artículo 64 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949 (CG IV).

[77] Dinstein, Yoram, *ibidem*, pp. 42-45.

[78] Véase Weill, Sharon, "The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military courts in the Occupied Territories", *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866, 2007, pp. 395-419. Respecto de la posición de los aliados luego de la Segunda Guerra Mundial, véase Morris, Madeleine, "High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States", *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, núm. 1, 2001, pp. 13-66.

[79] Dinstein, Yoram, *op. cit.*, nota 76, p. 3. Para una defensa teórica de esta posición, véase Chehtman, Alejandro, "Occupation Courts, *Jus ad Bellum*, and Non-state Actors: Revisiting

tan pronto como el poder ocupante deja de tener control efectivo desde el punto de vista fáctico sobre el territorio relevante, deja de tener competencia sobre los delitos internos que allí se cometan, pero no así sobre los crímenes internacionales.[80]

Altman y Wellman podrían objetar que estas dificultades sólo muestran la necesidad de reformar el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, sus dificultades no parecen surgir meramente de este conjunto de arreglos institucionales, sino que están conectadas con la cuestión normativa subyacente. Un primer problema con su explicación es que parece presuponer una clase de solución a "todo o nada" para la cuestión de la competencia penal extraterritorial en los Estados fallidos o ilegítimos. Una vez que el Estado territorial pierde su derecho en contra de la interferencia, esto automáticamente brindaría a organismos extraterritoriales el derecho de castigar cualquier crimen que allí se cometa, tanto interno como internacional. Sin embargo, no es obvio por qué el hecho de que el Estado E esté violando los derechos humanos de la minoría Y de modo generalizado y sistemático justificaría que una autoridad extraterritorial tenga el poder de castigar el homicidio de un individuo perteneciente a la minoría Z perpetrado por otro miembro de Z. Para decirlo más concretamente, no es claro por qué sería razonable considerar al secuestro y posterior tortura de un simpatizante de izquierda perpetrados por miembros de las fuerzas armadas chilenas bajo el régimen de Pinochet como equivalente a un crimen pasional perpetrado en Santiago de Chile la misma noche por una ex amante de un hombre Y. Un enfoque como el propuesto por ellos pasaría por alto el hecho de que en el primer caso los individuos en Chile no tendrían razones para confiar en que las autoridades estatales aplicarán la prohibición penal relevante, mientras que no habría ninguna razón por la que el Estado Chileno no enjuiciaría al individuo responsable en el segundo caso. Esta distinción, por lo demás, es un rasgo central de la explicación de los crímenes internacionales defendida en este artículo.

No obstante, es posible que esta observación afecte de manera más profunda el argumento general de Altman y Wellman. Ellos se basan en una

---

the Ethics of Military Occupation", *International Law and Justice Working Papers* (por publicarse).

[80] Dinstein, Yoram, *ibidem*, pp. 283-284. Esta brecha entre la competencia penal extraterritorial y las competencias adquiridas en tanto poder ocupante quedan ejemplificadas, también, por el artículo 77 del CG IV, el que establece que: "Las personas protegidas que hayan sido procesadas o condenadas por los tribunales en territorio ocupado serán entregadas, al final de la ocupación, con el expediente respectivo, a las autoridades del territorio liberado".

analogía entre los Estados fallidos o ilegítimos y los padres violentos: así como el derecho a interferir contra un padre violento se explica por el interés del niño, el poder de una autoridad extraterritorial para castigar a un delincuente debe explicarse por los intereses de los individuos en el Estado territorial. Esta analogía parece basarse en la capacidad del agente interviniente de prevenir o detener las violaciones de los derechos básicos de quienes están en una posición vulnerable. Sin embargo, como se argumentó anteriormente, el derecho a intervenir para detener un ataque real confiere al titular del derecho esencialmente una *libertad* hohfeldiana de primer orden para usar la fuerza en defensa de las víctimas potenciales. Asimismo, mientras que la intervención humanitaria es de naturaleza puramente prospectiva, el castigo se aplica retrospectivamente. En otras palabras, el derecho de intervenir por razones humanitarias sólo puede justificarse mientras se sigan perpetrando violaciones a los derechos humanos generalizadas o sistemáticas en el Estado territorial. Por lo tanto, un argumento basado en esta consideración únicamente no permitiría dar cuenta de por qué un actor extraterritorial debería tener el poder de castigar a los delincuentes después de que los crímenes generalizados o sistemáticos han cesado. Esto es particularmente problemático en un mundo en el que aun un cambio de régimen difícilmente signifique enjuiciamientos nacionales de crímenes perpetrados en Estados fallidos o ilegítimos.

Para concluir, entonces, la visión de Altman y Wellman sobre el alcance del Derecho penal internacional parece ser en última instancia poco convincente. Esto se debe en parte a que rechazan la proposición de que la gravedad del crimen juega algún papel en la justificación de los enjuiciamientos extraterritoriales. Además, su explicación de por qué un Estado fallido o ilegítimo carecería del derecho en contra de que terceras partes interfieran *castigando* tanto los crímenes internacionales como los crímenes comunes parece ser en última instancia defectuosa. Estas dos consideraciones deberían ser suficientes para justificar la necesidad de un concepto de crímenes internacionales en una explicación general del castigo extraterritorial.

VI. Conclusión

La presente contribución procura brindar una explicación filosófica del que probablemente sea el rasgo saliente de los crímenes internacionales. Esta es una pregunta importante. Una respuesta convincente contribuirá a res-

ponder la pregunta acerca de si debería haber un sistema de derecho penal internacional. He sugerido aquí que las explicaciones disponibles en la literatura no permiten dar cuenta adecuadamente este rasgo distintivo de este tipo de figuras penales. He propuesto, en cambio, una explicación de los crímenes internacionales basada, justamente, en un argumento acerca de los alcances amplios del derecho de castigar este tipo de conductas. En resumen, he sostenido que aquello que justifica transformar una regla penal en una regla de derecho penal *internacional*, es decir, de aplicación (también) extraterritorial es el hecho de que no puede estar realmente en vigor en el territorio de un Estado dado si tiene que depender exclusivamente de ser aplicada por ese Estado. Esto es el resultado de que los Estados en cuyo territorio se cometen este tipo de conductas serán habitualmente responsables por su comisión, su instigación, o su complicidad, o simplemente carecerán de toda posibilidad de evitarlos. Por ende, el interés de los individuos en zonas de conflicto, o en aquellas zonas en que se han perpetrado o se están perpetrando este tipo de atrocidades, poseen un interés en que al menos alguna autoridad extraterritorial posea la facultad de juzgar a los responsables. En la última sección, he procurado defender esta empresa intelectual frente a aquellos que sugieren que el concepto mismo de crímenes internacionales debe ser descartado.

VII. Bibliografía

Abi-Saab, George, "The Concept of 'War Crimes'", en Yee, Sienho y Tieya, Wang (eds.*), International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Heopei*, Londres, Routledge, 2001.

Altman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, "A Defense of International Criminal Law", *Ethics*, vol. 115, núm. 1, 2004.

ALtman, Andrew y Wellman, Christopher Heath, *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009,

Bass, Gary J., *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed, La Haya, Kluwer, 1999.

Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

CARVER, Lucy y Roberts, Paul, "Penal Law and Global Justice" (2008), manuscrito no publicado, citado con autorización de los autores,

CHANDER, Anupam, "Globalization and Distrust", *Yale Law Journal*, vol. 114, núm. 6, 2005.

CHEHTMAN, Alejandro, "Occupation Courts, *Jus ad Bellum*, and Non-state Actors: Revisiting the Ethics of Military Occupation", *International Law and Justice Working Papers* (por publicarse).

_____, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

CLARK, Roger, "Crimes Against Humanity" en Ginsburgs, George y Kudriavtsev, Vladimir N. (eds.), *The Nuremberg Trials and International Law*, Londres, Martinus Nijhoff, 1990.

COWLES, Willard B., "Universality of Jurisdiction over War Crimes", *California Law Review*, vol. 33, núm. 2, 1945.

CRYER, Robert, "The philosophy of international criminal law", en Orakhelashvili, Alexander (ed.), *Resarch handbook on the theory and history of international law*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2011.

_____, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

DINSTEIN, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

DRUMBL, Mark, *Atrocity, Punishment, and International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

DUFF, Antony, "Authority and Responsibility in International Criminal Law", en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1: *Harm to Others*, New York, Oxford University Press, 1984.

FENRICK, William J., "Should Crimes against Humanity Replace War Crimes?", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1998-1999.

FOX, Gregory H., *Humanitarian Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

FROSSARD, André, *Le crime contre l'humanité*, Paris, R Laffont, 1997, citado en Koskenniemi, Martti, "Between Impunity and Show Trials", *Max Planck UNYB* 6 (2002).

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Jueces sin Estado: La justicia Colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008,

GERAS, Norman, *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*, Londres, Verso, 1998.

GROSS, Aeyal M., "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation", *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 1, 2007.

GUEST, Iain, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and the United Nations*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1990.

HAQUE, Adil Ahmed, "Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2005.

HUMAN RIGHTS WATCH, "Under Cover of War. Hamas Political Violence in Gaza" (abril de 2009).

HWANG, Phillis, "Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journa*, vol. 22, núm. 1, 1999.

ITURRALDE, Manuel A., *Castigo y liberalismo autoritario: La justicia penal de excepción en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

JOYNER, Christopher C., "Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, 1996.

KALDOR, Mary, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 2007.

KONTOROVICH, Eugene, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004.

KRAMER, Matthew, "Rights without Trimmings", en Kramer, Matthew; Simmonds, Nigel; y Steiner, Hillel (eds.), *A Debate over Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

LUBAN, David, "A Theory of Crimes against Humanity", *Yale Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2004.

_____, "Fairness to Rightness: Jursidiction, Legality and the Legitimacy of International Criminal Law" en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

_____, "War Crimes. The Law of Hell", en May, Larry (ed.), *War: Essays in Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

MALAMUD-GOTI, Jaime E., *Game without End: State Terror and the Politics of Justice*, Norman, University of Oklahoma Press, 1996.

MAY, Larry y HOSKINS, Zacharay (eds.), *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

MAY, Larry, "Humanity, International Crime, and the Rights of Defendants", *Ethics and International Affairs*, vol. 20, núm. 3, 2006.

_____, *Aggression and Crimes against Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

_____, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

_____, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

_____, *War Crimes and Just War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

MORRIS, Madeleine, "High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States", *Law and Contemporary Problems*, vol. 64, núm. 1, 2001.

NINO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé, 1997.

NOVARO, Marcos y Palermo, Vicente, *La Dictadura Militar 1976/1983: Del Golpe de Estado a la Restauración Democrática*, Buenos Aires, Paidós, 2003.

ORENTLICHER, Diane F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 8, 1991.

RADIN, Max, "International Crimes", *Iowa Law Review*, vol. 32, núm. 1, 1946-1947.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

RENZO, Massimo, "A Criticism of the International Harm Principle", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 3, 2010, pp. 267-282.

_____, "Responsibility and Answerability in Criminal Law", en Duff, Antony; Farmer, Lindsay; Marshall, S.E.; Renzo, Massimo; Tadros, Victoria (eds.), *The Constitution of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

REYDAMS, Luc, *Universal Jurisdiction: International y Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

RUBIN, Alfred P., *The Law of Piracy*, Irvington-on-Hudson, N.Y., Transnational, 1998).

SEGEV, Tom, *The Seventh Million: The Israelis and the Holocaust*, New York, Hill and Wang, 1993.

SIMPSON, Gerry J., "War Crimes: A Critical Introduction", en McCormack, Timothy L. y Simpson, Gerry J. (eds.), *The Law of War*

Crimes: National and International Approaches, The Hague, Kluwer, 1997.

_____, *Law, War and Crime*, Londres, Polity Press, 2007.

STEWART, Hamish, "The Limits of the Harm Principle", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 4, núm. 1, 2010.

THOMAS, Laurence, "Forgiving the unforgivable", en Garrard, Eve y Scarre, Geoffrey (eds.), *Moral Philosophy and the Holocaust*, Aldershot, Ashgate, 2003.

THOMSON, Judith Jarvis, "Self Defence", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 20, núm. 4, 1991.

UNIACKE, Suzanne, *Permissible Killing: The Self Defence Justification of Homicide*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

VAN SCHAACK, Beth, "The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, núm. 3, 1999.

VATTEL, Emmerich, *The Law of Nations*, Washington, Carnegie Institution, 1916.

VERNON, Richard, "What Is Crime against Humanity?", *The Journal of Political Philosophy*, 2002, vol. 10, núm. 3.

WALZER, Michael, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2000.

WEILL, Sharon, "The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military courts in the Occupied Territories", *International Review of the Red Cross*, vol. 89, núm. 866, 2007.

WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

CAPÍTULO 64
FILOSOFÍA DE LA PROPIEDAD

Guido PINCIONE*

SUMARIO. I. *El concepto de derecho de propiedad.* II. *Justificaciones de la propiedad*. III. *Reflexiones finales*. IV. *Bibliografía*.

I. EL CONCEPTO DE DERECHO DE PROPIEDAD

Buena parte de la discusión filosófica sobre el derecho de propiedad concierne al concepto de derecho de propiedad. Los filósofos interesados en este problema formulan, por ejemplo, las siguientes preguntas. ¿Qué es el derecho de propiedad? ¿Cuál es la esencia, o naturaleza, del derecho de propiedad? ¿Cómo analizar (en el sentido de brindar condiciones necesarias y suficientes para la verdad de) enunciados de la forma "X es dueño, o propietario, de P"? El sentido preciso de estas preguntas depende a su vez de teorías filosóficas sobre las definiciones y el análisis filosófico, pero en cualquier caso estas preguntas conceptuales son en principio distinguibles de las preguntas normativas que podemos formular sobre el derecho de propiedad, es decir, preguntas que demandan una justificación moral del derecho de propiedad (o de su abolición). Por supuesto, preguntar por la justificación moral del derecho de propiedad presupone que entendemos la expresión "derecho de propiedad".

Podría pensarse que los problemas conceptuales sobre el derecho de propiedad son ficticios, ya que las soluciones propuestas consistirían en decisiones arbitrarias de usar expresiones como "derecho de propiedad", "propiedad" y "propietario" de cierta manera. Si la realidad impusiera una única manera de describirla –un único *lenguaje*, si bien expresable en *idiomas* mutuamente traducibles–, no tendríamos margen alguno para decidir cómo usar las palabras. Pero éste no parece ser el caso, como lo sugiere la frecuencia con la que se inventan de un día para otro palabras que luego

* Profesor de Filosofía, Departamento de Filosofía y *Center for the Philosophy of Freedom* (Universidad de Arizona).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2405-2469.

pasan a formar parte del lenguaje generalmente aceptado: piénsese, por ejemplo, en "electrón", "gene" y "zonificación". Similarmente, a veces un grupo relativamente pequeño de especialistas estipula nuevos significados para términos existentes (como "agua" definido como "hidrógeno dos oxígeno", "cono" definido como "órgano reproductor de las plantas coníferas" y "amparo" definido como "recurso para proteger derechos y libertades constitucionales") y esas nuevas definiciones pasan a ser aceptadas en esos contextos especializados. La posibilidad de decidir qué significados tendrán nuestros términos parece apoyar la idea de que las discusiones conceptuales sobre el derecho de propiedad giran alrededor de seudoproblemas que se esfumarían si *decidiéramos* otorgarles un cierto sentido a la expresión "derecho de propiedad". Una vez tomada esa decisión, estaríamos en condiciones de teorizar sobre lo que realmente vale la pena; por ejemplo, cómo justificar eso que decidimos llamar "derecho de propiedad". Según esta visión, la reflexión filosófica sobre la propiedad debería concentrarse en las cuestiones normativas, ya que no habría genuinos problemas conceptuales.

Sería un error, sin embargo, extender al derecho el tipo de decisionismo semántico delineado en el párrafo precedente. La interpretación judicial del derecho tiene consecuencias que afectan directamente a las partes de un proceso legal (por ejemplo, obligando al demandado a pagar una deuda, o encarcelando al acusado) e indirectamente a terceros por la vía del precedente. Tales consecuencias requieren una justificación que vaya más allá de invocar la mera decisión de un tribunal de otorgar un cierto significado a los textos legales. Imaginemos, por ejemplo, que la constitución de un país dispone que "la propiedad de los ciudadanos es inviolable", y que un tribunal tiene que decidir si una ley que impone un control de alquileres viola la constitución. El tribunal puede "decidir" o bien que la libertad contractual, incluyendo la libertad de precios (el alquiler es el precio al que se alquila algo), forma parte del derecho de propiedad, o bien que la libertad contractual no forma parte del derecho de propiedad (ya que, digamos, el tribunal entiende que este derecho se agota en el control exclusivo de ciertas cosas, sin incluir los intercambios de esas cosas). Ambas interpretaciones son compatibles con la pluralidad de significados que la palabra "propiedad" tiene en el lenguaje corriente, pero la interpretación que adopte el tribunal determinará la validez constitucional de la ley de control de alquileres, con las consecuencias legales que ello entraña. Este ejemplo sugiere que la interpretación jurídica no es una mera estipulación terminológica destinada a *comunicarnos* mejor, sino que tiene como rol principal

regular la conducta. Ronald Dworkin desarrolla en detalle esta idea al sostener que los componentes semánticos y normativos de la interpretación jurídica son inseparables, ya que los jueces no pueden justificar la adopción de una de las varias interpretaciones posibles de los "materiales jurídicos" (constitución, leyes, precedentes, etc.) sin comprometerse con teorías morales que justifican una cierta manera de regular la conducta.

Si Dworkin tiene razón, la interpretación jurídica es teoría moral aplicada a las acciones de aplicar normas jurídicas a casos particulares, como sucede en un proceso penal o civil, o de declarar cuál de los significados convencionales de una expresión jurídica es relevante para determinar si una norma jurídica puede ser válidamente aplicada a un caso particular, como sucede en un proceso en el que está en cuestión la constitucionalidad de una ley o la legalidad de una resolución ministerial. Supongamos, por ejemplo, que (i) la mejor teoría moral disponible dice que tenemos una obligación de contribuir a la prosperidad general, y (ii) la libertad contractual contribuye a la prosperidad general. Dados esos supuestos, el tribunal imaginado en el párrafo precedente debería interpretar la garantía constitucional de la propiedad de modo que incluya la libertad contractual. En la visión dworkiniana, pues, la actividad interpretativa tiene un componente filosófico-moral que trasciende los materiales jurídicos. Éstos normalmente limitan el repertorio de interpretaciones admisibles (en nuestro ejemplo, sería inadmisible cualquier interpretación de la expresión "derecho de propiedad" que implique que alguien que carece por completo de la facultad de controlar un objeto es el propietario de ese objeto). Pero normalmente los materiales jurídicos son compatibles con más de una interpretación. Para Dworkin, la justificación para adoptar una u otra interpretación de esos materiales no puede ser sino moral. Debemos entender los materiales jurídicos "a su mejor luz", y al hacerlo nos comprometemos, aunque más no sea implícitamente, con tesis y argumentos propios de la filosofía moral.[1]

Como vimos, para Dworkin la interpretación jurídica no opera en un vacío semántico sino que debe arrojar consecuencias consistentes con *alguno* de los significados que la expresión "derecho de propiedad" tiene en nuestro lenguaje. Pero uno puede estar interesado en una pregunta más fundamental, a saber, ¿debe el derecho reconocer, o conferir, derechos de pro-

[1] *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Law´s Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986, pp. 45-86 y 225-275. Para una discusión de las cuestiones conceptuales y normativas en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre la garantía constitucional de la propiedad, *Cfr.* Wenar, Leif, "The Concept of Property and the Takings Clause," *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 6, 1997, pp. 1923-1946. (Vease, además, TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO)

piedad? Uno puede estar interesado, en efecto, en justificar un cierto régimen jurídico de la propiedad: por ejemplo, un régimen que confiera propiedad privada sobre todos los recursos productivos, o un régimen que confiera al estado la propiedad de tales recursos. Cuando la justificación del sistema jurídico mismo, o de una parte de él, está en discusión, las observaciones de los párrafos precedentes acerca de la inseparabilidad de los problemas conceptuales y normativos no se aplican. La justificación moral de una institución (un cierto sistema de propiedad, la pena de muerte, la democracia, por poner algunos ejemplos) sólo es posible si tenemos una idea clara de qué es lo que se trata de justificar. En este caso, la cuestión conceptual precede a la cuestión normativa. Pero sería erróneo concluir que, al no haber aquí límites semánticos provenientes de los materiales jurídicos ya que el contenido mismo de esos materiales es lo que está en cuestión, tenemos el campo libre para estipular cualquier definición para la expresión "derecho de propiedad". Algunas definiciones son mejores que otras. Permítaseme explicarme.

La justificación moral de una institución a menudo requiere que la definamos con un grado de precisión que es innecesario fuera de contextos justificatorios. El Diccionario de la Real Academia define "propiedad" como "derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales", pero una justificación rigurosa del derecho de propiedad debe ser capaz de arrojar conclusiones completas y consistentes sobre cualquier situación posible dentro de un cierto dominio de acciones. Por ejemplo, ¿qué se entiende por "derecho" en la definición del diccionario? ¿Es sinónimo de "facultad"? ¿Qué significa "disponer" de algo? ¿Qué "límites legales" son compatibles con el derecho de propiedad? Estas preguntas no sugieren una crítica a la definición dada por el diccionario. El propósito del diccionario no es ofrecer definiciones que sirvan de base para justificaciones filosóficas, sino facilitar la comunicación en contextos no-filosóficos; por ejemplo, informándole a un inglés que "propiedad" es el término que se usa en español para designar (aproximadamente) lo que él llama "*ownership*". Pero una justificación rigurosa del derecho de propiedad aspira a regular inequívocamente la conducta, y para ello es necesario no dejar pendientes de respuesta preguntas como las que la definición del diccionario suscita.

En un influyente artículo publicado en 1961, Tony Honoré ofrece un análisis del concepto de propiedad "plena" o "liberal" (*full* o *liberal ownership*) que sigue siendo aceptado por muchos autores, independientemente de si

creen que la propiedad está justificada.[2] Lo que Honoré llama "derecho de propiedad plena" es lo que a veces se designa en español con el término "propiedad privada". El análisis de Honoré constituye una aplicación al derecho de propiedad de un análisis de la noción general de derecho, en el sentido que los juristas llaman "subjetivo" de la palabra "derecho". Este sentido está recogido en inglés por la palabra "*right*" (derecho a algo), y se contrapone al sentido "objetivo" que la palabra "derecho" también tiene (*law*, en inglés), es decir, como sinónimo de "sistema jurídico". El análisis del concepto de derecho subjetivo que adopta Honoré había sido formulado por Wesley Newcomb Hohfeld en otro influyente artículo, publicado en 1917.[3] Hohfeld señala que en el lenguaje jurídico[4] la palabra "derecho" se usa para denotar varios tipos de relaciones jurídicas entre acciones de diferentes personas. El tipo más básico de relación es la "pretensión" (*claim*): *A* tiene una pretensión de que *B* haga *x* si y sólo si *B* tiene un deber (*duty*) hacia *A* de hacer *x*. Una pretensión es, pues, correlativa de un deber u obligación. En la terminología de Hohfeld, una pretensión es una "relación jurídica" (*jural*). Por ejemplo, yo tengo una pretensión de que *B* me devuelva el dinero que le había prestado, y *B* tiene el deber de devolvérmelo. El privilegio o libertad (*privilege* o *liberty*) es otra relación jurídica denotada por la palabra "derecho", y es correlativo de la ausencia de pretensión: *A* tiene una libertad respecto de *B* con relación a la acción *x* si y solo si *A* no le debe *x* a *B*. Por ejemplo, yo tengo la libertad, respecto de cualquier otra persona, de sentarme en cualquier banco de una plaza pública. En otros términos, *A* no está obligado frente a los demás a no sentarse en cualquier banco de una plaza pública. El derecho puede asumir también la forma de un "poder" (*power*), en cuyo caso es correlativo de una "sujeción" (*liability*): *A* tiene un poder sobre *B* con relación a ciertos derechos u obligaciones de *B* si y solo si *A* está legalmente autorizado a producir cambios en esos derechos u obligaciones. Por ejemplo, las personas tienen el poder de extinguir sus derechos de propiedad sobre ciertas cosas abandonando esas cosas; o, lo que es lo mismo, los propietarios tienen el poder de extinguir las obligaciones de los no-propietarios de no usar las propiedades de aquéllos sin su

[2] *Cfr.* Honoré, Tony, "Ownership," en Guest, Anthony Gordon (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961. *Cfr.* también, en una dirección similar a Honoré, Becker, Lawrence C., *Property Rights: Philosophical Foundations*, 2a. ed., London, Routledge, 1981.

[3] Hohfeld, Wesley Newcomb, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913, pp. 16-59.

[4] Para una extensión del análisis hohfeldiano al lenguaje moral, *Cfr.* Thomson, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990, pp. 37-60.

permiso. Otro ejemplo es el poder de obligar a otros mediante contratos. Finalmente, alguien puede tener un derecho en el sentido de "inmunidad" (*immunity*), que es correlativa de una "incapacidad" (*disability*): *A* tiene una inmunidad frente a *B* respecto a algunos derechos de *A* si y sólo si *B* no tiene un poder con relación a esos derechos. Por ejemplo, la afirmación de que la constitución de un país otorga un derecho a la libertad de expresión podría interpretarse, en lenguaje hohfeldiano, como una inmunidad de los ciudadanos frente a leyes de censura, es decir, como una falta de poder (una incapacidad) del congreso de sancionar esas leyes.

Honoré emplea el análisis hohfeldiano del derecho subjetivo para analizar el derecho de propiedad privada, tal como éste quiso ser consagrado por los redactores de las constituciones liberales clásicas. Los juristas tradicionales veían el derecho de propiedad privada como un control exclusivo que el sistema jurídico confiere a una persona sobre una cosa. Honoré muestra que esa idea de control exclusivo puede expresarse más precisamente en términos de un conjunto de relaciones hohfeldianas. Simplificando mucho, ser dueño o propietario de *x* es, en el análisis de Honoré, tener un conjunto complejo de derechos de diferentes tipos: pretensiones de uso exclusivo de *x*, libertades de usar o no usar *x*, poderes de cambiar los derechos de otros en relación con *x* (por ejemplo, por contrato) e inmunidades relacionadas con *x* (por ejemplo, una inmunidad frente a la confiscación).

II. Justificaciones de la propiedad

El análisis del derecho de propiedad privada ofrecido por Honoré, expuesto en la sección I, no prejuzga acerca de si ese derecho está justificado. El análisis puede ser correcto en el sentido de que captura uno de los usos importantes de la expresión "derecho de propiedad" por jueces, legisladores y abogados, pero ello no implica que sea valioso o que moralmente requerido que el sistema jurídico consagre un derecho de propiedad privada así entendido. Las discusiones filosóficas sobre la justificación del derecho de propiedad toman por lo general como blanco los intentos de justificar el derecho de propiedad privada, a veces más abreviadamente designado como "propiedad privada" o "propiedad", y usan estas expresiones en un sentido similar al que Honoré captura con su análisis de la expresión "derecho de propiedad plena". Salvo indicación en contrario, yo también usaré en el resto de este trabajo las expresiones "propiedad privada" y "propiedad" en el sentido de "propiedad plena", pero usaré de todos modos esta última expresión en contextos en que conviene poner

énfasis en que es esta interpretación del derecho de propiedad la que está en juego.

Esta sección está dedicada a examinar las líneas argumentativas más influyentes en el debate filosófico entre defensores y detractores de la propiedad privada.[5]

1. *Trabajo, autopropiedad y apropiación originaria*

Las discusiones modernas sobre la justificación de la propiedad privada se inician con el *Segundo Tratado de Gobierno* (1690) del inglés John Locke.[6] Para Locke, el derecho de propiedad tiene el mismo fundamento que el dominio legítimo que Dios ejerce sobre el mundo creado por Él, a saber, la creación o producción del objeto sobre el cual el derecho recae. La literatura actual sobre el argumento lockeano prescinde de las premisas teológicas que Locke, siguiendo los lineamientos de la época, invocaba. Los componentes seculares del argumento de Locke continúan atrayendo a muchos filósofos y subyacen a la convicción generalizada de que las personas tienen un derecho moral de propiedad sobre el fruto de su trabajo. Locke parte de un supuesto presumiblemente autoevidente: las personas son dueñas de sí mismas, esto es, ejercen un legítimo control exclusivo sobre su cuerpo y su mente. Este derecho de autopropiedad es para Locke un "derecho natural", es decir, un derecho que es independiente de lo que dispongan las normas jurídicas dictadas por el estado. Un sistema jurídico que consagra la esclavitud viola el derecho de autopropiedad, y por ello es ilegítimo. Locke imagina una sociedad sin gobierno, en la que nadie ha adquirido todavía ningún derecho de propiedad sobre el mundo externo, y afirma que en ese "estado de naturaleza" una persona puede adquirir propiedad privada sobre objetos externos (recordemos que ya tiene propiedad sobre sí misma) incorporando su trabajo a esos objetos, ya que el trabajo es parte de la persona misma. Este derecho de propiedad privada puede, como tal, ser transferido voluntariamente (esto es, por contrato, herencia o donación). La única limitación que Locke impone a la adquisición originaria de propiedad es dejar a los demás "suficiente cantidad de la misma calidad", limitación que la literatura filosófica convino en denominar "la condición lockeana" (*the Lockean proviso*).

[5] Para discusiones filosóficas generales sobre el derecho de propiedad, *Cfr.* Becker, Lawrence C., *op. cit.*, nota 2; y Waldron, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

[6] Libro II, cap. 5.

Locke imagina que en el estado de naturaleza las personas resuelven sus conflictos civiles y penales contratando tribunales y policías privados. La legitimidad del estado depende, para Locke, de que (a) cuente con el consentimiento de todos los habitantes del territorio sobre el cual el estado reclama jurisdicción (condición que, por lo general, se satisface para Locke tácitamente, con la mera presencia en el territorio y el respeto a las leyes) y (b) respete los derechos de propiedad. Locke cree que ese consentimiento es esperable, dadas las dificultades para proteger derecho de propiedad en el estado de naturaleza (por ejemplo, la falta de certeza sobre la existencia de una violación al derecho de propiedad cuando las partes, y los tribunales privados a los que recurren, están en desacuerdo). Las indeterminaciones jurídicas del estado de naturaleza inducen a los individuos a celebrar un "contrato social" que instituye un estado encargado de hacer cumplir los derechos mediante sentencias judiciales ejecutables coercitivamente. Es importante señalar que, si bien no es claro que Locke crea que los estados emergieron de estados de naturaleza,[7] su apelación al contrato social es comúnmente interpretada como un recurso analítico, no histórico, destinado a identificar las condiciones bajo las cuales el estado es moralmente justificable.

Como señalé, el argumento lockeano todavía está en el centro de muchas discusiones filosóficas sobre la propiedad. Es un argumento que apela a ideas atractivas sobre la recompensa que merece el productor, la persona que con su trabajo pone la naturaleza al servicio de deseos y necesidades humanas, sean las del propio productor o las de otras personas dispuestas a comprarle sus productos. No obstante, el argumento ha sido objeto de críticas variadas. Una de las críticas más comunes alega que los títulos de propiedad que el argumento lockeano procura justificar son indeterminados. ¿Qué cuenta como trabajo, y cómo medirlo? ¿Qué cuenta como suficiente cantidad de la misma calidad, a los efectos de determinar si la condición lockeana para la apropiación originaria se ha cumplido? ¿Sobre qué parte del mundo otorga títulos el trabajo? Detengámonos un poco en esta última pregunta para apreciar la magnitud de los problemas que enfrenta el argumento lockeano. Locke ciertamente diría que quien ara un terreno carente de dueño adquiere propiedad sobre la porción de tierra por la que pasa el surco dejado por el arado, pero probablemente Locke, y los lockeanos, querrían justificar una apropiación más extensa de tierra. ¿Qué extensión? Robert Nozick destaca vívidamente esta indeterminación:

[7] Sí es claro que Locke creía que en su tiempo había estados de naturaleza, como "los lugares interiores e inhabitados de América" (*Segundo Tratado de Gobierno*, Libro V, cap. 36).

> Si soy propietario de una lata de jugo de tomate y lo derramo en el mar, de modo que sus moléculas (marcadas radioactivamente, para que yo pueda verificarlo) se esparzan parejamente a lo largo de todo el mar, ¿me convierto de este modo en el propietario del mar, o dilapidé estúpidamente mi jugo de tomate?[8]

Nozick propone reformular la condición lockeana del siguiente modo: la apropiación originaria es legítima siempre y cuando no empeore la situación de los demás. Nozick define la noción de empeoramiento en términos de preferencias, no (como Locke) en términos de cantidad o calidad de bienes: nadie debe considerar su situación previa a la apropiación preferible a su situación posterior a la apropiación. La inyección de trabajo en el mundo externo deja de ser, entonces, una condición de legitimidad de la apropiación. Nozick cree que su reformulación de la condición lockeana evita las indeterminaciones que producía la referencia al trabajo. También cree que en el estado de naturaleza las apropiaciones satisfacen en general su condición para la validez de apropiaciones originarias, ya que la "privatización" del mundo externo genera incentivos para producir y comerciar que faltarían en una situación en la que, debido a la ausencia de derechos de propiedad, ningún individuo encontraría personalmente beneficioso producir en gran escala o conservar los recursos naturales.[9] Si bien el punto de partida de Nozick es un estado de naturaleza similar al de Locke, con derechos preexistentes al estado e independientes de él, su formulación de la condición para la apropiación originaria sugiere que en la base de su sistema operan principios consecuencialistas o de eficiencia. Discutiré esos principios en la sección II. 4.

Tanto Locke como Nozick admiten, pues, la apropiación originaria cuando ésta no daña a los demás, sea porque éstos quedan con "suficiente cantidad de la misma calidad" o porque no quedan en una situación que les resulta menos preferible. Muchos han visto en esta idea compartida un compromiso con la tesis de que la línea de base relevante para que emerjan derechos de propiedad es la ausencia de todo título de propiedad, incluyendo formas colectivas de propiedad: en el estado de naturaleza nada es de nadie, en un sentido que excluye no solamente que alguien sea propietario privado de algo sino también que algunos, o todos, sean propietarios colectivos de algo, o de todo. Esta visión del estado de naturaleza nos predispone a creer que es fácil apropiarse originariamente de algo, ya que ningún otro puede reclamar títulos sobre lo apropiado. Sólo cuando tienen

[8] Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 175. Traducción mía.

[9] *Ibidem*, pp. 177 y 182.

lugar raras apropiaciones monopólicas de recursos vitales para los demás (como el único oasis en un inmenso desierto) parece justificable invalidar la apropiación porque daña (tanto en la interpretación de Locke como en la de Nozick) a los demás en relación con una línea de base en la cual todos tenían acceso al recurso (todos podían beber del oasis).

¿Por qué adoptar, sin embargo, el estado de naturaleza lockeano/nozickeano como línea de base para convalidar apropiaciones originarias? G. A. Cohen sostiene que líneas de base alternativas, incluyendo líneas de base igualitarias, son consistentes con el principio de autopropiedad compartido por Locke y Nozick.[10] Cohen da como ejemplo una línea de base en la cual el uso de recursos externos debe contar con aprobación unánime: todos tienen un derecho de veto sobre la utilización de un recurso externo. En este sistema de "propiedad conjunta", los más talentosos necesitarían el consentimiento de los menos talentosos para producir, consentimiento que obtendrían a cambio de algún tipo de beneficio para los menos talentosos. Éstos no se verían, por consiguiente, perjudicados por hechos que escapan a su control (su menor talento), y los más talentosos no podrían beneficiarse por el mero hecho de tener más capacidad productiva, una capacidad que no merecen ya que no hicieron nada para tenerla.

Para Cohen, el régimen de propiedad conjunta sería compatible con una versión del principio de autopropiedad que subyace a la idea de Nozick de que incluso un "proletario mísero" (la terminología es de Cohen y alude al trabajador que sólo es dueño de su fuerza de trabajo) es libre de vender su fuerza de trabajo en un mercado capitalista, en el sentido de que no lo hace bajo coerción. Así formulado, el principio de autopropiedad simplemente excluye la esclavitud, pero no la miseria proletaria a la que podría dar lugar el capitalismo. Puesto que en el régimen de propiedad conjunta nadie es dueño de nadie, la autopropiedad está, pues, preservada. No es que Cohen esté abogando aquí por un régimen de propiedad conjunta, ya que la necesidad de contar con el consentimiento de los demás para usar cualquier recurso externo restringe la autonomía personal de un

[10] Vimos que el principio de autopropiedad es el punto de partida en el argumento de Locke, basado en el trabajo, para justificar la apropiación originaria. Sin embargo, Cohen, al igual que muchos otros críticos de Nozick, atribuye a Nozick un compromiso con el principio de autopropiedad, si bien el apoyo textual para esa atribución es virtualmente inexistente, y en todo caso es controvertible que el argumento de Nozick en favor del derecho a la propiedad privada y un "estado mínimo" cuya única función es proteger ese derecho dependa de admitir un derecho de autopropiedad. Diré algo más sobre este punto en la sección II.2.

modo que le parece intolerable. Su propósito es mostrar que la autopropiedad, tan valorada por defensores del capitalismo como Nozick, puede coexistir con una forma radical de igualdad, que en el régimen de propiedad conjunta se expresa a través del derecho que todos tienen a vetar el uso de recursos externos: a través de ese derecho de veto, todos ejercen una suerte de propiedad colectiva del mundo externo. Así como el ciudadano del régimen de propiedad conjunta puede verse legalmente impedido de usar cualquier recurso por no contar con la aprobación de los demás, el proletario mísero de un régimen capitalista puede verse legalmente impedido de usar cualquier recurso externo, ya que, por hipótesis, no le pertenece, pese a lo cual Nozick está comprometido a decir, según Cohen, que ese proletario mísero es un autopropietario. Crucialmente, empero, tanto el capitalismo como el régimen de propiedad conjunta son incompatibles con la esclavitud, ya que ambos respetan el principio de autopropiedad, tal como Nozick, según Cohen, lo entiende.

Es importante señalar la naturaleza conceptual, no empírica, de este argumento. Cohen no está afirmando (ni negando) que el capitalismo probablemente generará proletarios míseros. Su punto es que, *si ése fuera el caso*, el teórico lockeano o nozickeano debería decir que la autopropiedad no se habría violado. Cohen subraya que la autopropiedad capitalista es meramente ausencia de esclavitud: el proletario mísero no está a las órdenes de nadie (al menos en el mismo sentido en que un esclavo está a las órdenes de su amo). Esa autopropiedad, invocada por defensores de la propiedad privada como Nozick, no implica un derecho de propiedad privada sobre recursos externos, ya que es una autopropiedad que un régimen de propiedad conjunta también respeta. Las últimas obras de Cohen están orientadas a mostrar que una concepción defendible de la justicia distributiva requiere una redistribución radical de la riqueza, pero cautelosamente señala que las consideraciones de justicia, si bien muy importantes, compiten con consideraciones prácticas a la hora de elegir políticas públicas específicas, razón por la cual muchas veces puede estar moralmente justificado, considerando todas las cosas, convivir con cierto grado de injusticia, que para él es lo mismo que desigualdad no resultante de elecciones (como la elección de trabajar menos).[11]

[11] Cohen insiste largamente en este punto en Cohen, Gerald A., *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2008, donde propone distinguir entre "principios fundamentales" (por ejemplo, el principio de igualdad que él acepta, según el cual el bienestar de las personas no debería depender de factores ajenos a su voluntad, como su raza o riqueza heredada), y "reglas de regulación", que son las instituciones y políticas públicas mejor justificadas a la luz de *todos* los principios fundamentales (por ejemplo, debe

Las ideas de Locke y Nozick son ejemplos de la posición conocida como "libertarismo" (*libertarianism*), palabra que en su sentido más general designa la creencia de que un sistema jurídico que otorga derechos de propiedad privada está moralmente justificado. En otras palabras, el libertarismo aboga por los mercados libres.[12] Sin embargo, en años recientes algunos autores libertarios han cuestionado la descripción del estado de naturaleza compartida por Locke y Nozick. Como vimos, en el estado de naturaleza postulado por Locke y Nozick nada tiene dueño. Michael Otsuka y Peter Vallentyne parten, como Cohen, de un estado de naturaleza sujeto a una regla de propiedad colectiva, pero a diferencia de Cohen concluyen que la privatización generalizada del mundo externo está justificada. Otsuka y Vallentyne proponen un mecanismo de apropiación originaria bastante diferente del defendido por Locke y Nozick. Puesto que en el estado de naturaleza de Otsuka y Vallentyne todos son propietarios de todo, quien quiera apropiarse privadamente de algo debe compensar a los demás. En una sociedad real, esta compensación se implementaría cobrándole cada propietario privado un impuesto que refleje el valor de la compensación que habría debido pagarles a todos los demás en el estado de naturaleza por apropiarse privadamente de una parte de la propiedad común. El monto recaudado se destinaría luego a pagarle a cada persona que llega a la mayoría de edad una compensación por haber sido privada de derechos de usar las partes del mundo externo ya apropiadas, que en el mundo actual constituyen la mayoría de los recursos. Obsérvese que en esta variante de libertarismo el impuesto no tiene la función redistributiva que tiene en otras teorías de la justicia distributiva, como las teorías igualitarias, sino que simplemente refleja el precio que las personas habrían exigido en el estado de naturaleza para desprenderse de una parte de su propiedad común. Una vez que los propietarios privados pagaron ese impuesto, quedan totalmente libres para operar en el mercado: cualquier intervención estatal en ese mercado (sea por razones paternalistas, perfeccionistas, o basadas en un

---

haber un balance adecuado entre el principio de igualdad y el principio de eficiencia) y hechos de la vida social (por ejemplo, que los más ricos producirán menos si se les cobran impuestos altos). *Cfr.* también Cohen, Gerald A., *Why Not Socialism?*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2009.

[12] También es común usar la palabra "libertarismo" para referirse, más específicamente, a aquellas defensas del mercado libre basadas en el derecho de autopropiedad. Locke y (al menos en la interpretación de Cohen) Nozick serían libertarios en este sentido más restringido, mientras que muchos economistas que defienden el mercado libre por su eficiencia o su contribución a la prosperidad general no serían libertarios en este sentido. Discuto el argumento eficientista en favor de la propiedad en la sección II.4.

criterio independiente de justicia distributiva) sería moralmente inadmisible. Es común designar a esta variante de libertarismo como "libertarismo de izquierda" y designar como "libertarismo de derecha" al tipo de libertarismo defendido por Locke y Nozick.[13] "Izquierda" y "derecha" aluden aquí a la existencia o inexistencia, respectivamente, de un componente igualitario o "socialista" en la caracterización del estado de naturaleza, y por ende en las condiciones que debe satisfacer la apropiación originaria de propiedad. Por supuesto, las instituciones y políticas públicas justificables a la luz de las dos variantes de libertarismo están mediadas por complicadas hipótesis empíricas acerca de las asignaciones de derechos que habrían emergido en un estado de naturaleza y de la forma y extensión de las violaciones subsiguientes de los derechos de propiedad. Por consiguiente, más allá de condenar formas de intervencionismo estatal que no se limiten a cobrar impuestos para financiar la protección judicial y policial de la propiedad privada y (en el caso del libertarismo de izquierda) simular la compensación que los apropiadores originarios habrían debido pagar a los demás, sería apresurado inferir evaluaciones específicas de instituciones y políticas públicas a partir de las teorías libertarias que hemos discutido, si esas evaluaciones no se apoyaran en investigaciones empíricas (en especial, históricas) apropiadas.[14]

2. *Libertad y propiedad*

Algunos autores sostienen que la propiedad privada es necesaria para proteger la libertad individual. Un influyente representante de esta posición es Friedrich Hayek, para quien las libertades de expresión, de asociación y de elegir en qué y cuánto trabajar se perderían si las democracias liberales siguieran encaminándose hacia una planificación centralizada de la economía, en detrimento de las decisiones dispersas que los individuos toman en los mercados libres (Hayek escribía esto en 1944).[15] Similarmente, Milton Friedman advierte que la libertad de expresión, y en particular la libertad de criticar al gobierno, desaparecerían si el gobierno controlara, directa

[13] *Cfr.* Otsuka, Michael, *Libertarianism without Inequality*, Oxford, Clarendon Press, 2003; y Vallentyne, Peter, "Libertarianism", en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009, *http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/libertarianism/*>.

[14] Nozick (*op. cit.*, nota 8, pp. 230-231) y Otsuka (*op. cit.*, nota 13, pp. 39-40) advierten sobre las complejidades que entrañan esas inferencias. Para una discusión general de esta cuestión, *Cfr.* Lomasky, Loren, "Libertarianism at Twin Harvard", *Social Philosophy and Policy*, vol. 22, núm. 1, 2005, pp. 178-199.

[15] *Cfr.* Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.

o indirectamente, los recursos necesarios para expresar esas críticas, como el papel y los canales de radio y televisión (hoy en día podríamos agregar el acceso a Internet). El argumento de Friedman constituye una aplicación al mercado de la comunicación de una proposición más general de la teoría económica: en un mercado libre, el objetivo primario del vendedor es maximizar sus ganancias, no premiar o castigar las opiniones políticas de los consumidores. La propiedad privada de los medios de comunicación y de los insumos que éstos emplean[16] da a los propietarios incentivos económicos, no ideológicos, para difundir una idea: quien emplea criterios ideológicos para otorgar espacios en los medios de comunicación pierde mercados en relación con quien sólo está interesado en llegar al público (y así contar con más publicidad, a su vez guiada por el afán de maximizar ganancias). Para Friedman, un gobierno que controla los medios de comunicación puede ignorar impunemente los costos de difundir ideas contrarias a las demandas del público, ya que, a diferencia del empresario privado, el gobierno puede utilizar la coerción (impuestos o emisión de moneda de curso forzoso) para proveerse de recursos. Por el contrario, en un mercado desregulado de medios de comunicación, las probabilidades de que cualquier idea, incluso las más impopulares, se difunda son mayores, ya que los empresarios maximizan sus ganancias respondiendo a todas las demandas, incluso las de los nichos de mercado más extravagantes. La lógica de este proceso es la misma que la que explica que en un mercado libre la variedad de colores, telas y dibujos de las corbatas sea mayor que en un régimen en el que un burócrata o una mayoría de votantes deciden qué tipos de corbatas se producirán.[17]

El pesimismo de Hayek y Friedman sobre el destino de las libertades individuales en economías centralmente planificadas se vio ampliamente confirmado por la opresión, en algunos casos de proporciones genocidas, que caracterizó a los regímenes comunistas.[18] Sin embargo, ese pesimismo

[16] Sobre la importancia para la libertad de expresión de un mercado libre de ondas radiales y televisivas, *Cfr.* Hazlett, Thomas, "The Dual Role of Property Rights in Protecting Broadcast Speech", *Social Philosophy and Policy*, vol. 15, núm. 2, 1998, pp. 176-208.

[17] *Cfr.* Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom,* Chicago, University of Chicago Press, 1962, pp. 7-17.

[18] *Cfr.* Courtois, Stéphane; Werth, Nicolas; Panne, Jean-Louis; Paczowski, Andrezj; Bartosek, Karel; y Namolin, Jean-Louis, *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, trad. al inglés de Kramer, M. y Murphy, J., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999. La correlación positiva entre protección de la propiedad privada y democracia liberal estable está fuertemente sugerida si consideramos qué países poseen más "libertad económica", según el informe del Fraser Institute (*http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/*

parece exagerado si consideramos el relativamente alto grado de protección de las libertades civiles, el pluralismo político y los procedimientos democráticos exhibidos durante décadas por estados de bienestar y mercados moderadamente regulados tales como Estados Unidos, Canadá y los países de Europa occidental. A la inversa, el optimismo acerca de la relación entre, por un lado, la libertad económica, y, por otro, la libertad política y las libertades individuales parece desautorizado por casos como los de la Inglaterra victoriana, donde altos grados de libertad económica coexistieron con limitaciones importantes al sufragio (aunque no significativamente a la libertad de expresión), y el actual Singapur, donde una gran libertad económica coexiste con restricciones significativas a la libertad de expresión. Los hechos parecen sugerir, pues, que la posición de Hayek y Friedman es más defendible como una tesis acerca del *umbral* de intervencionismo económico pasado el cual los *derechos democráticos*, es decir, los derechos a elegir y a ser elegido en un clima de pluralismo político en el que no existen premios o castigos importantes, directos o indirectos, por expresar opiniones políticas, desaparecen. Los regímenes comunistas claramente pasaron ese umbral, pero no los estados de bienestar predominantes en las democracias liberales desarrolladas. En cuanto a la libertad de expresarse en general, y no meramente en campañas electorales y otras actividades consustanciales a las elecciones libres presupuestas por todo régimen democrático, los hechos parecen sugerir que la posición de Hayek y Friedman es más defendible como una tesis acerca de la *correlación positiva* entre propiedad privada, especialmente de los medios de comunicación, y las oportunidades de expresar opiniones sin premios o castigos importantes, directos o indirectos. Por ejemplo, en la medida en que un gobierno establece sanciones por difamación y regímenes de licencias que desalientan o impiden la difusión de ciertas ideas, está restringiendo el derecho de propiedad privada sobre los medios de comunicación afectados. Por supuesto, en esta tesis "propiedad privada" quiere decir "propiedad plena", en el sentido de Honoré (ver sección I), y éste es también el sentido que presumiblemente tienen las expresiones "propiedad privada", "mercado libre" y "capitalismo" en los argumentos de Hayek y Friedman sobre la conexión entre propiedad privada (o mercados libres, o capitalismo) y libertad individual.

Algunos autores aducen que una combinación entre propiedad privada e intervención estatal podría ser mejor para las libertades individuales y

---

EFW2011_complete.pdf, consultado el 27/5/12) y qué países garantizan mejor los "derechos políticos y libertades civiles", según el informe de Freedom House (*http://www.free domhouse.org/report-types/freedom-world*, consultado el 27/5/12).

políticas que los mercados totalmente libres.[19] Esa combinación sería necesaria para evitar la concentración de poder económico que producirían los mercados totalmente libres, una concentración que haría el ejercicio de esas libertades más vulnerable a las presiones de quienes cuentan con un poder económico desproporcionado. El poder económico podría usarse, por ejemplo, para manipular los mercados laborales en función de las convicciones políticas de los trabajadores, para condicionar los contenidos de la enseñanza comprometiendo la libertad académica, o para acaparar espacios en los medios en detrimento de las posibilidades de usar esos medios para difundir ciertas ideas. Esta línea de argumentación depende de que sea posible evitar la arbitrariedad de las intervenciones estatales destinadas a eliminar esas influencias nocivas del poder económico privado. Pero esta posibilidad ha sido cuestionada por dos razones. En primer lugar, no hay manera de formular las reglas o estándares que esas intervenciones estatales deberían cumplir para que, en la práctica política y judicial el ciudadano no quede a merced de los gobernantes. Si el estado posee amplios poderes tributarios y regulatorios, las puertas quedan abiertas para que los éxitos y fracasos económicos de los ciudadanos dependan de si apoyan o critican a las autoridades políticas, en lugar de reflejar su capacidad de poner productos mejores y más baratos a disposición de los consumidores.

Veamos un ejemplo. Existe considerable desacuerdo entre los economistas sobre cuándo, en un mercado real, una firma es un monopolio. Aun si los legisladores y jueces que tienen que sancionar o aplicar leyes antimonopólicas sólo tomaran decisiones consistentes con las posiciones de los especialistas (una suposición que algunos considerarían heroica), el amplio espectro de posiciones que éstos exhiben otorgaría a legisladores y jueces un alto grado de discrecionalidad. En consecuencia, tanto los grupos económicamente poderosos como el gobierno mismo u organizaciones paragubernamentales (como sindicatos u organizaciones profesionales fuertemente reguladas y financiadas por el estado) predeciblemente invertirán tiempo y dinero para asegurar que la discrecionalidad legislativa o judicial opere en su propio beneficio. La forma específica que asuma esa inversión (votos de trabajadores de industrias reguladas, apoyo económico a campañas electorales, varias formas de corrupción, etc.) depende de los detalles del régimen político, incluyendo las penas por cohecho y las probabilidades de detectar infractores y castigarlos. La teoría económica de la captura de

[19] Un representante de esta posición, con especial referencia a la libertad de expresión, es Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, pp. 3-4.

los organismos regulatorios, según la cual la regulación tiende a proteger de competidores a las firmas sujetas a regulación ya que éstas por lo general ejercen una influencia desproporcionada en la conformación y decisiones de los organismos regulatorios, brinda apoyo a esta idea de que el uso del poder político para contrarrestar el poder económico es contraproducente si el objetivo es reducir la concentración de poder.[20]

Otra razón que se ha esgrimido para dudar de que el intervencionismo estatal pueda reducir el poder económico privado sin generar a su vez mayor concentración de poder es que la premisa del argumento intervencionista, a saber, que ciertos mercados privados tienden al monopolio, está lejos de ser obvia. No es fácil encontrar ejemplos de genuinos monopolios en mercados en los que *la entrada de competidores, internos o externos, no esté legalmente obstaculizada*. Pero incluso si hubiera un monopolio, en el sentido de un único proveedor de un cierto bien, ello no implicaría que no compita con *todos los demás bienes* de la economía. Si, por ejemplo, una única firma produjera yates, tendría que ponerles un precio que haga esos yates más atractivos para el potencial consumidor que los automóviles, los viajes en avión, las cenas en restaurantes, y todo lo demás que el consumidor compraría por ese dinero; por encima de ese precio, la firma desaparecería del mercado. En la sección II.4 tendré ocasión de agregar algunas reflexiones sobre los monopolios en el contexto de los argumentos eficientistas en favor o en contra del derecho de propiedad.

Muchas propuestas para regular monopolios (por ejemplo imponiéndoles un precio máximo) padecen de un defecto lógico, ya que infieren de (a) la afirmación de que una regulación sería eficiente en un mundo que satisface ciertas condiciones teóricas *inmodificables* para que la firma sea un monopolio (b) la afirmación de que esa misma regulación sería eficiente en un mundo en el que esas condiciones teóricas cambian debido a la existencia misma del monopolio (o para ser más precisos, la existencia de una aproximación a lo que en los modelos teóricos se llama "monopolio"). En efecto, como señalo en otro lugar, la existencia misma de un monopolio genera incentivos para alterar las condiciones bajo las cuales no es rentable competir con el monopolio. Si bien la satisfacción de las condiciones teóricas para que haya monopolio implica deductivamente que no es rentable competir con él, es falaz concluir que no es rentable invertir en la alteración de las condiciones teóricas mismas. Por ejemplo, en un régimen jurídico que protege la propiedad intelectual, los programas de computación

[20] *Cfr.* Stigler, George J., "The Theory of Economic Regulation", 1971, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1971, pp. 3-21.

tienen características monopólicas. Pero son precisamente esas características, y los "altos" precios que ellas permiten cobrar, las que hacen rentable invertir en el desarrollo de programas alternativos, en la esperanza de capturar durante algún tiempo las ganancias extraordinarias de un nuevo monopolio. En general, en un mercado sin restricciones legales a la entrada de competidores, las ganancias extraordinarias que caracterizan a los monopolios alientan el progreso tecnológico que termina por desestabilizarlos.[21]

Los párrafos precedentes examinaron si la propiedad privada limita o concentra el poder económico o político. Los argumentos analizados se basaron en correlaciones empíricas muy generales. Nozick defiende la tesis todavía más general, que podría interpretarse como una tesis más conceptual que empírica, según la cual la propiedad privada es necesaria para la libertad individual. Nozick propone una "teoría intitular" (*entitlement theory*) de la justicia distributiva, que él enuncia del siguiente modo:

> 1. Una persona que adquiere una propiedad [*holding*] de acuerdo con el principio de justicia en la adquisición [es decir, el principio que exige no empeorar la situación de los demás, expuesto en la sección II.1] es titular de esa propiedad.
> 2. Una persona que adquiere una propiedad de acuerdo con el principio de justicia en la transferencia [según el cual las transferencias de títulos son legítimas si y sólo si son voluntarias] es titular de esa propiedad.
> 3. Nadie tiene títulos sobre una propiedad salvo por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2.
> El principio completo de justicia distributiva simplemente diría que una distribución es justa si cada uno es titular de las propiedades que posee en esa distribución.[22]

La teoría intitular propone, en un lenguaje jurídico, de títulos, el tipo de organización social que en el lenguaje económico habitualmente llamamos "mercado libre". Para formular con precisión su argumento en favor de la teoría intitular, Nozick propone llamar "pauta" (*pattern*) a cualquier regla distributiva que confiera títulos de propiedad en función de ciertas características del propietario (su trabajo, su productividad, su patriotismo, etc.) o en función de las relaciones entre la cantidad y/o calidad de las propiedades de diferentes personas. Las teorías meritocráticas de la justicia son un ejemplo de teoría pautada basada en características de los propietarios (por ejemplo, "A cada cual según su trabajo"), y las teorías igualitarias de la justicia son un ejemplo de teoría pautada relacional donde la relación rele-

[21] *Cfr.* Pincione, Guido, "The Constitution of Nondomination," *Social Philosophy and Policy*, vol. 28, núm. 1, 2011, pp. 261-289. Sobre el ejemplo de "competencia serial" en la industria del *software*, *Cfr.* Friedman, David, *Law´s Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters,* Princeton, NJ, Princeton University Press, 2000, p. 259.

[22] Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 8, p. 151, traducción mía.

vante es algo así como "tener la misma cantidad que los demás, a igual calidad". Nozick señala que las teorías de la justicia distributiva que avalan restricciones a los mercados libres son pautadas, mientras que la teoría intitular no lo es, ya que los principios 1-3 enunciados más arriba pueden generar cualquier distribución, y por ende no garantizan la satisfacción de ninguna regla distributiva de la forma "A cada cual según su *X*" ni de ninguna regla distributiva relacional.[23]

Nozick formula del siguiente modo su crítica a las teorías pautadas. Imaginemos, dice, una sociedad regida por una pauta cualquiera; por ejemplo, una pauta que exige una distribución igualitaria de la riqueza. Imaginemos también que en esa sociedad vive Wilt Chamberlain, el famoso basquetbolista norteamericano que brilló en las décadas de los 60 y los 70. En esa sociedad imaginaria, Chamberlain es, por hipótesis, tan rico (o pobre) como los demás. Imaginemos ahora que Chamberlain se compromete contractualmente a jugar para un club de básquet a cambio de una cuarta parte de las recaudaciones obtenidas cuando el equipo juega en casa. Ese contrato es totalmente voluntario, como también lo son las posteriores compraventas de entradas para ver los partidos en los que juega Chamberlain. Más aún, en todos esos contratos las partes se despojan voluntariamente de recursos de los que eran propietarios en la distribución igualitaria inicial: Chamberlain cede parcialmente su derecho de autopropiedad al obligarse a usar su cuerpo para jugar partidos de básquet en los días y lugares especificados en el contrato, los espectadores entregan al club parte de su dinero a cambio de las entradas, y los propietarios del club permiten usar sus instalaciones a los jugadores y el público durante los partidos. Tras varios partidos en casa, Chamberlain es mucho más rico que la mayoría de los demás.

Nozick señala que la distribución pautada inicial, que imponía una distribución igualitaria de la riqueza, fue "desestabilizada" (*upset*) por la libertad, y concluye que la única manera de preservar una distribución pautada es interfiriendo continuamente con la libertad de las personas. Sólo la teoría intitular es compatible con la libertad individual, ya que la teoría intitular incorpora la libertad individual en su propia formulación: recuérdese el principio de justicia en la transferencia (2), enunciado más arriba. En suma, mientras que todas las teorías pautadas de la justicia distributiva son vulnerables al argumento ilustrado por el ejemplo de Chamberlain, una asignación exhaustiva de derechos de propiedad, y el mercado libre que ello implica, respetan la libertad individual.

[23] *Ibidem*, pp. 155-160.

El argumento de Nozick fue objeto de críticas variadas. Thomas Nagel señala que Nozick ilegítimamente presupone que Chamberlain cuenta con un permiso moral para transferir cosas sobre las cuales tiene "títulos absolutos". La noción de título absoluto que Nagel usa es muy similar, si no idéntica, a la noción de propiedad plena, en el sentido de Hohfeld (ver sección I). Nagel señala que uno puede ser propietario de una cosa, en un sentido perfectamente natural de la palabra "propietario", sin tener un título absoluto sobre esa cosa. En otras palabras, un propietario puede tener, en relación con esa cosa, sólo algunos de los incidentes hohfeldianos que definen la propiedad plena. Un propietario (de nuevo, en un sentido muy natural de la palabra "propietario") puede, por ejemplo, estar sujeto a ciertas restricciones legales a la libertad contractual (por ejemplo, precios mínimos o máximos) o tener obligaciones de pagar impuestos por encima de lo que se requiere para mantener el "estado mínimo" propuesto por Nozick.[24] Estas restricciones no le impiden seguir controlando, en un sentido también natural de "controlar", la cosa en cuestión. Cuando tomamos en serio ese control, advertimos, según Nagel, que una teoría pautada de la justicia distributiva no tiene por qué ser incompatible con la libertad individual. Las personas conservan la libertad de intercambiar sus propiedades, dentro de los límites fijados por el sistema legal, límites que resultan necesarios para preservar la pauta en cuestión; por ejemplo, luego de pagar los impuestos o por debajo de los precios máximos destinados a implementar esa pauta, las personas conservan su libertad contractual. Nagel concluye que los títulos absolutos que Nozick presupone requieren una defensa que Nozick no provee, ya que la libertad, o por lo menos un grado considerable de libertad (entendida a la manera de Nozick, como libertad contractual) puede coexistir con esquemas redistributivos o regulatorios que dejen a los mercados un margen de actuación significativo.

La crítica de Nagel apunta, pues, a un falso dilema entre títulos absolutos, que son compatibles con la libertad, y ausencia de títulos (provocada por las continuas interferencias que, según Nozick, hacen falta para preservar una pauta distributiva). Nagel cree que uno puede escapar de este dilema proponiendo títulos de propiedad más limitados que los que Nozick presupone y que tendrían por objeto implementar una pauta distributiva.

[24] Nagel, Thomas, "Libertarianism without Foundations", en Paul, Jeffrey (comp.), *Reading Nozick*, Totowa, NJ, Rowman and Littlefield, 1981, pp. 191-205. Ver, en la misma dirección, Wenar, Leif, *op. cit.*, nota 1, pp. 201-202; y Nagel, Thomas y Murphy, Liam, *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, New York, Oxford University Press, 2002, especialmente cap. 2, sección VII.

Es difícil evaluar la crítica de Nagel ya que no es totalmente claro si el concepto de pauta que él tiene en mente es exactamente el mismo que Nozick ataca con el ejemplo de Chamberlain. Nagel parece pensar que al menos ciertas pautas pueden ser implementadas por redistribuciones impositivas y otros mecanismos coercitivos sin que ello importe un abandono de la idea de mercados esencialmente libres. Cuánto mercado y cuánta redistribución son compatibles con un grado aceptable de libertad individual son preguntas que remiten a complejos problemas empíricos y conceptuales; entre estos últimos está el problema de identificar una concepción atractiva de la libertad, problema al que dedicaré la sección siguiente.

Si bien Nagel rechaza la tesis nozickeana de que la única alternativa a la teoría intitular de la justicia es la negación *total* de la libertad, parece concederle a Nozick que las transacciones voluntarias de títulos de propiedad (aunque no necesariamente propiedad plena) constituyen ejercicios permisibles de la libertad individual. Otros autores no están dispuestos a hacer esa concesión. G. A. Cohen escribe que "un socialista puede sostener que [cada compra de una entrada para ver a Chamberlain] no es una negociación que gente informada tendería a hacer en una sociedad igualitaria", ya que no consentirían que Chamberlain adquiera mucho más poder que los demás como consecuencia de esas transacciones.[25] La fuerza de esta crítica depende de dos supuestos: (a) que el mercado tiende a formar monopolios suficientemente grandes y en ramos suficientemente vitales como para explotar a los consumidores o influir desproporcionadamente en las políticas públicas, y (b) que es posible evitar que el poder político necesario para bloquear los efectos indeseables indicados en (a) (por ejemplo, a través de leyes antimonopólicas y regulaciones destinadas a proteger al consumidor) se transforme en una fuente de arbitrariedad y dominación peor que la que ese poder estaba destinado a contrarrestar. En otro lugar he cuestionado ambos supuestos por razones que reseño a continuación.[26] El supuesto (a) enfrenta la objeción que expuse anteriormente en esta sección. La idea intuitiva de que el monopolio afecta la libertad porque el consumidor "queda a merced" del monopolista sólo puede tener alguna fuerza cuando el producto ofrecido por el monopolista es vitalmente necesario para el consumidor; el explorador que, tras consumir toda su agua, se topa con el dueño del único oasis en un extenso desierto ilustra esta posibilidad. Pero es virtualmente imposible encontrar monopolios en mercados en los que la entrada de competidores no esté legalmente obstaculizada. Es cierto que

[25] *Cfr.* Cohen, Gerald A., *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 25.

[26] *Cfr.* Pincione, Guido, *op. cit.*, nota 21, pp. 261-289, especialmente pp. 283-286.

los mercados pueden ser más o menos competitivos, y que la libertad de elección del consumidor puede ser en consecuencia mayor o menor. Pero también es cierto, como vimos, que las restricciones más severas a la libertad resultan de políticas públicas que protegen a ciertas firmas de la competencia, más que a una tendencia espontánea de los mercados a crear monopolios *duraderos*.[27]

Mis reservas sobre el supuesto (b) en el argumento de Cohen, según el cual el poder regulatorio antimonopólico no engendra más dominación que los monopolios mismos, se deben a mi escepticismo sobre la posibilidad de controlar el poder político para que cumpla con esa misión. Ya vimos más arriba en esta sección que la teoría de la captura brinda apoyo a ese escepticismo. Podría pensarse que normas constitucionales que obliguen al gobierno a "garantizar la competencia" o "la libertad de elección", u otras normas similares, impedirían que el gobierno hiciera mal uso de sus facultades antimonopólicas. Pero es obvio que los conceptos empleados en esas normas se prestan a una amplia gama de interpretaciones, razón por la cual pierden efectividad como límites a la arbitrariedad gubernamental. Por supuesto, es posible imaginar *legislación* bastante precisa y unívoca, pero personas razonables pueden tener opiniones ampliamente divergentes sobre qué legislación precisa y unívoca cumple mejor con esas disposiciones constitucionales. Tribunales guiados por un test de razonabilidad interpretativa no pueden, por consiguiente, declarar inconstitucional ninguna de esas leyes. Pero esto equivale a decir que desaparecen las vallas constitucionales al ejercicio arbitrario de facultades legislativas. Paradójicamente, entonces, la invocación de libertades, derechos y otros conceptos que en la tradición del constitucionalismo liberal clásico perseguían el objetivo de limitar el poder bien pueden incrementarlo. El peligro de arbitrariedad gubernamental es todavía mayor cuando las declaraciones constitucionales de derechos y libertades generan conflictos en su aplicación a casos particulares. Por ejemplo, una constitución que garantiza derechos a la propiedad privada y a la libertad de expresión podría ser invocada para sostener que los propietarios de papel, estudios de televisión y otros medios de expresión ejercen legítimamente sus derechos de propiedad sobre esos recursos cuando impiden que otros los usen para difundir ciertas ideas: el derecho de propiedad prevalece aquí sobre el derecho a expresarse libremente. Pero esa misma constitución podría también ser invocada para obligar a esos

[27] Recuérdense mis observaciones, en esta misma sección, sobre el papel de la tecnología en la desestabilización de monopolios.

propietarios a otorgar espacios a terceros para que difundan sus ideas: el derecho de propiedad cede aquí frente el derecho a expresarse libremente. Este ejemplo ilustra el peligro de facilitarle al gobierno una retórica constitucional para justificar permisos o prohibiciones, según la conveniencia política aconseje, para difundir expresiones políticas. Pero el punto puede generalizarse: cualquier intento de controlar el poder gubernamental mediante sistemas de derechos y libertades que pueden estar en conflicto en casos particulares debe otorgar al gobierno una facultad de sopesar en esos casos la importancia relativa de esos derechos y libertades. El ejercicio de esa facultad es necesariamente arbitrario cuando el gobierno puede elegir dentro de la amplia gama de soluciones que satisfacen el estándar de razonabilidad que predeciblemente adoptarán tribunales cuya composición y funcionamiento es fuertemente sensible al peso relativo de las fuerzas políticas que oficialmente deben controlar.[28]

Es interesante preguntarse si el argumento basado en la historia de Chamberlain muestra que la teoría intitular es la única teoría de la justicia inmune a la objeción de que la libertad desestabiliza las pautas distributivas. Martín Hevia y Ezequiel Spector contestan negativamente esta pregunta. A diferencia de la crítica de Nagel a Nozick, el argumento de Hevia y Spector no depende del dudoso supuesto de que una pauta distributiva que admite un cierto ámbito de libertad contractual no es susceptible de desestabilización por intercambios voluntarios. Hevia y Spector imaginan una teoría (la "teoría estrafalaria [*bizarre*] de la justicia") idéntica a la teoría intitular salvo por el hecho de que autoriza transferencias de títulos no consentidas, aunque tampoco violentas. Hevia y Spector observan que, a pesar de no ser una teoría pautada (no llena el blanco en la fórmula "A cada cual según su ____" ni es formulable relacionalmente), esa teoría es incompatible con la libertad individual, tal como Nozick la entiende.[29] En efecto, la teoría habilita continuas interferencias con la libertad de usar y disponer de la propiedad. Hevia y Spector muestran, pues, que el argumento basado en el caso de Chamberlain no selecciona unívocamente la teoría intitular. Sin embargo, queda en pie la crítica de Nozick a las teorías

[28] Por supuesto, este párrafo plantea problemas de interpretación constitucional e incentivos perversos en la toma de decisiones políticas que requieren elaboración. Para una presentación más detallada, véase Pincione, Guido, *op. cit.*, nota 21. Para una interesante propuesta de un "jurado constitucional" elegido por sorteo entre todos los ciudadanos, y por ende inmune a las presiones políticas usuales, *Cfr.* Spector, Horacio, "The Right to a Constitutional Jury", *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, pp. 111-123.

[29] Hevia, Martín y Spector, Ezequiel, "The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick's Argument," *Social Theory and Practice*, vol. 34, núm. 4, 2008, pp. 533-549.

pautadas: si bien no todas las teorías no-pautadas preservan la libertad, todas las teorías pautadas la eliminan. La concesión de que la teoría intitular no es la única teoría inmune al argumento basado en Chamberlain no parece afectar gravemente a la teoría intitular, si su competidor es una teoría tan poco atractiva, al menos en términos de libertad y eficiencia, como la teoría estrafalaria.

El pensamiento político comúnmente denominado "liberal clásico" ve en la propiedad un ámbito de actuación soberana del propietario, al abrigo de interferencias de otros. La concepción de la libertad que subyace a esta línea de argumentación ha sido llamada "negativa", esto es, libertad como ausencia de interferencia, para distinguirla de la libertad "positiva", que en una de sus caracterizaciones usuales consiste en la capacidad efectiva de hacer cosas que el agente desea o valora.[30] Las justificaciones de la propiedad privada que apelan al valor de la libertad sostienen por lo general que (a) en un régimen de propiedad privada, un mendigo es libre a pesar de su relativamente escasa libertad positiva (su falta de dinero le impide realizar la mayor parte de las acciones que los demás pueden realizar), y (b) el único valor que un régimen jurídico-político debe promover es la libertad negativa.[31] Ambas afirmaciones han recibido críticas. A muchos les resulta contraintuitiva la afirmación (a), ya que la libertad de que goza el mendigo que no está siendo interferido por otros parece mucho menor que la libertad de que dispone la mayoría de la gente. Pero incluso aquellos autores que dirían que ese mendigo es libre verían muy implausible (b), ya que la libertad de que goza ese mendigo parece menos valiosa que la libertad de alguien que, además de no ser interferido por otros, puede hacer muchas cosas que no están al alcance del mendigo. Para esos autores, redistribuir la riqueza, con la reducción en los derechos de propiedad privada que ello entraña (por ejemplo, altos impuestos y regulaciones tales como el salario mínimo), es necesario para incrementar la libertad positiva global, y especialmente la de aquellos más pobres, que carecen de esa libertad.[32]

[30] La distinction clásica entre libertad negativa y libertad positiva está en Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969. Una nueva edición, con correcciones, es Berlin, Isaiah, *Liberty*, Hardy, H. (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2002.

[31] Para un valioso y detallado análisis de las dos concepciones de la libertad, *Cfr.* Spector, Horacio, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

[32] Para una discusión crítica de esta línea argumental, ver Lomasky, Loren, "Reflections on Clashing Liberalisms," en Pincione, Guido y Spector, Horacio (comps.), *Rights, Equality, and Liberty: Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures*, Dordrecht, Kluwer, 2000.

Los supuestos empíricos de esta posición han sido cuestionados. Por ejemplo, la redistribución impositiva como medio de incrementar la riqueza de los más pobres de modo sostenible en el tiempo ha sido atacada por generar incentivos para no trabajar y, más generalmente, para reunir las condiciones requeridas por la ley para beneficiarse de un programa de ayuda a los pobres, con lo cual el número de pobres aumenta en lugar de disminuir. Obviamente, el aumento en el número de pobres hace crecientemente difícil mantener los niveles iniciales de redistribución. A estos efectos adversos hay que agregar que la redistribución desalienta los incentivos para invertir y con ello obtener las ganancias sobre las cuales los impuestos redistributivos recaen.[33]

Una posición generalizada entre los filósofos es que privilegiar la libertad positiva sobre la negativa abre la puerta a políticas redistributivas. El defensor de la propiedad privada podría intentar evitar esa conclusión insistiendo en la primacía de la libertad negativa, evitando de este modo que su argumento dependa de las contingencias empíricas indicadas en el párrafo precedente. Sin embargo, Cohen formula una poderosa objeción a la idea misma de que respetar la propiedad privada garantiza la libertad negativa, y que en consecuencia los pobres en un sistema de propiedad privada no carecen de libertad negativa sino, en todo caso, de libertad positiva. Para Cohen, la falta de dinero es falta de libertad negativa, ya que el dinero destraba las potenciales interferencias que los propietarios, o la policía, podrían legalmente poner en marcha contra intentos de usar propiedad ajena.[34] El dinero nos permite comprar cosas cuyo uso estaba potencialmente interferido por sus propietarios o por la policía encargada de hacer respetar los derechos de esos propietarios. Por consiguiente, la pobreza (que obviamente es lógicamente compatible con el respeto irrestricto del derecho de propiedad) es, para Cohen, ausencia de libertad negativa: en un mundo de propietarios, el pobre sufrirá continuas interferencias de los propietarios del mundo externo, o de la policía, tan pronto como quiera hacer uso de casi (dependiendo de su nivel de pobreza) cualquier cosa, ya que no tiene el dinero que hace falta para comprarla. Es cierto que el pobre se encuentra enormemente limitado en su repertorio de acciones y en la realización de planes de vida valiosos; en otros términos, en su libertad positiva. Pero su magra libertad positiva resulta de continuas (potenciales)

[33] *Cfr.*, por ejemplo, Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., "Public Choice and Constitutional Order," en Gwartney y Wagner (comps.), *Public Choice and Constitutional Economics*, Londres, Jai Press, 1988, pp. 51-54.

[34] *Cfr.* Cohen, Gerald A., "Freedom and Money", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 1, 2000, *http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=4523&id_item_menu=5858*.

interferencias con sus (potenciales) usos del mundo externo; en otros términos, de su falta de libertad negativa. Es importante advertir la naturaleza conceptual, no empírica, de estos argumentos: ellos muestran que defender la propiedad privada alegando que ella implica *lógicamente* (como algo distinto de una relación causal o empírica) ausencia de interferencia de los no-propietarios con el uso de cosas por sus propietarios pasa por alto que otra consecuencia *lógica* de la propiedad privada es la autorización de la interferencia de los propietarios (o de la policía) con los usos que los no-propietarios quieran hacer de las propiedades de aquéllos. Por supuesto, como el propio Cohen admite, estas verdades conceptuales, que ponen de manifiesto deficiencias en las defensas puramente conceptuales de la conexión entre propiedad privada y libertad negativa, dejan en pie la posibilidad de que, *por razones empíricas*, un régimen de propiedad privada minimice la interferencia agregada en la sociedad, y en particular la interferencia con los planes de vida de las personas.[35]

Una manera obvia de defender la tesis empírica de que la propiedad promueve la libertad negativa consiste, en primer lugar, en mostrar que la prosperidad general de una sociedad está positivamente correlacionada con la protección de la propiedad privada. Esa correlación ha sido establecida empíricamente.[36] En segundo lugar, es plausible sostener que la prosperidad *general* está directamente relacionada con la libertad negativa total en la sociedad, ya que, como vimos en el párrafo precedente, cuanta más riqueza hay (cosa que puede ser medida por el poder adquisitivo del dinero), menos interferencia hay. Finalmente –y esto es lo más difícil–, habría que mostrar que la correlación positiva entre protección de la propiedad y libertad negativa total se extiende a todo lo largo del espectro que va desde la ausencia completa de propiedad privada a una asignación exhaustiva de derechos de

[35] John Gray critica a su vez el uso que hace Cohen de argumentos puramente conceptuales contra la tesis de que el "proletario" (es decir, el trabajador que no posee "medios de producción") es sin embargo libre. *Cfr.* Gray, John, "Against Cohen on Proletarian Unfreedom", *Social Philosophy and Policy*, vol. 6, núm. 1, 1988, pp. 77-112.

[36] Véanse los índices de libertad económica publicados por Frazer Institute *(http://www.freetheworld.com)* y Heritage Foundation/Wall Street Journal (*http://www.heritage.org/index/default*). Recuérdese, una vez más, que estoy utilizando el concepto de propiedad que Honoré llama "propiedad plena¨ (ver sección I). Es razonable suponer que los índices presuponen ese concepto de propiedad, ya que cuentan variables tales como los controles de precios y la incidencia tributaria como restricciones a la "libertad económica", es decir, a lo que llamo en el texto "protección de la propiedad privada". Para una discusión de la libertad basada en varios índices de libertades económicas y civiles, véase Gaus, Gerald, *The Order of Public Reason*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 511-521.

propiedad privada. La dificultad de este punto deriva de que no tenemos datos sobre la prosperidad que exhiben sociedades regidas por mercados absolutamente libres, sencillamente porque tales sociedades no existen. Es tentador inferir, por extrapolación, que, si tales sociedades existieran, serían todavía más prósperas que las sociedades más prósperas que conocemos, que según los datos citados anteriormente protegen más la propiedad privada que otras sociedades. Pero los datos son también consistentes con la hipótesis de que algunos de los tipos de intervención en los mercados que se observan en esas sociedades solucionan fallas de mercado que, como veremos en la sección II.4, impedirían que la sociedad sea todo lo próspera que podría ser.

3. *El derecho de propiedad como un reflejo del peso relativo de deberes negativos y positivos*

Es común en la literatura filosófica distinguir entre "deberes negativos" (deberes de no hacer algo) y "deberes positivos" (deberes de hacer algo). Restricciones morales inmemoriales y aceptadas por todos, como el deber de no matar a una persona inocente y el deber de no robar son, por lo tanto, deberes negativos, mientras que el deber de arrojarle un salvavidas a una persona que se está ahogando es un deber positivo. Intuitivamente, los deberes negativos que tenemos son deberes de no dañar, mientras que nuestros deberes positivos son deberes de ayudar o beneficiar. Como se recordará (sección I), en el análisis hohfeldiano los deberes son correlativos de derechos; por ejemplo, mi deber de no robarle a una persona equivale al derecho de esa persona a que yo no le robe.

Los derechos en los que, según el análisis de Honoré (sección I), puede descomponerse el derecho de propiedad privada no tienen entre sus deberes correlativos ningún deber positivo, salvo aquellos contraídos contractualmente y el deber de pagar los impuestos con los que el estado financia las actividades judiciales y policiales que protegen la propiedad.[37] Así en-

[37] Algunos autores sostienen que el deber de pagar impuestos es incompatible con el derecho de propiedad. Para esta posición, a veces llamada "anarcocapitalista", la protección de los derechos de propiedad debería estar a cargo de tribunales y policías privados, es decir, creados por contratos de arbitraje, vigilancia, ejecución de penas, etc. De este modo, el impuesto, con el cual el estado obtiene coercitivamente recursos para financiar la protección de la propiedad, daría paso a un mercado privado de protección. Los anarcocapitalistas tienden a creer, también, que el mercado privado de protección, como cualquier otro mercado, funcionaría más eficientemente, y con menor corrupción, que las maquinarias burocráticas estatales encargadas de proteger la propiedad. Textos representativos de esta

tendido, el derecho de propiedad es incompatible con deberes legales de ayudar a otros, típicamente mediante impuestos destinados a financiar programas para combatir la pobreza y otros infortunios. Algunos filósofos han sostenido que las redistribuciones impositivas ignoran la supremacía de los deberes *morales* negativos sobre los deberes *morales* positivos. En otras palabras, para esos filósofos (a) el sistema jurídico debe reflejar la supremacía de los deberes morales negativos sobre los positivos, y (b) ese objetivo se logra reconociendo derechos legales de propiedad.[38]

El siguiente caso, imaginado por Judith Jarvis Thomson, parece apoyar la tesis de la asimetría moral entre deberes negativos y positivos:

> *Trasplante.* David es un gran cirujano de trasplantes. Cinco de sus pacientes necesitan nuevos órganos (uno necesita un corazón, y los otros necesitan, respectivamente, un hígado, un estómago, un bazo, y una médula), pero todos pertenecen al mismo, relativamente raro, grupo sanguíneo. Accidentalmente, David se entera de que hay un ejemplar sano que pertenece precisamente a ese grupo sanguíneo. David puede extirparle esos órganos al ejemplar sano, matándolo, e instalarlos en sus pacientes, salván-

posición son Rothbard, Murray, "Society without a State", *http://www.lewrockwell.com/rothbard/rothbard133.html*; y Friedman, David, *op. cit.*, nota 21, cap. 17. Toda la primera parte de *Anarchy, State, and Utopia*, de Nozick, es un detallado intento de refutar la tesis anarcocapitalista de la incompatibilidad entre el estado mínimo (véase sección II.2) y los derechos de propiedad.

[38] Frances Myrna Kamm imagina esta línea de argumentación, si bien su propia teoría moral no se basa en el peso relativo de deberes negativos y positivos, en Kamm, Frances Myrna, *Morality, Mortality*, vol. 2: *Rights, Duties, and Status*, New York, Oxford University Press, 1996, pp. 121-122. Hayek desarrolla *in extenso* la idea de que el *common law* (es decir, el derecho que los jueces van moldeando sobre la base de precedentes, característico de Gran Bretaña, Estados Unidos y otros países de habla inglesa) consiste en "reglas de conducta justa" ampliamente aceptadas: Hayek, Federich, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 1: *Rules and Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, pp. 94-123. Tales reglas "son negativas en el sentido de que normalmente no imponen ningún deber positivo a nadie, a menos que haya asumido esos deberes por sus propias acciones" (Hayek, Federich, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 36. Para Hayek, esas reglas de conducta justa producen en general más prosperidad que las leyes formalmente dictadas por los gobiernos. Otros ejemplos de teorías libertarias (ver sección II.1 para una caracerización general del libertarismo) que proclaman la supremacía de los deberes morales negativos, si bien con argumentos diferentes de los de Nozick y Hayek, pueden encontrarse en Lomasky, Loren, *Persons, Rights, and the Moral Community*, New York, Oxford University Press, 1987, pp. 94-100; Narveson, Jan, *The Libertarian Idea*, Philadelphia, Temple University Press, 1988, pp. 22-31 y 57-61; y Spector, Horacio, *op. cit.*, nota 31, pp. 101-151.

> dolos. Como opción, puede abstenerse de extirparle esos órganos al paciente sano, dejando que sus pacientes mueran.[39]

Thomson señala que este caso sugiere que "si David no puede elegir cortar en pedazos a uno cuando hacerlo salva a *cinco*, ¡seguramente aquellos que dicen 'matar es peor que dejar morir' quieren decir algo correcto!" (énfasis de Thomson).[40] Sin embargo, Thomson advierte que el siguiente caso sugiere una conclusión diferente:

> *Tranvía.* Un tranvía fuera de control circula a toda velocidad. En su camino, sobre las vías, hay cinco personas que morirán si el tranvía las alcanza. Bloggs es un transeúnte que accidentalmente se encuentra junto a las vías, al lado del conmutador; él puede accionar el conmutador, y de ese modo desviar el tranvía hacia un ramal a la derecha. Hay una persona sobre ese ramal a la derecha; esa persona morirá si Bloggs desvía el tranvía.[41]

Aquí parece moralmente permisible desviar el tranvía, con lo cual la tesis de la asimetría moral entre matar y dejar morir, que parecía apoyada fuertemente por *Transplante*, se debilita considerablemente: en *Tranvía*, el deber de no matar parece intuitivamente ceder frente al deber, o por lo menos el permiso, de salvar un número mayor de vidas. El par de casos *Trasplante/Tranvía* plantea lo que Thomson llama "el Problema del Tranvía": "¿Por qué es permisible salvar a cinco en *Tranvía*, pero no en *Trasplante*?"[42]

El Problema del Tranvía es un problema serio para el defensor del derecho de propiedad que cree que el sistema jurídico debería reflejar el peso relativo de deberes morales negativos y positivos. *Tranvía* parece autorizar serias infracciones de deberes negativos (a saber, matar a una persona inocente) cuando un bien presumiblemente mayor (la salvación de cinco vidas) está en juego. Esto sugiere que violaciones de un deber negativo que son menos graves que matar a una persona inocente – por ejemplo, afectar el derecho de propiedad de algunos mediante impuestos – están justificadas si producen un beneficio significativamente mayor para otros – por ejemplo, los desempleados que se beneficiarían con un subsidio al desempleo financiado con esos impuestos–.[43] Esta línea de razonamiento parece llevar a la

[39] Traducción mía de Thomson, Judith Jarvis, "Killing, Letting Die, and the Trolley Problem", en Fischer, John Martin y Ravizza, Mark (comps.), *Ethics: Problems and Principles*, Fort Worth, Harcourt, 1992, p. 70.

[40] *Idem*. Traducción mía.

[41] Thomson, Judith, *op. cit.*, nota 4, p. 176. Traducción mía.

[42] Thomson, Judith, "The Trolley Problem", *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 6, 1985, pp. 1395-1396. Traducción mía.

[43] *Cfr.* Pincione, Guido, "The Trolley Problem as a Problem for Libertarians", *Utilitas*, vol. 19, núm. 4, 2011, pp. 407-429, especialmente p. 419.

conclusión de que muchas políticas redistributivas están justificadas por reflejar el peso relativo de deberes morales negativos y positivos.

Conviene detenerse aquí en una cuestión metodológica. Cualquier solución plausible del Problema del Tranvía debe reconocer, como vimos, límites importantes al predominio de los deberes morales negativos sobre los positivos. Esa solución debe ser inmune a contraejemplos, es decir, casos (reales o imaginarios) en los que, cuando todo lo demás es igual (o sea, cuando lo único que varía es si se viola un deber negativo o un deber positivo), el agente debe proceder en contra de lo indicado por la solución propuesta. Por ejemplo, algunos filósofos han propuesto la teoría del doble efecto como solución del Problema del Tranvía. Según la teoría del doble efecto, es moralmente impermisible dañar a otro intencionalmente o como medio para alcanzar un bien mayor, pero está permitido dañar a otro como efecto colateral (es decir, previsto pero no intentado) de un curso acción dirigido a alcanzar un bien mayor. En *Tranvía*, la muerte que resulta de desviar el tranvía es un efecto colateral de una acción (accionar el conmutador) que busca salvar a cinco, por lo cual la teoría del doble efecto parece explicar que sea intuitivamente permisible, o por lo menos disculpable, el desvío del tranvía. En cambio, en *Trasplante* la extracción de órganos del paciente sano, y consiguientemente su muerte, es un medio para salvar a los cinco, por lo cual la teoría del doble efecto, de nuevo en conformidad con nuestras intuiciones pre-teóricas, prohíbe salvar a los cinco de ese modo. Si en todos los casos imaginables la teoría del doble efecto requiriera o prohibiera cursos de acción intuitivamente obligatorios o prohibidos, podríamos afirmar que la teoría es verdadera o válida. Pero más allá de si la teoría del doble efecto es verdadera o no lo es,[44] el punto que conviene tener presente aquí es que la determinación de su verdad o falsedad sólo puede alcanzarse comparando casos en los que los factores que la teoría considera moralmente relevantes (daño intentado como medio o como efecto colateral, bien mayor como fin último) están presentes, mientras todo lo demás es igual. Si los pares de casos examinados tuvieran *otras* diferencias que, al menos a primera vista, fueran moralmente relevantes (por ejemplo, diferentes números de personas salvadas o matadas, o diferencias entre los costos personales de salvar al mayor número y los costos personales de no hacerlo), no podríamos estar seguros de si el veredicto intuitivo acerca de lo que el agente debe hacer en esos casos es explicable sobre la

[44] De hecho, yo rechazo la teoría del doble efecto en *ibidem*, p. 426. Para una crítica detallada de esta teoría, véase Spector, Horacio, *op. cit.*, nota 31, pp. 101-113.

base de esos otros factores o sobre la base de los factores a los que la teoría del doble efecto otorga relevancia exclusiva.

Ahora bien, cierta manera natural de entender la idea de reflejar jurídicamente el peso relativo de deberes morales negativos y positivos encierra una masiva violación de la cláusula "todo lo demás es igual", cláusula que, como vimos en el párrafo precedente, nos permite poner a prueba teorías sobre el peso relativo de esos deberes. Supongamos, por ejemplo, que, para reflejar en el derecho el hecho de que en *Tranvía* la decisión del transeúnte de accionar el conmutador está moralmente permitida, los legisladores autorizan por ley al gobierno a "redirigir" los efectos de una recesión desde los desempleados hacia los más ricos, pagándoles a los primeros un subsidio al desempleo financiado con un impuesto especial a los segundos. Ahora bien, hay una diferencia crucial entre *Tranvía* y la sociedad regida por el sistema jurídico que estamos imaginando: en *Tranvía*, las únicas diferencias entre las alternativas que tiene el agente (accionar o no accionar el conmutador) son el desvío del tranvía en dirección a una persona, matándola, o su continuación en dirección a cinco personas, matándolas. *Por hipótesis*, ésas son las únicas diferencias entre las alternativas, de modo que alegar *otras* diferencias (por ejemplo, el hecho de que desviar el tranvía puede dar un mal ejemplo a un niño que podría estar mirando la escena, induciéndolo a accionar conmutadores en situaciones en los que no estaría justificado hacerlo) es hablar de *otro* caso. Como vimos, la cláusula "todo lo demás es igual" es necesaria para evaluar el peso relativo de deberes morales negativos y positivos. Pero claramente todo lo demás no es igual cuando lo que está en juego es *autorizar a un gobierno determinado a redirigir recesiones del modo que hemos imaginado*. Aun suponiendo que el gobierno usará lealmente ese permiso para redirigir recesiones (y no, digamos, para clientelismo político), tales medidas tendrán, en condiciones realistas, consecuencias moralmente relevantes, consecuencias que, como vimos, están excluidas por hipótesis en *Tranvía*. Por ejemplo, un subsidio al desempleo podría inducir tanto a desempleados como a contribuyentes a trabajar menos, con lo cual la producción global disminuiría y los riesgos de otras recesiones, con el consiguiente aumento de la pobreza, aumentarían.[45] Más aún, las normas jurídicas, a

[45] Dos aclaraciones son necesarias. En primer lugar, el argumento que estoy presentando no depende de que las consecuencias que imagino ocurran; basta con que haya *algún riesgo* de que esas consecuencias ocurran para que la situación sea moralmente diferente de la postulada en *Tranvía*. En segundo lugar, afirmar que tales consecuencias son moralmente relevantes no nos compromete con la posición que los filósofos morales llaman "consecuencialismo", salvo en un sentido trivial en el que virtualmente toda teoría moral plausible sería consecuencialista. Por ejemplo, la teoría consecuencialista más conocida, el utilitarismo,

diferencia de las morales, son impuestas por la fuerza (lo cual parece requerir una justificación especial) y su aplicación produce costos (policía, tribunales, incluyendo los riesgos de errores o abusos) que en muchos casos las tornan injustificables, aun suponiendo que las normas morales "reflejadas" por esas normas jurídicas son válidas. ¿Cuántas personas que creen (plausiblemente) que hay una obligación moral de donar sangre varias veces por año estarían dispuestas a proponer seriamente que sea legalmente obligatorio hacer tales donaciones?

Parece razonable concluir que el intento de justificar la propiedad con una *mera* apelación al peso relativo de deberes morales negativos y positivos fracasa. La institución jurídica que llamamos "propiedad" tiene, en sí misma o en sus consecuencias causales, rasgos moralmente relevantes que van mucho más allá de la dicotomía "deber moral negativo/deber moral positivo". Algunos de esos rasgos (la libertad contractual, las libertades individuales) han sido considerados en las secciones precedentes. En la sección siguiente, examinaré la idea de que la propiedad se justifica por generar una asignación de recursos eficiente.

4. *Propiedad y eficiencia*

Muchos filósofos y economistas sostienen que la principal razón para reconocer o establecer derechos de propiedad es que tales derechos promueven interacciones sociales mutuamente beneficiosas, por oposición a interacciones sociales que benefician a unos en detrimento de otros. Para examinar esta línea de argumentación conviene introducir algunas convenciones terminológicas.

En primer lugar, usaré las expresiones "sistema (régimen, etc.) de propiedad privada¨ y "mercado libre", o simplemente "mercado", como sinónimos. Esta sinonimia refleja un uso bastante extendido de esas expresio-

---

afirma que debemos maximizar la felicidad global. En la medida en que la felicidad global está positivamente correlacionada con la producción global, el subsidio al desempleo sería condenado por el utilitarismo si tuviera las consecuencias que señalo en el texto. Sin embargo, otras teorías morales muy diferentes del utilitarismo y (tal vez por ello) usualmente consideradas no-consecuencialistas también condenarían subsidios al desempleo que tuvieran esas consecuencias; por ejemplo, una teoría que afirmara, o implicara, que debemos minimizar la pobreza, independientemente de si ello contribuye a la felicidad global. John Rawls defendió una versión de esta última teoría en su influyente libro *A Theory of Justice,* Cambridge, MA., Harvard University Press, 1971, edición revisada en 1999, que explícitamente critica al utilitarismo y propone una teoría moral usualmente considerada no-consecuencialista.

nes, especialmente si seguimos la estipulación de usar "propiedad privada" en el sentido especificado por el análisis de Honoré (sección I), es decir, como un conjunto de derechos y obligaciones asociados a las ideas de uso exclusivo e intercambios voluntarios. En efecto, ese uso de la expresión "propiedad privada" está implícito en caracterizaciones habituales del mercado como un conjunto de intercambios voluntarios, donde los objetos intercambiados son en realidad derechos de uso exclusivo de ciertas cosas y de intercambiar o ceder total o parcialmente tales derechos mediante contratos, donaciones y legados.

En segundo lugar, debemos introducir el concepto de eficiencia, tal como es usado en la teoría económica. Se dice que una asignación de recursos es eficiente si, y sólo si, ninguna reasignación incrementa el bienestar de algunos sin disminuir el bienestar de otros. En la teoría económica, el término "bienestar" tiene a su vez una definición técnica, que para nuestros propósitos puede simplificarse diciendo que "bienestar" significa "satisfacción de preferencias", entendidas como la disposición a elegir un curso de acción cuando otros cursos de acción están disponibles. Se sigue de estas definiciones que si fuera posible satisfacer las preferencias de algunos sin frustrar la satisfacción de preferencias de otros (es decir, si fuera posible incrementar el bienestar de unos sin reducir el bienestar de otros), la asignación de recursos no sería eficiente. La reasignación de recursos que haría posible la satisfacción de las preferencias de algunos sin frustrar las preferencias de otros recibe el nombre de "mejoramiento paretiano", en referencia al economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923), que introdujo la anterior definición de "eficiencia". Finalmente, si una reasignación de recursos aumenta el bienestar de algunos y disminuye el bienestar de otros, se dice que la reasignación es "Pareto-incomparable".

Armados con estas definiciones, podemos ahora exponer un argumento clásico en favor del mercado. Imaginemos un mundo compuesto por personas que poseen las siguientes características: (i) son racionales, en el sentido de que utilizan los medios que les resultan menos costosos para alcanzar sus fines, cualesquiera sean; (ii) no tienen relaciones afectivas fuertes entre sí, salvo respecto de un círculo muy reducido de amigos, familiares y amantes; y (iii) son vulnerables a ataques de otros, pero pueden muchas veces repeler eficazmente, por sí solas o en grupos, esos ataques. Supongamos también que en ese mundo los recursos son escasos (es decir, es inevitable que algunos deseos se frustren) y que no existe ninguna protección jurídica de derechos de propiedad: no hay jueces ni policías a quienes recurrir para hacer respetar esos derechos. El filósofo inglés Thomas Hobbes

(1588-1679) imagina este mundo anárquico en su libro *Leviathan* (1651), uno de las obras más influyentes en la historia de la filosofía política.

En ese mundo, que Hobbes llama "estado de naturaleza" (término que, como vimos en la sección II.1, Locke utilizaría después para describir una situación hipotética preestatal más benigna, caracterizada por un reconocimiento, si bien imperfecto, de derechos de propiedad), las opciones que enfrenta cada persona pueden describirse del siguiente modo:

		B	
		Producir y comerciar	Saquear
A	Producir y comerciar	II, II	IV, I
	Saquear	I, IV	III, III

Figura 1. El dilema social

A y B son dos habitantes cualesquiera del estado de naturaleza hobbesiano. Cada uno de ellos enfrenta la opción entre producir, por ejemplo plantando y cosechando, y vender el excedente a otros a cambio del excedente que éstos a su vez producen. (Estas transacciones podrían facilitarse mucho si hubiera dinero, pero no hace falta introducir esta complicación en este contexto). Esos intercambios son mutuamente beneficiosos, especialmente bajo el supuesto realista de que las personas tienen habilidades, preferencias y recursos diferentes, y por consiguiente pueden especializarse en la producción de diferentes cosas. Si cada uno tiene asegurado el control sobre ciertos recursos y lo que pueda producir con ellos, tendrá incentivos para especializarse en cierta línea de producción, y en consecuencia producir más y beneficiarse de los potenciales intercambios voluntarios con personas que podrían ofrecerle productos que a su vez se especializaron en producir.[46] La alternativa, "saquear", consiste en robar, en un sentido amplio que incluye toda apropiación del producto del trabajo ajeno.

Hobbes sostiene que en el estado de naturaleza todos optarían por saquear. La figura 1 permite reconstruir su argumento usando la teoría de los juegos, una disciplina que estudia formalmente las interacciones estratégi-

[46] El argumento clásico para mostrar cómo la especialización y la división del trabajo fomentan la productividad se encuentra en Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), usualmente citado como *The Wealth of Nations*, Libro 5, cap. 1.

cas, es decir, aquellas en las que las elecciones de las personas tienen resultados que dependen en parte de las elecciones de otras personas. (La teoría de los juegos es muy posterior a Hobbes, si bien, como lo muestra su análisis del estado de naturaleza, Hobbes sin duda anticipó algunas de sus aplicaciones). Si A produce y comercia, su ganancia (*payoff*, en la terminología de la teoría de los juegos) dependerá de lo que haga B: si B saquea a A, éste quedará en la peor posición posible, ya que se tomó el trabajo de producir a cambio de nada, y B en la mejor posición posible, ya que sin trabajar terminó poseyendo lo que A había producido. Las respectivas ganancias están reflejadas en la Figura 1 en los números romanos "IV, I" del casillero nordeste de la matriz. (Las ganancias están ordinalmente representadas por números romanos, donde "I" es la ganancia más alta y "IV" la más baja. Adopto la convención, vigente en teoría de los juegos, de escribir primero la ganancia del agente cuyo nombre aparece a la izquierda de la matriz, y luego, después de una coma, la ganancia del agente cuyo nombre aparece arriba de la matriz). El resultado que A y B alcanzan si sus elecciones se invierten (es decir, A saquea y B produce y comercia) está reflejado en el casillero sudoeste: "I, IV". Si ambos producen y comercian, ambos obtienen mayores ganancias que si son saqueados ("II, II" y "III, III", respectivamente), pero las ganancias de producir y comerciar son menores que las que cada uno obtendría si no se tomara el trabajo de producir y saqueara lo que el otro produce. Finalmente, si ambos saquean sin producir nada (debemos suponer aquí, entonces, que lo saqueado es algo que la víctima del saqueo no produjo sino que encontró o a su vez obtuvo saqueando al otro), parece razonable suponer que ambos obtienen ganancias netas mayores que las que obtendrían si se tomaran el trabajo de producir algo que les será robado (III en lugar de IV), pero no tan altas como las que obtendrían si ambos produjeran y comerciaran (I).

Analicemos ahora la situación desde el punto de vista de A. Si B produce y comercia, A obtiene, como indica la Figura 1, una ganancia mayor si saquea. Si B saquea, A, de nuevo, obtiene una ganancia mayor si también saquea. En consecuencia, haga lo que haga B, A (dados los supuestos de racionalidad y autointerés adoptados tres párrafos más arriba) decide saquear. En la teoría de los juegos se dice que una "estrategia" (es decir, una elección en un contexto de interacción estratégica) es "dominante" cuando el agente ("jugador") gana más adoptando esa estrategia que adoptando cualquier otra estrategia, haga lo que haga el otro jugador. En el dilema social presentado en la Figura 1, saquear es la estrategia dominante para A. Haciendo un razonamiento similar, B concluye que su estrategia dominante también es saquear. Por consiguiente, en este "juego" A y B se saquean

mutuamente. Se dice que este resultado es un "equilibrio", ya que ninguno de los jugadores tiene incentivos para abandonar su estrategia; si lo hicieran, sus respectivas ganancias pasarían de III a IV. En este equilibrio, ambos jugadores obtienen ganancias inferiores a las que habrían alcanzado produciendo y comerciando (ambos, por hipótesis, prefieren II a III). En la terminología de la teoría de los juegos, se trata de un equilibrio "subóptimo" o "ineficiente", ya que si bien habría una mejora paretiana si A y B produjeran y comerciaran (ambos ganarían II en lugar de III), la perversa estructura de incentivos a la que están sujetos les impide generar esa mejora. Una manera de describir esta situación es diciendo que la racionalidad individual está disociada aquí de la racionalidad colectiva, siempre y cuando esta referencia a la racionalidad colectiva no nos haga perder de vista el hecho de que, *dados la racionalidad de los jugadores, el lugar que ocupa cada resultado en sus respectivos órdenes de preferencias y las estrategias disponibles, el equilibrio subóptimo es inevitable.*

El dilema social ilustra un tipo de interacción conocido en teoría de los juegos como "dilema del prisionero", ya que fue inicialmente ilustrado con un ejemplo protagonizado por dos prisioneros interrogados por un fiscal. La Figura 2 representa el dilema del prisionero en su forma general.

		B	
		Cooperar	Desertar
A	Cooperar	II, II	IV, I
	Desertar[47]	I, IV	III, III

Figura 2. El dilema del prisionero

"Cooperar" es el término que se usa para describir la estrategia que, de ser adoptada por ambos jugadores, los dejaría mejor que la otra estrategia, llamada "desertar". Por las razones que vimos, "desertar" es el equilibrio, y este equilibrio es subóptimo.

Hobbes sostiene que los habitantes del estado de naturaleza saldrían del equilibrio subóptimo en el que se encuentran si acordaran designar a un

[47] El verbo comúnmente usado en inglés para la estrategia no-cooperativa es *to defect*.

soberano absoluto que castigara la agresión física y el robo. De esta manera, Hobbes ofrece la primera justificación contractualista sistemática del estado. Al castigar la agresión física y el robo, el estado altera las ganancias del dilema del prisionero en el que todos vivían en el estado de naturaleza. Producir y comerciar le resulta ahora a cada uno más redituable que saquear, y esta nueva estructura de incentivos da lugar a una mejora paretiana respecto del estado de naturaleza.[48]

Esta argumentación eficientista para justificar derechos de propiedad ha sido refinada en las últimas décadas. David Schmidtz, por ejemplo, examina la estructura de incentivos que lleva a personas moderadamente autointeresadas (no hace falta suponer que sean tan egoístas como los habitantes de un estado de naturaleza hobbesiano) a agotar los recursos naturales cuando no existen derechos de propiedad.[49] El argumento de Schmidtz descansa en la falta de seguridad de que otros contribuirán al mantenimiento de un nivel aceptable de recursos naturales para todos: dado que es improbable que mi renuncia a sobreexplotar o sobreconsumir recursos tenga como contrapartida una renuncia similar de todos los demás, más vale que yo explote los recursos necesarios para asegurar durante el mayor tiempo posible mi propio consumo y el del pequeño círculo de personas por las que tengo un afecto especial. Por consiguiente, incluso individuos dispuestos a contribuir a un esquema de cooperación no contribuirán si no están seguros de que los demás también lo harán: contribuir sólo serviría para permitirles a esos otros individuos estar lo mejor posible en ese contexto sin que tengan que dar nada a cambio. La estructura de esta situación explica fenómenos aparentemente tan distintos como el sobreconsumo de tierras carentes de dueño (nadie se dedica a sembrar y cosechar rotativamente para maximizar el potencial productivo del suelo a lo largo del tiempo), la pesca excesiva en ciertos mares y la contaminación. En ausencia de derechos de propiedad sobre tierras, mares y aire, ningún individuo racional contribuirá a un esquema de producción agropecuaria o ictícola mutuamente beneficioso, o al mantenimiento de niveles de contaminación cuyos costos totales (producidos por los tratamientos de enfermedades causadas por la contaminación, la disminución del turismo, etc.) sean menores

[48] Mi análisis del dilema social siguió en líneas generales el análisis ofrecido en Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33, pp. 30-33. Ejemplos de análisis más detallados son Kavka, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1986; y Hardin, Russell, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2003.

[49] *Cfr.* Schmidtz, David, "The Institution of Property," en Schmidtz, David (comp.), *Creating Wealth: Ethical and Economic Perspectives*, San Diego, Cognella, 2011.

que los beneficios totales derivados de las actividades productivas que tienen como efecto colateral esa contaminación.

En estas situaciones, una asignación exhaustiva de derechos de propiedad daría incentivos a contribuir a niveles eficientes de producción. En el caso de la tierra, la implementación de esta idea es bastante obvia: bastaría con privatizarla. En el caso de los mares, la solución sería, en teoría, la misma, si bien tendría dificultades de implementación debido a reglas de derecho internacional que tratan mares y océanos como bienes sin dueño y no privatizables. La presente línea de argumentación sugiere, entonces, la revisión de esas reglas. El caso del aire es más complicado, ya que sería difícil determinar cuándo se produjo una invasión de zonas privadas del espacio aéreo (¿cuántas partículas del humo emitido por mi chimenea deben entrar en el espacio aéreo de otras personas para que ello constituya una violación de su derecho de propiedad, y cómo probar que tales violaciones de derechos tuvieron lugar?). De aquí que en la literatura sobre economía ambiental se hayan propuesto regulaciones que induzcan a las personas a comportarse como lo harían si todo el espacio aéreo hubiera sido privatizado y fuera factible hacer respetar esos derechos de propiedad sin altos costos judiciales o administrativos. Una de las propuestas más conocidas en esta dirección son los permisos de contaminación comercializables. Según esta propuesta, que se ha implementado en algunos países, el gobierno determina el nivel eficiente de contaminación, es decir, el nivel en el cual agregar contaminación produce para la sociedad en su conjunto más costos que los beneficios derivados de las actividades productivas que causan esa contaminación. (Adviértase que el nivel eficiente de contaminación no es cero: el mundo en el que vivimos es una mejora paretiana respecto del mundo en el que viviríamos si toda contaminación estuviera prohibida, ya que en este último mundo virtualmente todas las actividades productivas habrían sido erradicadas y en consecuencia el bienestar agregado neto habría disminuido drásticamente.) A renglón seguido, el gobierno reparte permisos para generar una cierta cantidad de contaminación, permisos que se pueden vender libremente. Quienes creen que podrían obtener ganancias mayores que sus costos de producción, incluyendo la suma de todos los precios que tendrían que pagar por los permisos para generar el nivel de contaminación causado por esa producción, tienen obviamente un incentivo para comprar esos permisos. Inversamente, quienes no saben cómo obtener esas ganancias netas, o por cualquier otra razón no quieren invertir en las actividades que las generan, tienen incentivos para vender sus permisos de contaminación. Por consiguiente, los permisos de contaminación

terminan en las manos de los individuos y firmas capaces de producir más a menores costos. El esquema de permisos comercializables imita al mercado que habría en un mundo en el que fuera técnicamente posible asignar derechos de propiedad sobre aire, ríos y mares, y hacer respetar a bajo costo esos derechos.[50]

Los argumentos precedentes apelan, en última instancia, a la idea de que la propiedad privada facilita las mejoras paretianas: propiedad implica eficiencia. Sin embargo, a veces el ejercicio de derechos de propiedad beneficia o perjudica a personas que no son parte en ninguna transacción de mercado. Los economistas llaman a estos efectos "externalidades" o "costos externos". Si la externalidad es un beneficio, se dice que es "positiva"; si es un perjuicio, se dice que es "negativa". Imaginemos, por ejemplo, que Pedro planta hermosas flores en su jardín y las riega todos los días; de este modo, Pedro beneficia a muchos transeúntes que se deleitan contemplando la belleza de su jardín. Pedro no les puede pedir nada a cambio, ya que, siendo la acera pública, no puede exigirles a los transeúntes un precio por contemplar su jardín. En este ejemplo, el beneficio que los transeúntes obtienen por contemplar el jardín es una externalidad positiva de los trabajos de jardinería de Pedro. Podemos normalmente inferir que a Pedro también le gusta contemplar su jardín; también puede suceder que le gusta que otros admiren su jardín. Estos beneficios explican que se tome el trabajo de plantarlo y cuidarlo. Parecería, entonces, que la presencia de externalidades positivas es una buena noticia desde el punto de la eficiencia: Pedro se beneficia ejerciendo su derecho de propiedad sobre el jardín, y con ello también beneficia a otros.

Sin embargo, el análisis económico estándar de esta situación arroja una conclusión menos halagüeña. Imaginemos que el jardín podría ser todavía más bello si las flores fueran más variadas. Ahora bien, Pedro no está dispuesto asumir los costos en tiempo, trabajo y dinero que le insumiría esa mejora de su jardín. Por hipótesis, Pedro está dispuesto a asumir los costos del jardín que tiene ahora, pero cualquier mejoramiento del jardín le traería más costos que beneficios; en la terminología de los economistas, el costo marginal de mejorar el jardín le resulta mayor que el beneficio marginal. Una proposición central de la teoría económica es que toda persona inte-

[50] Un texto representativo de la literatura sobre permisos intercambiables para contaminar es Revesz, Richard L., "Rehabilitating Inter-State Competition: Rethinking the 'Race-to-the-Bottom' Rationale for Federal Environmental Regulation," *New York University Law Review*, vol. 67, 1992, pp. 1210-1254. *Cfr.* también Mitchell, William C. y Simmons, Randy T., *Beyond Politics: Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy*, Boulder, Westview, 1994, parte III.

rrumpe una actividad cuando el costo marginal de esa actividad (es decir, el costo de continuar realizando la actividad) supera a su beneficio marginal. En otras palabras, los costos y beneficios marginales determinan la conducta, no los costos y beneficios totales, que en este caso son los costos y beneficios de la inversión ya hecha en el jardín y la que se podría agregar. El ejemplo del jardín plantea, entonces, un problema para la idea de que los derechos de propiedad asignan eficientemente los recursos. En efecto, hemos supuesto que muchos transeúntes se beneficiarían contemplando un jardín todavía más bello, a tal punto que estarían dispuestos a pagarle a Pedro para que lo mejore; y también podemos suponer que Pedro estaría dispuesto a incurrir en los costos adicionales que le traerían esas mejoras si pudiera cobrarles una cierta cantidad de dinero a quienes contemplan su jardín. Si bien cada transeúnte pagaría un cierto precio por ver un jardín más bello, prefiere aún más especular con la posibilidad de que otros transeúntes reúnan la suma que Pedro pediría para mejorar su jardín, ya que así ese transeúnte podría disfrutar gratuitamente del jardín mejorado. Esta dificultad para reunir la suma que induciría a Pedro a mejorar el jardín se agrava si suponemos, como parece realista suponer, que los transeúntes no están dispuestos a incurrir en los costos de organizarse de manera efectiva para inducir a todos los que pasan frecuentemente por esa acera a que pongan su parte en la recaudación de la suma requerida por Pedro para mejorar el jardín (por ejemplo, publicando en un blog los nombres de los que se negaron a pagar, para dañar su reputación). En esta historia, todos están ejerciendo sus derechos de propiedad (Pedro sobre el jardín, los transeúntes sobre su dinero), y sin embargo no tienen incentivos para acordar un precio por un jardín más bello que, por hipótesis, dejaría a todos mejor (recordemos: "X está mejor" en este contexto quiere decir "X satisface más sus preferencias", en este caso la preferencia por ver el jardín mejorado, aun pagando el precio, en lugar de ver el jardín en su estado actual, aun sin pagar nada). En conclusión, los derechos de propiedad no parecen conducir aquí a una asignación eficiente de recursos. Como en el dilema del prisionero, el comportamiento racional produce un resultado subóptimo.

Una réplica común a este argumento consiste en cuestionar la descripción de la situación. Es cierto que Pedro, en ejercicio de su derecho de propiedad sobre el jardín, puede negarse a mejorarlo a menos que se le pague por ello un precio que le resulte aceptable. Pero este incentivo pecuniario está ausente por la *falta* de derechos de propiedad (privada) sobre la acera desde la cual los transeúntes podrían contemplar el jardín. Recordemos que habíamos supuesto que las aceras son públicas, no privadas. Si Pedro

fuera propietario de la parte de la acera desde la cual los transeúntes podrían contemplar su jardín, Pedro estaría legalmente facultado a cobrarles un precio a los transeúntes que desearan usar esa parte de la acera. Al igual que un jardín botánico privado, Pedro tendría incentivos para vender entradas y realizar las mejoras necesarias para igualar sus costos y beneficios marginales en un punto en el que todos estarían mejor que en el régimen de aceras públicas. Por consiguiente, la objeción de que las externalidades positivas resultantes de ejercer derechos de propiedad asignan ineficientemente los recursos sólo tiene fuerza cuando la asignación de derechos de propiedad privada no es exhaustiva: en el ejemplo del jardín, las aceras no están privatizadas. Irónicamente, la objeción no logra identificar una desarmonía entre propiedad y eficiencia; antes bien, llama nuestra atención sobre la necesidad de privatizar, si la eficiencia es nuestra preocupación central. O, para decirlo más exactamente, el argumento sugiere privatizaciones *o* regulaciones que, como vimos en el caso de los permisos de contaminación comercializables, simulen los resultados a los que se llegaría mediante mecanismos de mercado si los costos de transacción fueran mucho menores. Reglas que impongan a los vecinos ciertas obligaciones de mantenimiento de sus jardines son un ejemplo de los instrumentos legales que podrían en teoría alcanzar ese objetivo. Cuál de los dos mecanismos, las privatizaciones o las regulaciones, es más eficiente es una cuestión compleja en la que los costos de *autorizar* al gobierno a regular deben, en virtud de la teoría de la elección pública (a la que haré referencia más adelante en esta misma sección y en la sección III), tenerse presentes.

Las externalidades negativas también producen ineficiencias cuando los derechos de propiedad no han sido asignados exhaustivamente. El razonamiento es estructuralmente similar al que, como vimos, lleva a concluir que las externalidades positivas asignan recursos ineficientemente. El humo que emiten las chimeneas de una fábrica afea las paredes de los vecinos y deteriora la salud pública. Ahora bien, es difícil para cada individuo calcular el valor monetario del daño que sufre como consecuencia de esos factores, y en todo caso ese daño es por lo general muy pequeño como para que ese individuo tenga incentivos para accionar judicialmente en busca de compensación. Nótese, sin embargo, que esa falta de incentivos depende, de nuevo, de la asignación de derechos de propiedad y de lo que los economistas llaman "costos de transacción", que en el presente caso incluyen los costos de calcular la posible indemnización, identificar a los contaminadores y acordar con ellos un cierto nivel de contaminación a cambio de un cierto precio. Si el aire fuera privado, y no, como supusimos, público, y no hubiera costos de transacción, los niveles de contaminación y producción totales

serían eficientes, ya que los contaminadores y las personas cuyos derechos de propiedad (incluyendo su autopropiedad) serían afectados por la contaminación podrían acordar niveles de contaminación y precios mutuamente beneficiosos con niveles de producción óptimos. Algunos párrafos atrás vimos que una manera de reflejar este resultado es otorgar permisos de contaminación comercializables. Pero también podemos imaginar otros métodos para arribar al mismo resultado. Por ejemplo, Nozick conjetura que si se admitieran demandas judiciales colectivas por daño, es decir, demandas en nombre de todos los afectados, y si los abogados tuvieran personería procesal para iniciar esas acciones y estuvieran autorizados a retener las indemnizaciones no reclamadas por sus representados, los abogados tendrían incentivos para iniciar esas demandas, ya que pocos representados tendrían a su vez incentivos para reclamar sumas de dinero muy pequeñas.[51] Este esquema persigue lo que los economistas llaman "internalización de externalidades", es decir, la situación en la que los costos y beneficios *totales* de una acción recaen sobre el agente. En el presente caso, la internalización de externalidades resultaría de una asignación exhaustiva de derechos de propiedad y bajos costos de transacción. El argumento eficientista en favor de una asignación exhaustiva de derechos de propiedad se basa, pues, en que tal asignación internaliza por completo las externalidades.

Ronald Coase presenta en su forma más general la idea, ilustrada por los ejemplos presentados en los párrafos precedentes, de que una asignación exhaustiva de derechos de propiedad internaliza las externalidades que se producirían cuando tales asignaciones son incompletas o borrosas, y por ende produce una asignación eficiente de recursos. Coase imagina el caso de un ferrocarril que arroja chispas que dañan cultivos privados adyacentes a las vías. Podría pensarse que, si el agricultor no está legalmente habilitado a accionar contra el ferrocarril por daños y perjuicios, el análisis anterior de las externalidades negativas conduce, también aquí, a una asignación ineficiente de recursos, ya que la firma ferroviaria no tendría incentivos para reducir la frecuencia de sus trenes en esa zona de modo que refleje no sólo los beneficios totales (por ejemplo, por la venta de pasajes o por contratos de transporte de carga) de su actividad sino también los costos totales, incluyendo los costos externos (el daño a los cultivos). Pero ésta sería una conclusión apresurada, como lo muestra el análisis de los incentivos que generarían dos asignaciones posibles de derechos de propiedad en ese contexto. Si el ferrocarril tiene un derecho de propiedad que compren-

[51] *Cfr.* Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 8, pp. 79-81.

de la tierra adyacente, entonces tiene incentivos para reducir la frecuencia o velocidad de los trenes, de modo de maximizar los beneficios *conjuntos* de su actividad ferroviaria y de su producción agrícola. Esto es, la empresa ferroviaria elegirá una combinación de transporte y producción agrícola que iguale sus costos y beneficios marginales, que en la situación que imaginamos no incluyen costos externos ya que las chispas dañan el cultivo que pertenece a la propia empresa ferroviaria. En consecuencia, la asignación de recursos es eficiente. Si, en cambio, es el agricultor quien tiene un derecho de propiedad sobre las tierras adyacentes a las vías, entonces le convendrá a la empresa ferroviaria ofrecerle al agricultor una suma de dinero inferior al beneficio que la empresa ferroviaria obtendría por hacer circular los trenes con una cierta frecuencia y velocidad a cambio de que el agricultor le permita dañar su cultivo, y el agricultor tendrá a su vez un incentivo para aceptar cualquier suma de dinero superior a las ganancias perdidas como resultado de las chispas emitidas por el ferrocarril. En pocas palabras, ambas partes se embarcarán en una negociación mutuamente beneficiosa que internaliza todas las externalidades. La conclusión general es que una asignación exhaustiva de derechos de propiedad, no importa quiénes sean los propietarios de qué cosa, conduce a cantidades y combinaciones de producción eficientes, siempre que no haya costos de transacción. Esta conclusión es conocida como "teorema de Coase".[52] (La presencia de costos de transacción prohibitivos marca una diferencia crucial entre el caso de la contaminación atmosférica, examinado en los párrafos precedentes, y el caso de la empresa ferroviaria y el agricultor. De aquí que los mecanismos de mercado, que sólo pueden funcionar indirectamente en el caso de la contaminación a través de los permisos de contaminación comercializables, puedan funcionar directamente en el caso del ferrocarril.)

El defensor de la propiedad puede apelar al teorema de Coase. Consideremos algunas recetas tradicionales para eliminar externalidades. Una de estas recetas consiste en prohibir ciertas externalidades negativas. En el caso de la contaminación, esta receta se expresa en regulaciones que prohíben utilizar procesos de producción contaminantes y/o obligan a las firmas a reciclar los residuos que dejan sus procesos productivos. El teorema de Coase sugiere otra solución: la asignación exhaustiva de derechos de propiedad, o al menos algún mecanismo de mercado, como los permisos de contaminación comercializables que discutimos más arriba, que imite con razonable aproximación los resultados que produciría esa asignación ideal.

[52] El artículo clásico de Coase al respecto es Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, 1960, pp. 1-44.

El teorema resalta el papel de la propiedad en la promoción de la eficiencia, incluso en presencia de costos que serían externos si los derechos de propiedad no estuvieran bien delimitados y/o no hubiera métodos efectivos para obtener compensación por daños, y relativiza la necesidad de recurrir al poder regulatorio del estado para reducir externalidades. Pero el teorema sugiere también una importante limitación a la conexión entre eficiencia y propiedad, ya que en muchas situaciones realistas nadie tiene incentivos para internalizar externalidades debido a que los costos de transacción son significativos; en tales casos, el resultado predecible es, como vimos, sobreproducción (externalidades negativas) o subproducción (externalidades positivas). Pero es importante insistir en que esta limitación no justifica automáticamente intervenciones regulatorias tradicionales, ya que queda la opción de intervenciones basadas en el propio mercado, como los permisos de contaminación comercializables o la habilitación de demandas en nombre de grupos afectados, que evitan la burocracia y la discrecionalidad administrativa que suelen acompañar a las soluciones regulatorias tradicionales.

Las externalidades no son las únicas fuentes de ineficiencia. La teoría económica define como "falla de mercado" a las condiciones que llevan a equilibrios subóptimos. Recordemos que un equilibrio es una interacción en la que los agentes no tienen incentivos para cambiar sus cursos de acción. Es posible probar que, bajo ciertas condiciones, los mercados alcanzarán equilibrios subóptimos. Estas condiciones son, además de las externalidades, la posibilidad de producir de bienes públicos, los monopolios y las asimetrías de información. Ya definimos las externalidades, de modo que podemos ahora definir las otras tres fallas de mercado.

Los bienes públicos son bienes que satisfacen dos condiciones que los economistas llaman, a partir de un influyente artículo de Paul A. Samuelson, "consumo no-rival" y "no-excluibilidad".[53] Un bien tiene consumo no-rival cuando el hecho de que alguien lo consume, no importa cuánto, no afecta el consumo de otros. Un bien es no-excluible cuando el costo de impedir que lo consuman quienes no están dispuestos a pagar por ese consumo es prohibitivo. Un ejemplo clásico de bien público es el aire puro: no importa cuánto lo respiremos, otros pueden respirarlo cuanto quieran (consumo no-rival), y (al menos normalmente) es prohibitivamente costoso impedir que lo respiren quienes no paguen un precio por ello. Estas condiciones se dan en diferentes grados en diferentes bienes, pero en la medida en

[53] *Cfr.* Samuelson, Paul A., "The Pure Theory of Public Expenditure," *Review of Economics and Statistics*, vol. 36, núm. 4, 1954, pp. 387-389.

que ellas estén presentes, la teoría económica predice una subproducción del bien en cuestión. La base de esta predicción es el incentivo para comportarse como un "pasajero sin cargo" (*free rider*) en la producción del bien: a cada uno le conviene que otros carguen con los costos de producción del bien, ya que, una vez producido, cualquiera podrá consumirlo gratuitamente. Dado que a todos les conviene ser pasajeros sin cargo, el bien no es producido, a pesar de que cada uno prefiere la situación en la que todos contribuyen a producir el bien antes que la situación en la que el bien no es producido. Nótese la conexión entre las nociones de bien público y de externalidad. La explicación estándar del hecho de que, en ausencia de regulaciones apropiadas, haya más humo que la que habría en una asignación eficiente de recursos es que un aire menos contaminado es un bien público consistente en la eliminación de externalidades negativas dispersas y cuyos efectos acumulativos son considerablemente dañinos para un gran número de personas, si bien los daños producidos por cada contaminador es insignificante. Dicho de modo más general, los bienes públicos son externalidades positivas que recaen sobre un gran número de personas, y por ende su producción será menor a la producción óptima. Dejo para unos pocos párrafos más adelante una reflexión sobre el papel del estado en la producción de bienes públicos.

En la sección II.2 hice algunas consideraciones sobre los monopolios, en el contexto de un análisis de la relación entre propiedad y eficiencia. En el presente contexto, los monopolios interesan como fallas de mercado, ya que éstas son habitualmente invocadas para justificar interferencias gubernamentales con los derechos de propiedad. Recordemos que los monopolios son firmas con las cuales no es redituable competir, y por ende son las únicas que ofrecen el tipo de bienes que producen. Vimos también que es posible probar que mercados que satisfacen ciertas condiciones formales tienen equilibrios monopólicos, y que esos equilibrios son ineficientes ya que el monopolista maximiza sus ganancias fijando un precio superior al precio de equilibrio en un mercado competitivo, con lo cual tanto el consumo como la producción del bien producido por el monopolista serán menores, y el bienestar agregado[54] también. Ahora bien, no es fácil identi-

[54] El argumento no presupone comparaciones interpersonales de utilidad; decir que el bienestar agregado es menor en condiciones de producción monopólica sólo significa que en competencia perfecta algunos consumidores podrían estar mejor aun después de pagarle al productor monopólico una cierta suma de dinero para compensarlo por sus menores ganancias, sin que empeore la situación de alguien. La noción de eficiencia empleada en este contexto es, por consiguiente, más débil que la noción paretiana de eficiencia que veníamos empleando. La noción más débil permite decir que situaciones contrafácticas en las que los

ficar ejemplos incontrovertibles de monopolios en los mercados reales. Podría pensarse que el ferrocarril es un buen ejemplo, especialmente bajo el supuesto de que hay lugar para un solo par de vías en un cierto trayecto. Pero, como varios economistas han señalado, el ferrocarril compite con autobuses y camiones para el transporte de personas y carga. En un plano más fundamental, vimos en la sección II.2 que el consumidor elige permanentemente entre *todos* los productos de una economía. En consecuencia, todo producto monopólico, *en el sentido de que sólo una firma encuentra rentable producir ese producto, definido por ciertas características físicas y funciones*, está sujeto a competencia con cualquier otro producto, *en el sentido de que los precios y calidades de estos últimos dejan al monopolista con poco margen para fijar sus propios precios*.[55] Una vez que advertimos que todos los productos de una economía compiten por el dinero del consumidor, las razones para imponer controles de precios dirigidos a evitar la "explotación" o el "abuso" por parte de firmas monopólicas se debilitan considerablemente.

Finalmente, las asimetrías de información consisten en diferencias entre las cantidades de información que las partes de un contrato poseen sobre las prestaciones que son objeto de ese contrato. Estas asimetrías desalientan contratos que la gente estaría dispuesta a celebrar si tuviera mayor información. Para usar un ejemplo habitual, las empresas aseguradoras cuentan con menos información que el potencial asegurado sobre el estado de salud de este último, su propensión a conducir ebrio, o cualquier otro riesgo contra el cual esa persona quiere asegurarse. Debido a que a la empresa aseguradora le resulta difícil adquirir esa información, el asegurado tiene un incentivo para declarar que su situación es menos riesgosa que lo que realmente es. Como la firma aseguradora a su vez anticipa esta distorsión, tenderá a cubrirse por eventuales riesgos cobrando indiscriminadamente primas por encima de las que, dada información confiable sobre riesgos, cobraría a muchos clientes. El resultado es que muchos contratos de seguro no se celebrarán, o se celebrarán a precios mayores que los que regirían en un mercado transparente. Esta situación es ineficiente ya que impide la realización de transacciones mutuamente beneficiosas. De nuevo, sin embargo, podría resultar apresurado intentar superar estas fallas de mercado

---

perdedores son compensados son eficientes. Esta noción de eficiencia es conocida como "eficiencia Kaldor-Hicks", en homenaje a Nicholas Kaldor y John Hicks, los economistas que la propusieron para permitir comparaciones entre distribuciones de bienestar que serían incomparables a la luz del concepto paretiano de eficiencia.

[55] *Cfr.* Rothbard, Murray, *Man, Economy, and State*, 2a. ed., Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2004, originalmente publicado en 1993, pp. 629-754, especialmente pp. 675-676.

por vía regulatoria (por ejemplo, obligando a las compañías de seguros a cubrir los riesgos de todo el mundo a cambio de ciertas primas consideradas "razonables", y subsidiando a esas compañías o a los asegurados por el monto que fuera necesario para alcanzar ese nivel de cobertura). El hecho mismo de que un mercado de seguros es, mirado estáticamente, subóptimo promueve dinámicamente contratos óptimos de seguro, ya que, a menos que haya restricciones legales para entrar al mercado, las firmas aseguradoras enfrentarán presiones competitivas para afinar sus métodos de recolección de información confiable sobre los riesgos a los que están sujetos sus clientes, y para reajustar las primas en función de los siniestros que ellos sufran.

Estas últimas ilustraciones de mecanismos de mercado capaces de superar fallas debidas a monopolios y asimetrías de información relativizan, por cierto, las razones eficientistas esgrimidas para lidiar con esas fallas mediante intervenciones gubernamentales tales los controles de precios y la producción estatal de ciertos bienes y servicios. Pero queda aún por contestar el argumento de los bienes públicos. Este argumento ha sido empleado para justificar intervenciones del estado destinadas a eliminar el problema del pasajero sin cargo y alentar la cooperación en la producción de bienes públicos. El cobro de impuestos para financiar la producción del bien y/o la obligación legal de cooperar figuran entre las recetas tradicionales para alcanzar niveles eficientes de producción de bienes públicos. La aparente ubicuidad de estos bienes explica, pues, la proliferación de variadas formas de intervencionismo estatal. En efecto, los bienes públicos no parecen limitarse a los clásicos ejemplos de los libros de texto, como los faros, la defensa exterior y un aire menos cargado de humo. Consideremos, a modo de ilustración, la práctica de grupos de compañeros de colegio o de trabajo de realizar cenas de fin de año en restaurantes. Supongamos que los integrantes de uno de esos grupos acuerdan (no importa aquí si explícita o implícitamente) elegir los platos a la carta y compartir los gastos por igual. Cada comensal clasifica los platos que aparecen en la carta en dos categorías mutuamente excluyentes: platos exquisitos y platos regulares. Asimismo, cada comensal prefiere platos más baratos a igualdad de calidad, y también prefiere un plato regular antes que un plato exquisito a los precios que el restaurante cobra por cada uno de esos platos. Las preferencias de los comensales son entonces las siguientes, en orden decreciente:

I. Platos exquisitos para mí y regulares para los demás
II. Platos regulares para todos
III. Platos exquisitos para todos
IV. Platos regulares para mí y exquisitos para los demás

Dadas estas preferencias, los comensales se encuentran en una versión generalizada a *n* personas (donde *n* es el número de comensales) del siguiente dilema del prisionero:

		Comensal A	
		Barato	Caro
Comensal B	Barato	II, II	IV, I
	Caro	I, IV	III, III

Figura 3. El dilema de los comensales

Asumiendo que los comensales son racionales, ellos alcanzarán un resultado inferior, en términos de sus propias preferencias, al resultado que podrían haber alcanzado si no fueran racionales (*Figura 2*): todos terminarán comiendo platos caros, si bien hubieran preferido platos baratos para todos. El "bien público" (platos baratos para todos) no se produce. Escribo aquí "bien público" entre comillas porque el sentido en el que las condiciones de no-excluibilidad y consumo no-rival (ver más arriba en esta sección) se cumplen requiere aclaraciones que no parecen necesarias en los casos de bienes públicos más "tangibles", como el aire puro y la defensa nacional. Pero el punto central se mantiene: individuos racionales adoptan estrategias que los dejan peor en términos de sus propias preferencias.

El dilema de los comensales sugiere que las perversas estructuras de incentivos que caracterizan la producción de bienes públicos afectan a una amplia gama de interacciones sociales. De aquí que muchos autores propongan un amplio intervencionismo estatal (mediante regulaciones, impuestos o subsidios) para promover la cooperación en la producción de bienes públicos. Si a esto agregamos los argumentos pro-intervencionistas para superar las otras fallas de mercado que comentamos, parece que la fuerza combinada de esos argumentos es formidable. Ciertamente, las leyes *antitrust*, los controles de calidad para proteger al consumidor, las regulaciones ambientales, y en general el moderno estado regulatorio han sido defendidos sobre la base de esta línea de argumentación. Ya hice algunas reflexiones sobre las limitaciones de algunos de esos argumentos, y excedería los límites de este trabajo una evaluación cuidadosa de cada uno de ellos. De todos modos, ofreceré a continuación una reflexión muy general sobre el argumento de los bienes públicos.

En primer lugar, decir que un bien satisface las condiciones de consumo no-rival y no-excluibilidad, junto a los supuestos generales de la teoría económica (por ejemplo, la transitividad de las preferencias), y por ende es un bien público en el sentido técnico de la teoría económica, *implica lógicamente* que el bien será subproducido; en otros términos, la afirmación de que el bien será subproducido *se deduce* de tales supuestos. Ahora bien, a menudo bienes que parecen públicos en este sentido técnico no lo son, y por ende no se puede concluir que serán subproducidos. Por ejemplo, es habitual explicar el comportamiento cooperativo de los miembros de muchos grupos aduciendo que los beneficios de una buena reputación o la facilidad con que puede detectarse la falta de cooperación hacen atractivo cooperar. Similarmente, se puede probar que en un "dilema del prisionero" que los jugadores prevén que se va a repetir con el mismo oponente un número indefinido de veces el comportamiento racional es cooperar siempre, y esto es de hecho lo que sucede en dilemas del prisionero reiterados.[56] La estructura de incentivos modelizada en el dilema del prisionero no-reiterado no representa los incentivos que gobiernan la conducta de los jugadores de un dilema del prisionero reiterado, ya que éstos tendrán en cuenta no sólo las ganancias posibles en una interacción única (que es lo que por hipótesis hacen en un genuino dilema del prisionero) sino las ganancias posibles en *series* de interacciones con el mismo jugador. Por consiguiente, ni la demostración formal de que es racional cooperar en un dilema del prisionero reiterado ni el hecho de que existe una tendencia a cooperar en situaciones que *parecen* satisfacer las condiciones formales para la existencia de tales dilemas revelan algún error en el argumento *formal* para sostener que en un dilema del prisionero no-reiterado los jugadores no cooperarán; antes bien, ofrecen un marco teórico, empíricamente confirmado, para explicar por qué la *hipótesis fáctica* de que una cierta interacción era un dilema del prisionero no-reiterado (o, *mutatis mutandis*, un dilema de producción de bienes públicos) fue refutada por observaciones de comportamiento cooperativo. En otras palabras, afirmar o negar que una interacción es un dilema del prisionero no-reiterado es una hipótesis empírica que, como tal, puede ser refutada por observaciones, pero esas refutaciones son irrelevantes para cuestionar la validez formal del análisis de tales dilemas en la teoría económica o para dejar de recurrir a tales análisis formales como herramientas heurísticamente valiosas para generar predicciones exitosas en el mundo real.

La utilidad predictiva del dilema del prisionero no-reiterado y su extensión a bienes públicos parecen cuestionadas por situaciones experimentales

[56] *Cfr.* Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.

en las que agentes provistos de incentivos similares a los del dilema ideal desarrollan comportamientos más cooperativos que los predichos bajo el supuesto de que tales situaciones ejemplifican el dilema en su formal no-reiterada.[57] Podría pensarse que es posible atribuir estos resultados a una suerte de preferencia inercial por adquirir reputación de persona cooperativa, preferencia que, como vimos, se expresa en la tendencia a cooperar en dilemas del prisionero reiterados. Pero esta explicación no parece adecuada cuando los experimentos buscan neutralizar el efecto reputación mediante el anonimato de los participantes. Una explicación alternativa es que los sujetos experimentales no ven claramente lo que la racionalidad demanda en esas situaciones. Esa confusión sería un "error racional", ya que en general las personas no tienen incentivos para invertir en información sobre dilemas del prisionero, bienes públicos y racionalidad económica. Esta explicación tiene el mérito de ser consistente con el hecho de que los estudiantes avanzados de economía tienden a ser menos cooperativos en dilemas del prisionero experimentales: los estudiantes avanzados de economía tienen incentivos obvios para estudiar lo que es racional hacer en esas situaciones (evitar ser reprobado en un examen de teoría de los juegos, por ejemplo).[58] Pero sea cual fuere la explicación adecuada de esas aparentes anomalías predictivas, lo cierto es que ellas arrojan dudas sobre la apela-

[57] Para un análisis de estos experimentos, véase Schmidtz, David, *The Limits of Government: An Essay on the Public Goods Argumen,* Boulder, Westview, 1991.

[58] *Cfr.* Frank, Robert H.; Gilovich, Thomas; y Regan, Dennis T., "Does Studying Economics Inhibit Cooperation?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7, núm. 2, 1993, pp. 159-171. Los autores concluyen que la exposición al "modelo del autointerés" prevaleciente en la teoría económica (y no, como sugiero yo, una mejor comprensión de lo que la racionalidad demanda en esas situaciones, explicable a su vez sobre la base de los costos y beneficios personales de obtener información sobre teoría de la racionalidad) explica el comportamiento de los estudiantes avanzados de economía en dilemas del prisionero experimentales. Obsérvese, sin embargo, que ciertas formas de caridad son bienes públicos para individuos altruistas, y por ende serán subproducidos. En tales casos, sospecho que estudiantes avanzados de economía que derivan cierto monto (no necesariamente mucho) de utilidad de ayudar a otros *no* cooperarán (o por lo menos cooperarán significativamente menos que no-economistas igualmente altruistas) en la producción del bien en cuestión, incluso si se les diera una cierta suma de dinero que deben destinar a ayudar a otros. Esto es, dado su altruismo, destinarán ese dinero a ayudar a otros de formas subóptimas. Si esto es así, la racionalidad es responsable de la subproducción del bien, y no, por hipótesis, el autointerés. Para una argumentación similar, si bien basada en la suposición de que los individuos no confían en que una cantidad suficiente de individuos cooperará en la producción de la forma más eficiente de ayuda, que a su vez constituye un bien público para esos individuos, *Cfr.* Buchanan, Allen, *Ethics, Efficiency, and the Market,* Totowa, Rowman and Littlefield, 1985, pp. 71-75.

ción a los bienes públicos para justificar intervenciones estatales destinadas a forzar a las personas a contribuir (por ejemplo, mediante impuestos) a la producción óptima del bien.

En segundo lugar, en las aproximaciones a bienes públicos que encontramos *en el mundo real* no siempre los agentes exhiben los comportamientos propios de un dilema ideal de producción de bienes públicos. Por ejemplo, durante bastante tiempo los economistas creyeron que los faros eran bienes públicos, ya que parecían satisfacer las condiciones samuelsonianas: no es (prácticamente) posible excluir del servicio que brinda el faro a navegantes que no pagan por él, y el uso del faro por un navegante no priva a los demás navegantes de posibilidades de usarlo. Como vimos más arriba en esta sección, uno debería esperar, pues, que nadie produzca faros en los mercados privados. Sin embargo, se han encontrado casos de faros privadamente financiados.[59] Además, es posible imaginar tecnologías alternativas para brindar el mismo servicio en condiciones de excluibilidad y consumo rival, lo cual garantiza que el servicio no es un bien público, y por ende su producción por los mercados privados será eficiente: por ejemplo, alarmas comercializables que alertan al navegante cuando se encuentra a cierta distancia de la costa.[60] Este ejemplo sugiere que la detección misma de (algo parecido a) un bien público hace rentable invertir en tecnología que desaliente a los pasajeros sin cargo. Es dudoso, entonces, que apelaciones a los bienes públicos justifiquen la intervención gubernamental en los mercados, en lugar de dejar que mercados no intervenidos generen los incentivos para eliminar las condiciones bajo las cuales, en cierta etapa del desarrollo tecnológico, algo es un bien público. La estructura de esta situación es la misma que (como vimos más arriba en esta sección) la que desestabiliza a los monopolios.

Finalmente, el mercado mismo puede ser visto como un bien público.[61] Un mercado libre, que implica una prohibición de saquear (como se recordará, saquear es la estrategia dominante en el estado de naturaleza en el dilema social descrito en la Figura 1) alienta la producción y el intercambio, con lo cual se produce una mejora paretiana respecto del estado de naturaleza. El reconocimiento de derechos de propiedad hace que la estrategia

[59] El trabajo clásico para esta línea de argumentación es Coase, Ronald H., "The Lighthouse in Economics," *Journal of Law and Economics*, vol. 17, núm. 2, 1974, pp. 357-376. Una defensa reciente de la idea de que existieron faros privados es provista por Barnett, William y Block, Walter, "Coase and Van Zandt on Lighthouses", *Public Finance Review*, vol. 35, núm. 6, 2007, pp. 710-733.

[60] Tomo el ejemplo de Rothbard, Murray R., *op. cit.*, nota 37.

[61] Un ejemplo de esta idea es Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33.

"saquear" deje de ser atractiva. Comparado con el estado de naturaleza, el mercado libre es, pues, un bien público, ya que nadie puede (consistentemente con las reglas propias del mercado) excluir de su "consumo" (que en este contexto incluye comprar, vender, alquilar, y cualquier otro ejercicio de derechos de propiedad) a ningún otro, y cualquier cantidad de "consumo" del mercado no va en detrimento de similar actividad por parte de los demás. Por consiguiente, es previsible una "subproducción" de mercado libre: todos tienen incentivos para ser pasajeros sin cargo en la prosperidad general que el mercado libre produce. Es de esperar, por lo tanto, que muchos quieran utilizar los poderes del estado para reconfigurar en su favor los derechos de propiedad. Por ejemplo, grupos pequeños y bien organizados tienen ventajas competitivas en la obtención de legislación favorable a sus intereses, típicamente a través de subsidios o regulaciones que los protegen de competidores.[62] Para los miembros de estos grupos es rentable invertir tiempo y dinero (por ejemplo, contribuyendo a campañas electorales) en la obtención de beneficios legislativos sectoriales, y la rentabilidad será tanto mayor cuanto más pequeños sean esos grupos, ya que los beneficios individuales de sus miembros tenderán a ser mayores, mientras que los costos de organización tenderán a ser menores. Estas ganancias obtenidas en mercados políticos, denominadas "rentas", por oposición a las ganancias obtenidas en los mercados privados, consisten en redistribuciones vía impuestos, subsidios y regulaciones. Estas redistribuciones son incompatibles con derechos de propiedad plena o liberal, en el sentido explicado en la sección I. Muchas constituciones de países en los que la búsqueda agregada de rentas es relativamente alta protegen la "propiedad privada", pero la interpretación del alcance de esta protección está a cargo de jueces elegidos según procedimientos sensibles a coaliciones políticas cuyo éxito electoral está atado al otorgamiento o promesa de beneficios sectoriales.[63]

La teoría de la elección pública predice, por consiguiente, una erosión de la protección constitucional de los derechos de propiedad. Esta teoría extiende al comportamiento político el supuesto de autointerés adoptado por la teoría económica: votantes, políticos y burócratas actúan en función de sus costos y beneficios personales,[64] incluyendo costos no monetarios,

[62] El desarrollo riguroso de esta idea está en el influyente libro de Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965.

[63] *Cfr.* Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33.

[64] Nótese que decir que un agente es sensible a costos y beneficios personales no es lo mismo que decir que es egoísta. El postulado de autointerés implica, por ejemplo, que un

como la pérdida de poder político o el tiempo que lleva obtener información política. El supuesto de autointerés, en conjunción con información sobre el sistema político (sistema electoral, reglas de votación en la legislatura, etc.), arrojan predicciones testeables, como la predicción de que el estado intervendrá crecientemente en los mercados privados para otorgar beneficios sectoriales, en lugar de producir bienes públicos.[65] Contribuyentes y consumidores son los perdedores sistemáticos en estos procesos redistributivos, ya que esos grupos resultan víctimas de las alzas de impuestos o de la emisión monetaria (y consiguiente inflación) necesarias para financiar esas redistribuciones, y en todo caso deben pagar precios mayores a los que habría en mercados no afectados por las restricciones a la competencia que resultan de la búsqueda de rentas. Debido a su número, consumidores y contribuyentes enfrentan altos costos de organización para contrarrestar la búsqueda de rentas de grupos menos numerosos. Otro factor que contribuye a la apatía política de consumidores y contribuyentes son los altos costos individuales de informarse sobre cómo los benefician o perjudican las políticas públicas. Por último, cada contribuyente o consumidor tiene poco que perder (por ejemplo, como consecuencia de un pequeño aumento de impuestos o de la inflación) cada vez que se otorga un beneficio sectorial. Como indiqué en el párrafo precedente, los grupos pequeños tienen, por el contrario, menores costos de organización y sus miembros tienen mucho que ganar individualmente como consecuencia de legislación favorable al grupo al que pertenece; su incentivo para movilizarse en pro de esa legislación es fuerte. En este modelo, el estado se ha transformado en una especie de arma institucional para saquear, reinstalando el estado de naturaleza hobbesiano.

Como en todo problema de subproducción de bienes públicos (en este contexto, recordemos, el bien público es el mercado libre), la solución reside en alterar la estructura de incentivos que da lugar a la "subproducción" de mercados libres ínsita en la discriminación fiscal y las regulaciones anticompetitivas. Otra manera de formular la idea es diciendo que la búsqueda de rentas, que conduce a la discriminación fiscal y a las regulaciones anticompetitivas, sólo puede ser desalentada con un cambio en las reglas de juego; el juego de la redistribución debe ser reemplazado por el juego de la

---

altruista elegirá los medios que le resulten menos costosos (dadas sus creencias) para otorgar un cierto monto de beneficios a los demás. El altruista satisface su interés al menor costo personal posible, dadas sus creencias.

[65] La obra considerada fundacional de esta rama de la teoría económica es Buchanan, James M. y Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbour, The University of Michigan Press, 1962.

producción y el comercio. Las constituciones liberales clásicas pueden ser interpretadas como intentos de resolver este problema mediante solemnes garantías de la inviolabilidad de la propiedad privada y exigencias de que los impuestos sean destinados a obras o servicios de interés común, en lugar de beneficiar a subgrupos de la población a expensas de otros subgrupos. Parece claro, sin embargo, que estas estrategias constitucionales no impidieron la búsqueda de rentas. De aquí que algunos autores propongan reformas constitucionales que no sean vulnerables a lo que podríamos llamar "búsqueda de rentas constitucional", es decir, presiones para lograr interpretaciones interesadas de los derechos consagrados en la constitución y de los objetivos que debe perseguir la política tributaria. En lugar de garantizar la propiedad explícitamente, lo cual abriría las puertas a la búsqueda de rentas constitucional disfrazada de "interpretaciones" del derecho de propiedad, la propuesta es garantizar indirectamente este derecho estableciendo *procedimientos* de elección de autoridades y de votación de leyes, y *jurisdicciones* territoriales para la toma de decisiones.[66] Supongamos, por ejemplo, que la constitución requiriera votación unánime en el Congreso para sancionar una ley, y que los legisladores son muchos y fueron elegidos por un sistema de representación proporcional que refleja bien los intereses de todos los ciudadanos. En estas condiciones, el costo de la búsqueda de rentas sería prohibitivo, ya que los afectados podrían vetar cualquier redistribución que los perjudicara. James M. Buchanan y Gordon Tullock desarrollan en detalle la idea de que la regla de unanimidad, debidamente atenuada (por ejemplo, requiriendo un setenta y cinco por ciento de votos) para disminuir los costos de transacción y los vetos puramente estratégicos para obtener ganancias especiales, conduce en general a la adopción de normas constitucionales, y en ciertos casos leyes, eficientes.[67]

Así como la teoría de las fallas de mercado indica las condiciones bajo las cuales los mercados no asignan recursos eficientemente, la teoría de la elección pública indica las condiciones bajo las cuales los gobiernos, incluyendo democracias liberales relativamente prósperas, tampoco asignan recursos eficientemente. Es tentador pensar que las fallas de gobierno pueden ser corregidas mediante organismos de control, como tribunales independientes o agencias reguladoras sujetas a reglas no-manipulables. Sin

[66] Para un relevamiento de propuestas de reforma constitucional en esta dirección, *Cfr.* Gwartney, James D. y Wagner, Richard E., *op. cit.*, nota 33. *Cfr.* también Mueller, Dennis, *Constitutional Democracy*, New York, Oxford University Press, 1996; y Cooter, Robert, *The Strategic Constitution,* Princeton: Princeton University Press, 2000.

[67] Véase nota 65.

embargo, un corolario de la teoría de la elección pública es que tales organismos de control difícilmente tomarán las medidas conducentes a los objetivos que oficialmente tienen asignados. La razón principal por la cual los controles intragubernamentales de las fallas de gobierno son ineficaces no es la complejidad, lentitud, falta de información o insuficiente patriotismo de los funcionarios o jueces encargados de ese control, sino su falta de incentivos adecuados. Quienes siguen esta línea de razonamiento suelen poner énfasis en el contraste entre las estructuras de incentivos que gobiernan la toma de decisiones en el sector público y las que gobiernan la toma de decisiones en los mercados privados. Mientras que los incentivos políticos promueven, como vimos, comportamientos rentísticos que se manifiestan en la proliferación de la legislación favorable a intereses sectoriales en detrimento de la eficiencia global, los mercados privados premian a quienes producen bienes mejores y más baratos y a quienes encuentran correcciones a eventuales fallas de esos mercados (recuérdese, sobre este último punto, el ejemplo de las alarmas sustitutivas de los faros, discutido más arriba en esta sección). En resumen, esta línea argumental sostiene que, a diferencia de los mercados privados, los mercados políticos carecen de mecanismos autocorrectivos, y que insistir en mecanismos intragubernamentales de control revela una incomprensión de la naturaleza del problema.

En este punto, una movida habitual del defensor del papel del estado en la solución de fallas del mercado es apelar a los controles democráticos. La idea es que el voto mayoritario, especialmente si es precedido por una robusta deliberación pública, pone un freno a las fallas gubernamentales, incluyendo las fallas de los mecanismos de control intragubernamentales.[68] Desgraciadamente, este argumento pasa por alto, irónicamente, un tipo de falla de gobierno que afecta específicamente a los procedimientos democráticos. En un influyente libro publicado en 1957, Anthony Downs propuso la hipótesis de "ignorancia racional" para explicar la adquisición de información política. Un votante sensible a los costos y beneficios personales de sus decisiones (es decir, un votante racional en el sentido ya explicado) no invertirá en información política con el objetivo de influir mediante su voto

[68] Por supuesto, el argumento democrático es usado muchas veces para justificar políticas públicas por razones diferentes de la eficiencia, tales como la promoción de la igualdad o la exigencia de que las políticas públicas gocen del consenso de la población. La evaluación de esos argumentos nos llevaría mucho más allá del presente punto, que es la utilización del argumento democrático para autorizar al gobierno a intervenir en los mercados por razones eficientistas. De todos modos, como veremos a continuación en este mismo párrafo, las razones por las que no es esperable que los controles democráticos aseguren la eficiencia apoyan también una perspectiva escéptica sobre las chances de que esos controles contribuyan a implementar cualquier ideal político atractivo.

en las políticas públicas. Esta afirmación vale cualesquiera sean las razones que llevan a un votante a preferir una cierta política: disminuir la pobreza, reducir los impuestos, conseguir un trabajo, disminuir el desempleo en general, corregir fallas de mercado, etc. En efecto, la probabilidad de que un voto individual afecte el resultado de una elección es ínfima, razón por la cual el beneficio personal *esperado* de votar por un cierto candidato o política (es decir, el beneficio que el votante obtendría si su candidato o política preferida ganaran, descontado por la probabilidad de que su voto desempate la votación) es despreciable, mientras que el costo personal esperado de averiguar cuál es el candidato o política que producirá los efectos deseados es enorme (piénsese, por ejemplo, cuánto tiempo tendría que invertir en averiguar cuál es la teoría económica que mejor predice qué política reducirá la pobreza, y quién es el candidato que, dados sus conocimientos e historia personal, más probablemente aplicará esa política). Este modelo de comportamiento electoral predice, pues, que el votante se mantendrá políticamente desinformado.[69] Estudios empíricos han confirmado ampliamente esta predicción.[70] En estas condiciones, no es esperable que los controles democráticos produzcan decisiones políticas eficientes; en rigor, en condiciones de ignorancia racional generalizada, tampoco es esperable que tales controles contribuyan a implementar cualquier otro ideal político por el que el votante pueda sentirse atraído, como la igualdad, la libertad, la disminución de la pobreza o la disminución del crimen.[71] Por otro lado, y como muestra abrumadoramente la historia universal, la esperanza de que sistemas no-democráticos promuevan la eficiencia o cualquier otro ideal político atractivo es aun más ilusoria, especialmente si esos sistemas conculcan las libertades individuales.[72] Esta línea de argumentación parece apoyar, entonces, la propuesta, esbozada más arriba, de garantías constitucionales procedimentales de la propiedad como el mecanismo más

[69] *Cfr.* Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracym,* New York, Harper, 1957, especialmente Parte III, pp. 207-276.

[70] *Cfr.*, por ejemplo, Bennett, Stephen Earl, "Is the Public's Ignorance of Politics Trivial?", *Critical Review*, vol. 15, núm. 3-4, 2003, pp. 307-337.

[71] La idea de que individuos que son no solamente racionales tanto económicamente (es decir, según la concepción de la racionalidad examinada más arriba en esta sección) como epistémicamente (es decir, ellos utilizan los procedimientos de formación de creencias más confiables, dada la evidencia disponible) no solamente serán políticamente ignorantes sino que también tendrán creencias equivocadas sobre los fenómenos sociales y las leyes que los regulan está desarrollada en Pincione, Guido y Tesón, Fernando R., *Rational Choice and Democratic Deliberation,* New York, Cambridge University Press, 2006.

[72] *Cfr.* Sen, Amartya, *Development as Freedom,* New York, Knopf, 1999.

prometedor para minimizar tanto las fallas de mercado como las fallas de gobierno.[73]

5. *La justificación epistémica de la propiedad*

Como vimos en la sección precedente, la idea de que el derecho de propiedad promueve la prosperidad de una sociedad está implícita en los argumentos eficientistas. Hayek propone una variante de esa idea que, por su gran influencia y sus rasgos distintivos, merece un tratamiento separado.

En "The Use of Knowledge in Society" ("El uso del conocimiento en la sociedad"), un influyente artículo publicado en 1944,[74] Hayek sostiene que los precios de un mercado libre transmiten información que permite satisfacer necesidades y deseos mucho mejor que cualquier plan económico estatal. Conviene aquí recordar algunas estipulaciones terminológicas. Como señalé en ocasión de la discusión de la teoría intitular de Nozick (sección II.2), la vigencia plena de los derechos de propiedad equivale a lo que, en una terminología económica, solemos denominar "mercado libre". Los precios son las obligaciones de dar dinero a las que se comprometen las partes de un contrato, y el poder de contratar es, en la terminología de Hohfeld-Honoré (sección I) un incidente del derecho de propiedad liberal o plena, también comúnmente llamada "propiedad privada". La tesis de Hayek de que sólo un mercado libre, y en particular los precios que se forman en él, permiten utilizar toda la información dispersa en la sociedad para asignar eficientemente los recursos puede ser entendida, entonces, como una defensa epistémica de la propiedad.

Hayek distingue dos tipos de conocimiento. Por un lado, hay un conocimiento científico, articulable en generalizaciones y por ende susceptible de ser comunicado a otros. Incluso en disciplinas científicas muy especializadas, sólo un número relativamente insignificante de expertos conoce la totalidad de las generalizaciones pertinentes a esa disciplina. Hayek subraya, de todos modos, que la mayor parte del conocimiento que hace falta para que haya prosperidad no consiste en generalizaciones explícitas sino que se expresa en decisiones tomadas sobre la base de circunstancias cambiantes a las que el agente tiene un acceso directo que les está vedado a otros. Este segundo tipo de conocimiento, conocimiento de "circunstancias de tiempo y lugar", no es articulable, y por ende no puede ser comunicado

[73] Ver nota 66 y el texto principal correspondiente.

[74] Hayek, Friedrich, "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, vol. 35, núm. 4, 1944, pp. 519-530.

a otros. Los precios libres son el vehículo a través del cual se transmite este conocimiento de circunstancias de tiempo y lugar.

Hayek ve en la función informacional de los precios un obstáculo insuperable para los intentos gubernamentales de planificar las actividades económicas. Adviértase, sin embargo, que Hayek no niega las bondades de la planificación económica; su punto es que tal planificación sólo es posible en la forma descentralizada que tiene lugar en un régimen de precios libres, que presupone derechos de propiedad plena.[75] Aun suponiendo, heroicamente, que el planificador pudiera *procesar* toda la información relevante para asignar eficientemente los recursos, no puede *obtener* esa información. Y ésta no es una dificultad meramente técnica, quizás provisoria, de los métodos de recolección de información: como vimos, esa información no es ni siquiera articulable de un modo que pueda ser comunicada. Hayek parece aludir aquí a un tipo de conocimiento que el filósofo Gilbert Ryle llama "saber cómo", por oposición a "saber qué".[76] Ryle acepta el análisis tradicional del conocimiento, según el cual decimos que una persona conoce el estado de cosas al que se refiere la proposición *p* cuando esa persona cree justificadamente *p*; en tal caso, decimos que esa persona "sabe que *p*". Ryle señala, sin embargo, que a veces atribuimos conocimiento a alguien sin que ese conocimiento esté ligado a ninguna proposición o creencia definida. Esto sucede cuando la personas en cuestión puede realizar bien una cierta tarea; decimos entonces que la persona "sabe cómo" realizar esa tarea. El primer tipo de conocimiento es proposicional; el segundo, práctico. Un ejemplo de conocimiento práctico es saber andar en bicicleta: nadie que no sepa andar en bicicleta adquiere esa habilidad leyendo algún conjunto, por grande que sea, de oraciones que expresan proposiciones verdaderas sobre los movimientos propios de un buen ciclista. Hayek parece apuntar a esta distinción entre "saber que" y "saber cómo" cuando escribe que las ganancias obtenidas en el mercado dependen crucialmente de información sobre "circunstancias de tiempo y lugar". Los vendedores de emparedados a la salida de un partido de fútbol toman sus decisiones (qué ingredientes poner entre las rebanadas de pan, qué tipo de pan utilizar, a qué precio vender cada emparedado, dónde y cuándo instalar el kiosco, qué bebidas ofrecer y a qué precio, etc.) que descansan en experiencias

[75] Thomas Sowell pone de relieve este punto en su análisis, de inspiración hayekiana, de la planificación económica. *Cfr.* Sowell, Thomas, *Knowledge and Decisions*, 2a. ed., New York, Basic Books, 1996, pp. 213-228, especialmente pp. 213-214.

[76] *Cfr.* Ryle, Gilbert, "Knowing How and Knowing That", *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. 46, 1946, pp. 1-16.

pasadas, conjeturas sobre las preferencias de los asistentes a un partido, información sobre precios de insumos, etc. que no pueden ser expresadas exhaustivamente por ningún conjunto de proposiciones. *Mutatis mutandis*, esta observación vale para cualquier otro partícipe en transacciones de mercado. Las hipótesis de un agente de mercado sobre la rentabilidad de métodos alternativos para satisfacer las preferencias de los consumidores son fácilmente comprobables a través de las ganancias y pérdidas que ese agente experimenta. La función epistémica de los derechos de propiedad tiene, pues, dos caras. Por un lado, ganancias y pérdidas totales constituyen información fácilmente accesible sobre el grado en que una persona o una firma están utilizando recursos que podrían satisfacer preferencias más fuertes o más extendidas por usos alternativos; se trata, por lo demás, de información que el agente de mercado tiene obviamente interés en tomar en cuenta.[77] Por otro lado, las innumerables transacciones que dan lugar a esas ganancias y pérdidas totales aprovechan al máximo, del modo explicado por Hayek, la enorme masa de información dispersa que transmiten los precios.

III. Reflexiones finales

Por supuesto, mostrar que un régimen de propiedad privada promueve algo valioso, como la libertad o la prosperidad, no constituye un argumento decisivo en favor de ese régimen, ya que éste podría, también, frustrar algún otro valor. Si éste es el caso, para alcanzar un veredicto final sobre la propiedad (es decir, un veredicto que resulta de considerar todos los factores relevantes, incluyendo las razones que militan en contra de tal régimen) hay que determinar cuál de los dos valores en conflicto es más importante y en qué grado la propiedad los promueve o frustra. Un ejemplo clásico de esta situación argumentativa es la controversia entre libertarios e igualitarios sobre la importancia relativa de la libertad y la igualdad, y las consecuencias que de ello se derivan para el régimen de propiedad. Si Pedro cree que la libertad es más importante que la igualdad, que libertad e igualdad son las únicas consideraciones relevantes para justificar instituciones, y que la propiedad privada promueve la suma ponderada de libertad e igualdad (es decir, la suma de libertad e igualdad, considerando sus pesos relativos),

[77] Para un examen, ilustrado con muchos ejemplos, del rol informacional de las ganancias y pérdidas, *Cfr.* Sowell, Thomas, *Basic Economics: A Common Sense Guide to the Economy*, 3a. ed., New York, Basic Books, 2007, pp. 108-137.

entonces Pedro, como ser racional, está comprometido a defender un régimen de propiedad privada. Pero incluso si Pedro creyera que la abolición del derecho de propiedad privada y su reemplazo por algún sistema de propiedad colectiva o comunal promovería la suma ponderada de libertad e igualdad, no se seguiría que Pedro estaría racionalmente comprometido a apoyar el otorgamiento al gobierno del *poder* que haría falta para implementar ese régimen de propiedad colectiva o comunal. Esto sólo se seguiría si pudiéramos estar seguros, o al menos esperar dentro de ciertos márgenes de probabilidad, que el gobierno usará ese poder para implementar ese régimen; semejante optimismo requiere una justificación independiente, que entre otras cosas tiene que mostrar por qué la teoría de la elección pública es falsa o implausible. En particular, habría que mostrar que el poder político no sólo querrá implementar esos valores sino que también sabrá cómo hacerlo, en lugar de responder a los intereses de grupos pequeños, bien organizados y capaces de influir mediante el dinero en las políticas públicas; remito aquí a las observaciones que hice sobre la búsqueda de rentas en la sección II.2.

Estas reflexiones apuntan a la centralidad de la teoría de la elección pública en la justificación de regímenes de propiedad. Supongamos que una teoría predice con bastante confiabilidad que en varias dimensiones moralmente relevantes *M* (digamos, autopropiedad, libertad y eficiencia) un régimen de propiedad *P* tendrá resultados superiores a regímenes alternativos, pero que también predice que otro régimen de propiedad *P'* obtendrá resultados mejores que *P* a lo largo de otras dimensiones moralmente relevantes *M'* (digamos, igualdad y fomento de sentimientos de solidaridad).[78] Supongamos también que un cierto tipo de constitución, *C*, inducirá a los actores políticos (legisladores, jueces, etc.) a implementar *P* de un modo estable. (Un ejemplo de cómo una constitución puede hacer esto es la constitución procedimental que esbocé en la sección II.4. Nótese que, por ser procedimental, esa constitución no hace mención de las dimensiones *M*.) Agreguemos ahora la suposición de que una versión apropiada de la teoría de la elección pública predice que un gobierno constitucionalmente autorizado a implementar *P'*, o a promover los principios o valores *M'*, producirá resultados inferiores, en *todas* las dimensiones moralmente relevantes, incluyendo *M'*, a la constitución procedimental protectora de *P*. Estas suposiciones nos dan razones muy fuertes para adoptar la constitu-

[78] Para una exploración muy tentativa de regímenes de propiedad no-plena ("socialista") que promoverían la "igualdad", la "reciprocidad" y un sentimiento de "comunidad", *Cfr.* Cohen, Gerald A., *Why Not Socialism?*, *op. cit.*, nota 11.

ción *C*, y esas razones no serían invalidadas por cualquier razón que tuviéramos para creer que, *si fuera posible* inducir al gobierno a implementar el régimen de propiedad *P'*, la sociedad estaría mejor en términos de las dimensiones *M'*. Por supuesto, la posibilidad lógica de que un gobierno tome decisiones que tendrían consecuencias causales buenas no implica que el gobierno tomará, de hecho, esas decisiones, incluso si estuviera constitucionalmente autorizado a tomarlas. Como vimos, la teoría de la elección pública nos dice por qué muchas veces es ilusorio esperar que los gobiernos usen su poder de esa manera. Por consiguiente, no puede descartarse que, comparada con cualquier otro régimen constitucional, la protección constitucional de la propiedad privada sea preferible en términos de *todos* los ideales políticos que atraen a mucha gente, incluyendo ideales comúnmente invocados para restringir o abolir el derecho de propiedad. La reseña de argumentos presentada en este artículo sugiere, creo, que esta posibilidad es lo suficientemente plausible como para merecer exploración.[79]

IV. Bibliografía

AXELROD, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984.

BARNETT, William y BLOCK, Walter, "Coase and Van Zandt on Lighthouses", *Public Finance Review*, vol. 35, núm. 6, 2007.

BECKER, Lawrence C., *Property Rights: Philosophical Foundations*, 2a. ed., London, Routledge, 1981.

BENNETT, Stephen Earl, "Is the Public's Ignorance of Politics Trivial?", *Critical Review*, vol. 15, núm. 3-4, 2003.

BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969.

BERLIN, Isaiah, *Liberty*, Hardy, H. (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2002.

[79] La idea de que los mercados libres promueven mejor que el estado de bienestar/regulatorio los ideales que llevan a muchos a proponer este último tipo de estado está defendida filosófica y empíricamente por Shapiro, Daniel, *Is the Welfare State Justified?*, New York, Cambridge University Press, 2007. Similarmente, para una sugeencia de que todas las teorías influyentes de la justicia distributiva convergen en apyar una economía de mercado, *Cfr.* Schmidtz, David, *The Elements of Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006. En "The Constitution of Nondomination", yo defiendo la idea de que una constitución procedimental protectora de la propiedad es la mejor opción para promover los ideales de libertad negativa, libertad positiva, igualdad y ausencia de dominación de unas personas por otras. Pincione, Guido, *op. cit.*, nota 21.

BUCHANAN, Allen, *Ethics, Efficiency, and the Market,* Totowa, Rowman and Littlefield, 1985.

BUCHANAN, James M. y TULLOCK, Gordon, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbour, The University of Michigan Press, 1962.

COASE, Ronald H., "The Lighthouse in Economics," *Journal of Law and Economics*, vol. 17, núm. 2, 1974.

_____, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, 1960.

COHEN, Gerald A., "Freedom and Money", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 1, 2000, *http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=4523&id_item_menu=5858*.

_____, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2008.

_____, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

_____, *Why Not Socialism?*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2009.

COOTER, Robert, *The Strategic Constitution,* Princeton: Princeton University Press, 2000.

COURTOIS, Stéphane, *et al. The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, trad. al inglés de Kramer, M. y Murphy, J., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999

DOWNS, Anthony, *An Economic Theory of Democracym,* New York, Harper, 1957,

DWORKIN, Ronald, *Law´s Empire*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986.

FISS, Owen, *The Irony of Free Speech,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

FRANK, Robert H.; GILOVICH, Thomas; y REGAN, Dennis T., "Does Studying Economics Inhibit Cooperation?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7, núm. 2, 1993.

FRIEDMAN, David, *Law´s Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters,* Princeton, NJ, Princeton University Press, 2000.

FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom,* Chicago, University of Chicago Press, 1962.

GAUS, Gerald, *The Order of Public Reason,* New York, Cambridge University Press, 2011.

GRAY, John, "Against Cohen on Proletarian Unfreedom", *Social Philosophy and Policy*, vol. 6, núm. 1, 1988.

GWARTNEY, James D. y WAGNER, Richard E., "Public Choice and Constitutional Order," en Gwartney y Wagner (comps.), *Public Choice and Constitutional Economics*, Londres, Jai Press, 1988.

HARDIN, Russell, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy,* New York, Oxford University Press, 2003.

HAYEK, Federich, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 1: *Rules and Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.

_____, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 2: *The Mirage of Social Justice,* Chicago, University of Chicago Press, 1976.

_____, "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, vol. 35, núm. 4, 1944.

_____,*The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944.

HAZLETT, Thomas, "The Dual Role of Property Rights in Protecting Broadcast Speech", *Social Philosophy and Policy*, vol. 15, núm. 2, 1998.

HEVIA, Martín y SPECTOR, Ezequiel, "The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick's Argument," *Social Theory and Practice*, vol. 34, núm. 4, 2008.

HOHFELD, Wesley Newcomb, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913.

HONORÉ, Tony, "Ownership," en Guest, Anthony Gordon (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

KAMM, Frances Myrna, *Morality, Mortality*, vol. 2: *Rights, Duties, and Status*, New York, Oxford University Press, 1996.

KAVKA, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1986.

LOMASKY, Loren, "Libertarianism at Twin Harvard", *Social Philosophy and Policy*, vol. 22, núm. 1, 2005.

LOMASKY, Loren, "Reflections on Clashing Liberalisms," en Pincione, Guido y Spector, Horacio (comps.), *Rights, Equality, and Liberty: Universidad Torcuato Di Tella Law and Philosophy Lectures*, Dordrecht, Kluwer, 2000.

_____, *Persons, Rights, and the Moral Community*, New York, Oxford University Press, 1987.

MITCHELL, William C. y SIMMONS, Randy T., *Beyond Politics: Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy*, Boulder, Westview, 1994, parte III.

MUELLER, Dennis, *Constitutional Democracy*, New York, Oxford University Press, 1996.

NAGEL, Thomas y MURPHY, Liam, *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, New York, Oxford University Press, 2002.

NAGEL, Thomas, "Libertarianism without Foundations", en Paul, Jeffrey (comp.), *Reading Nozick*, Totowa, NJ, Rowman and Littlefield, 1981.

NARVESON, Jan, *The Libertarian Idea*, Philadelphia, Temple University Press, 1988.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.

OLSON, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965.

OTSUKA, Michael, *Libertarianism without Inequality*, Oxford, Clarendon Press, 2003.

PINCIONE, Guido y TESÓN, Fernando R., *Rational Choice and Democratic Deliberation*, New York, Cambridge University Press, 2006.

PINCIONE, Guido, "The Constitution of Nondomination," *Social Philosophy and Policy*, vol. 28, núm. 1, 2011.

_____, "The Trolley Problem as a Problem for Libertarians", *Utilitas*, vol. 19, núm. 4, 2011.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1971.

REVESZ, Richard L., "Rehabilitating Inter-State Competition: Rethinking the 'Race-to-the-Bottom' Rationale for Federal Environmental Regulation," *New York University Law Review*, vol. 67, 1992.

ROTHBARD, Murray, "Society without a State", *http://www.lewrockwell.com/rothbard/rothbard133.html*.

_____, *Man, Economy, and State*, 2a. ed., Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2004 [1993].

RYLE, Gilbert, "Knowing How and Knowing That", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 46, 1946.

SAMUELSON, Paul A., "The Pure Theory of Public Expenditure," *Review of Economics and Statistics*, vol. 36, núm. 4, 1954.

SCHMIDTZ, David, "The Institution of Property," en Schmidtz, David (comp.), *Creating Wealth: Ethical and Economic Perspectives*, San Diego, Cognella, 2011.

_____, *The Elements of Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006.

_____, *The Limits of Government: An Essay on the Public Goods Argumen*, Boulder, Westview, 1991.

SEN, Amartya, *Development as Freedom*, New York, Knopf, 1999.

SHAPIRO, Daniel, *Is the Welfare State Justified?*, New York, Cambridge University Press, 2007.

SOWELL, Thomas, *Basic Economics: A Common Sense Guide to the Economy*, 3a. ed., New York, Basic Books, 2007.

_____, *Knowledge and Decisions*, 2a. ed., New York, Basic Books, 1996.

SPECTOR, Horacio, "The Right to a Constitutional Jury", *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009.

_____, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

STIGLER, George J., "The Theory of Economic Regulation", 1971, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, 1971.

THOMSON, Judith Jarvis, "Killing, Letting Die, and the Trolley Problem", en Fischer, John Martin y Ravizza, Mark (comps.), *Ethics: Problems and Principles*, Fort Worth, Harcourt, 1992.

_____, *The Realm of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990.

_____, "The Trolley Problem", *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 6, 1985.

VALLENTYNE, Peter, "Libertarianism", en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009, *http://plato.stanford.edu/archi ves/spr2009/entries/libertarianism/*>.

WALDRON, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

WENAR, Leif, "The Concept of Property and the Takings Clause," *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 6, 1997.

CAPÍTULO 65

LA LEGITIMIDAD DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Kenneth E. HIMMA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Es la propiedad intelectual realmente* propiedad*?* III. *Argumentos en contra de la protección de la propiedad intelectual.* IV. *Argumentos basados en efectos a favor de la protección de la propiedad intelectual.* V. *Un defecto común de los argumentos en contra de la protección de la propiedad intelectual y los argumentos basados en efectos a favor de su protección.* VI. *El argumento de la inversión a favor del propiedad intelectual.* VII. *Un defecto del argumento de la inversión a favor de la propiedad intelectual.* VIII. *Ponderando los intereses de los autores y los intereses de la comunidad.* IX. *Sumario y Conclusiones.* X. *Bibliografía citada y recomendada.*

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta de si el Estado está moralmente justificado en conceder a los creadores de contenidos un DERECHO jurídico de excluir a los demás del contenido de sus creaciones es un asunto altamente debatido en la ética de la información y la filosofía del derecho. Aunque alguna vez se dio por sentado que era una institución moralmente legítima, la propiedad intelectual ha venido siendo atacada durante los últimos treinta años, dado que el desarrollo de las tecnologías de información digital ha eliminado los vínculos entre la expresión de ideas y los medios materiales tradicionales como libros y revistas. Estos avances en la tecnología digital han llamado la atención a las características únicas de la propiedad intelectual, que aparentemente hacen que su protección sea problemática: cualquier pieza de contenido intelectual, por ejemplo, puede ser simultáneamente apropiada por

* Part Time Lecturer en University of Washington, Estados Unidos. (Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora).

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2471-2499.

todas las demás personas en el mundo sin por ello disminuir la cantidad de contenido disponible para los demás. Este ensayo proporciona un visión general y evaluación de los asuntos, argumentos y contraargumentos sobre la propiedad intelectual.

II. ¿ES LA PROPIEDAD INTELECTUAL REALMENTE *PROPIEDAD*?

El concepto de PROPIEDAD expresa una relación entre una entidad y un agente libre y racional. Dicho de forma simple, una pieza de propiedad es, como una cuestión conceptual, algo que *le pertenece* a alguien; no existe ninguna propiedad que no esté relacionada con algún agente racional frente al cual se genere una relación de pertenencia o titularidad. Si una entidad *p* es caracterizada de forma adecuada como "propiedad", entonces existe un agente racional *A* del cual es cierto que *A* es el dueño de *p,* y esto es parte de lo que es expresado por la noción de que *p* es propiedad. Una entidad que no tiene un dueño no es propiedad, aunque potencialmente puede ser propiedad si es la clase de cosa de la que uno puede apropiarse.

El concepto de propiedad tiene contenido normativo porque el concepto de titularidad tiene contenido normativo. La proposición que *A* es el dueño de *p* expresa o implica, entre otras cosas, que *A* tiene alguna clase de pretensión (moral) de excluir a los demás de apropiarse de *p;* a falta de circunstancias excepcionales, sería presumiblemente ilícito (aunque no necesariamente ilícito) que alguien tome *p* sin el consentimiento expreso o tácito de *A,* el cual puede ser negociado como parte de un contrato o venta. Por esta razón, "Porque *A* es el dueño de *P*" es una respuesta adecuada a la pregunta "¿Por qué debería preguntarle a *A* si quiero utilizar *p*?".

Los asuntos de si y cómo el derecho debería proteger los derechos de propiedad intelectual son por supuesto bastante discutidos. Pero también lo es el asunto de si el contenido intelectual puede ser caracterizado adecuadamente como "propiedad". Es crucial notar que el concepto de propiedad también tiene algún contenido descriptivo o fáctico. Decir que algo es "propiedad" es decir que es una entidad de una clase particular y por tanto decir que tiene ciertas características fácticas (es decir, las características pueden ser establecidas sin ninguna clase de investigación valorativa). Los teóricos discrepan acerca de qué clase de entidad debe ser una cosa para contar, como una cuestión conceptual, como propiedad y por tanto, si el contenido intelectual puede ser propiedad.

El problema aquí surge porque el contenido intelectual es una clase de cosa radicalmente diferente de los objetos a los cuales el concepto-término "propiedad" se aplica paradigmáticamente. Las entidades intelectuales como números y proposiciones carecen de las propiedades distintivas de objetos materiales como casas y computadores. En particular, estas entidades, al contrario de entidades materiales, carecen de solidez, extensión (es decir, de un "ser", por decirlo de alguna forma, que se manifiesta en el espacio) y ubicación espacial. Por ejemplo, el contenido expresado por la proposición "Ningún soltero está casado" no puede ser encontrado en el espacio. De forma similar, entidades intelectuales carecen de las propiedades distintivas de los estados mentales: ellas no son intencionales, observables privadamente, ni están vinculadas de *ninguna* forma a estados físicos; si, por ejemplo, el número 2 puede ser caracterizado de forma adecuada como un ente "existente", existiría sin importar qué forma tuviera el universo. En consecuencia, las entidades intelectuales no pueden interactuar causalmente con entidades materiales o mentales, o estados –aunque los números y las proposiciones pueden ser pensadas por agentes conscientes, y estos pensamientos (o al menos, los correlativos neurofisiológicos de esos pensamientos) pueden interactuar causalmente con seres materiales como nosotros–. Las entidades intelectuales, si tales cosas existen, son llamadas "objetos abstractos" que existen en un lugar comúnmente llamado "espacio lógico" y no puede interactuar causalmente con nosotros.[1]

Algunos teóricos rechazan la idea de que los objetos abstractos puedan ser caracterizados adecuadamente como "propiedad" porque ellos creen que algo que no puede interactuar causalmente con nosotros no puede ser poseído en ningún sentido significativo y por tanto no puede ser apropiado.[2] La idea, por ejemplo, de que alguien puede *poseer* y por tanto apropiarse de la novela expresada en el libro *Historia de dos ciudades* tiene tan poco sentido, en esta visión, como pretender poseer o apropiarse de la entidad denotada por el símbolo "2". Cualquiera sean los conceptos que se puedan aplicar a los objetos abstractos, el concepto de propiedad, de acuerdo a estos teóricos, no se le aplica. El término "propiedad intelectual" en el mejor de los casos no se aplica a nada, y, en el peor, es incoherente.

[1] La idea de que los objetos abstractos no pueden interactuar con objetos en el mundo causal y mental es la visión estándar. Véase, Gideon Rosen, "Abstract Objects", *Standford Encyclopedia of Philosophy*, 2001. Disponible online en: http://plato.stanford.edu/entries/abstract-objects/

[2] Waldron, por ejemplo, define provisionalmente "propiedad" como si se aplicara únicamente a recursos materiales. Véase, Jeremy Waldron, *The right to private property*. Oxford, Oxford University Press, 1988.

Dos objeciones naturales surgen. Primero, no es claro que la titularidad, como una cuestión conceptual, requiera posesión *física.* Se puede sostener que la esencia de la titularidad consiste en un *poder* –el poder de excluir a los demás de ciertas conductas que involucran a la entidad relevante– y no el control físico o la posesión de la entidad. Yo sigo siendo el dueño de mi casa cuando esté de viaje en un lugar lejano y no esté, literalmente, en control físico o posesión de ella.

En realidad, el concepto de propiedad es comúnmente utilizado en contextos relacionados con objetos abstractos –y con poca controversia–. Por ejemplo, las personas frecuentemente afirman tener intereses propietarios en corporaciones, compañías, sociedades y otras organizaciones. Estas entidades se componen de sistemas y conjuntos que tienen una estructura única según el tipo de organización relevante; el sistema que constituye una corporación presumiblemente incluye, entre otras cosas, un conjunto llamado la "junta directiva", un conjunto llamado "funcionarios", un conjunto llamado "empleados" y un documento llamado "contrato societario", etc. Los escépticos acerca de la pertinencia de llamar propiedad a este contenido parecen basarse demasiado en la metáfora de la posición física en su articulación del concepto de propiedad.

Segundo, los teóricos que toman esta perspectiva de negar que la propiedad intelectual sea propiedad típicamente infieren que los llamados derechos de propiedad intelectual son ilegítimos. Sin embargo, tal afirmación no es lo suficientemente fuerte como para generar la disputa normativa. Aunque es cierto que una entidad *E* que no sea "propiedad" no debería ser protegida como tal, de ello no se deriva que *E* no debería ser protegida de otras formas, quizá similares. Puede ocurrir que el derecho legítimamente pudiera permitir a los creadores de contenidos excluir a otros, por ejemplo, de copiar sus novelas sin su permiso, incluso si las novelas no constituyen "propiedad" en el sentido estricto del término.

Existen otros mecanismos a través de los cuales el derecho puede conceder a los creadores de contenidos algo que se parezca a un derecho a excluir a otros de apropiarse del contenido que ellos crean. Uno de tales mecanismos naturales, por ejemplo, involucraría utilizar los principios morales y jurídicos que gobiernan los intercambios contractuales. Si, por ejemplo, yo escribo un poema y usted quiere apropiárselo, usted no tiene ningún derecho moral previo de que yo lo comparta con usted; sería equivocado para mí guardarme mi poema para mí solo, pero hacer eso no viola ningún derecho suyo. Así, se podría decir que depende de mí si se lo revelo a usted o no, y bajo qué términos. Yo podría ofrecerle a usted adueñarse

del poema a cambio de un pago y una promesa de no compartirlo con otros; usted es libre, de acuerdo con esta línea de argumento, de aceptar o rechazar los términos propuestos. Si usted los acepta y hace las promesas apropiadas, usted está obligado por ellas. El efecto de aplicar estos principios al contenido intelectual es que me concede, a través de mecanismos contractuales, el poder de excluir a otros de apropiarse y distribuir mi poema. Quizá estos mecanismos debieran ser llamados derechos al "contenido intelectual", y no derechos de "propiedad intelectual", pero esto es una trivialidad.

III. Argumentos en contra de la protección de propiedad intelectual

1. *La información debe ser libre*

Las nuevas tecnologías de la información han hecho posible diseminar el contenido intelectual a potencialmente cualquier persona con un computador y un módem sin tener que utilizar ninguna entidad material, incluyendo papel. Así divorciada de los medios tradicionales materiales, la verdadera naturaleza de la información parece haberse vuelto más clara de lo que era posible antes de que la información pudiera ser digitalizada y ampliamente diseminada sin distribuir copias en papel. Y para muchos, parece ser ahora que los derechos de propiedad intelectual son moralmente ilegítimos porque, como la cuestión es formulada frecuentemente, "la información debe ser libre".

J.P. Barlow,[3] quizá el primer proponente de esta línea de argumento, defiende una tesis más fuerte, a saber, que la información *quiere* ser libre. Desde esta visión, la información es una "forma de vida" con una pretensión moral de ser libre que se fundamenta en intereses y que "quiere" cosas por sí misma.

El problema con este argumento es que es simplemente implausible pensar que objetos abstractos tengan deseos o, incluso, intereses. Dado que un deseo es, por su propia naturaleza, un estado mental, sólo algo que sea capaz de tener estados mentales puede tener deseos; y esto implica que sólo algo que pueda tener una *mente* puede tener deseos. Los objetos abstractos

[3] John Perry Barlow, "The economy of ideas: selling wine without bottles on the global net", 1993, Documento electrónico disponible en *http://www.eff.org/~barlow/EconomyOfIdeas.html*.

simplemente no son la clase de cosas que puede ser caracterizadas, de una forma justa, como teniendo deseos, porque ellos no son seres conscientes y no tienen estados mentales de ninguna clase. Si la información debe ser libre, no es porque "quiere" ser libre.

Se podría sostener que es parte de la naturaleza misma de la información que ella *deba* estar libremente disponible y por tanto diseminada. Las entidades de la información son objetos proposicionales que pueden ser representados (o pensados) por alguna mente para producir una variedad de estados noéticos, incluyendo estados de creencia, creencia justificada y conocimiento. El problema con este argumento es que tal análisis de la naturaleza de información implica, cuando más, la *afirmación descriptiva* de que la información *puede* ser utilizada por seres racionales con tal propósito. No existe nada en este análisis de la naturaleza de la información que implique la afirmación moralmente normativa de que la información *deba* ser utilizada para este propósito, y mucho menos la afirmación que debe ser libre.

El problema más importante con estos argumentos es que la conclusión es simplemente implausible desde el punto de vista de las intuiciones ordinarias. Nótese que la tesis "la información debe ser libre" es inconsistente con las visiones ordinarias acerca de la medida en la cual es legítimo para el Estado restringir el flujo de la información. Primero, la afirmación "la información debe ser libre" es inconsistente con las intuiciones ordinarias sobre la privacidad de cierta información. La afirmación defiende un nivel tal de generalidad que afirma que cualquier restricción estatal sobre el flujo libre de la información es moralmente ilegítima, incluyendo leyes sobre intimidad y privacidad que hacen responsable a una persona por revelar información personal de otros sin su consentimiento.

Segundo, la afirmación de que "la información debe ser libre" también es inconsistente con la idea de que el Estado puede legítimamente restringir el flujo de información por razones de seguridad pública. La tesis es inconsistente con la idea que el Estado podría legítimamente prohibir publicaciones de información que, por ejemplo, le permitan a la personas construir una pequeña pero poderosa arma nuclear de materiales que son muy comunes para ser restringidos. Pero parece claro que el Estado está *obligado* a tomar pasos inmediatos (y drásticos) para asegurarse que esta clase de información no sea diseminada, como un medio para proteger al público de una amenaza grave de daño. Aunque puede ser cierto que existen muy pocos ejemplos en los cuales sería legítimo para el Estado restringir información sobre tales fundamentos, un ejemplo hipotético es suficiente para

refutar la tesis de que la "la información debe ser libre". Si una persona toma la posición de que las restricciones estatales de los dos últimos ejemplos son justificadas, entonces esa persona es obligada a rechazar tal afirmación.

2. *El carácter social del contenido intelectual*

Algunos teóricos creen que la protección a la propiedad intelectual es ilegítima porque cualquier pieza de contenido nuevo es en últimas un producto social. Desde esta línea de razonamiento, ningún autor es el único responsable del valor introducido por la pieza de contenido nuevo *C*, porque su habilidad para crear *C* fue formada a través de los esfuerzos de otros, de quienes él desarrolló sus habilidades e ideas. En consecuencia, sería injusto darle derechos de propiedad intelectual al autor sobre *C*.

El problema con este razonamiento es que, cuando más, puede mostrar que las contribuciones de esas otras personas deben ser compensadas. No implica la afirmación más fuerte de que toda persona debería tener acceso libre al contenido. Este argumento no proporciona ninguna razón para pensar que (1) alguien que no contribuyó nada a la habilidad del autor para crear la pieza relevante de contenido *C* deba ser capaz de acceder a *C* sin compensar a alguien, o (2) que el autor no debería ser capaz de excluir a tal persona de apropiarse de *C* sin el pago de una suma. El hecho de que otros contribuyeron con algún valor a *C* no implica, por ejemplo, que *yo* deba obtener ese contenido de forma gratuita.

Además, como Adam Moore[4] señala, se puede argüir que los contribuyentes que tuvieron algún aporte en la habilidad del autor para crear *C* han sido compensados de forma justa a través de varios mecanismos sociales. La educación, después de todo, no es gratuita. Parece razonable pensar que los pagos por educación representan una compensación justa para las contribuciones hechas por tales personas a la habilidad del autor para crear *C*.

3. *Los costos de la publicación de información digital*

La idea básica aquí es que, en un mercado competitivo, el precio de la información debería reflejar adecuadamente los costos de hacerla disponible a los usuarios. Desde esta línea de análisis, mientras el costo de producción

[4] Adam Moore, *Intellectual property and information control: philosophic foundations and contemporary issues*. Rutgers, NJ, Transaction Publishing/Rutgers University Press, 2001, pp. 172-3.

en los medios tradicionales como libros puede ser suficientemente alto como para cargar a los usuarios un precio por él, los costos (por uso) de hacer la información disponible en medios digitales se acercan a cero en tanto el número de usuarios crezca. Por ejemplo, puede haber unos costos fijos involucrados en hacer la información disponible en un sitio web, pero no existen costos adicionales después de que ese contenido se haya hecho disponible a cierto número de usuarios; entre más usuarios se apropien de la información, menor es el costo de hacerla disponible a cualquier usuario particular. Así, el argumento concluye, sería injusto cargar a los usuarios un costo por apropiarse un pieza de información (digital); la información debería ser libre (o casi libre) para reflejar los costos de diseminación.

Hay dos problemas con este argumento. Primero, si se acepta la legitimidad de libre empresa, como parece presuponerse en el argumento anterior, entonces lo que es un precio justo será determinado por las interacciones voluntarias entre compradores y vendedores en un mercado competitivo: el precio justo es aquel establecido por las transacciones contractuales de compradores libres y prudencialmente racionales. Si los compradores en un mercado competitivo desean pagar un precio por la información digital significativamente más alto que el costo marginal del vendedor, entonces se asume que ese precio es justo. Segundo, el argumento ignora el hecho de que los costos fijos asociados con la producción y distribución de contenido intelectual pueden ser bastantes altos. Por ejemplo, Disney Company se gastó más de cien millones de dólares en la película *Pearl Harbor*. Si se asume que un precio justo permite al productor recuperar los costos fijos asociados con la creación y distribución de contenido intelectual, esto implicaría que es justo para los productores de contenido cargar un precio que esté suficientemente por arriba de los costos marginales para permitirles recuperar esos costos fijos.

4. *Los argumentos basados en los efectos contra la protección de la propiedad intelectual*

Los argumentos basados en los efectos identifican alguna clase de estado de cosas que constituyen un tipo adecuado de derecho que debe ser promovido al máximo para que su contenido sea moralmente legítimo. Estos argumentos usualmente están de acuerdo en la tesis de que el bienestar humano debe ser promovido al máximo por el derecho, pero discrepan sobre cuál es el mejor indicador de bienestar. Los bienestaristas hedonistas miran a las experiencias subjetivas de dolor y placer como los indicadores excluyentes de bienestar; en esta visón, las experiencias subjetivas de sólo placer condu-

cen al bienestar humano, mientras que las experiencias de sólo dolor impiden ese bienestar. Los objetivistas miran la provisión de ciertos bienes básicos como los indicadores exclusivos de bienestar. Afirman que esos bienes son necesarios, como una cuestión objetiva, para que los seres humanos prosperen en las formas que deberían: las personas, en esta tesis, necesitan bienes materiales (como agua, comida y refugio), compañía sexual y platónica, y experiencia artística –lo sepan ellos o no.[5] Otros teóricos miran a las preferencias satisfechas como un índice de bienestar; en esta visión, un estado de cosas X involucra un bienestar mayor a *p* que otro estado de cosas Y si y sólo si *p* tiene un número mayor de preferencias satisfechas en X que en Y. Existen otras teorías, como veremos pronto, que miran los indicadores económicos de bienestar.

Los argumentos basados en los efectos contra la propiedad intelectual intentan mostrar que las restricciones en el uso de la propiedad intelectual fracasan en maximizar (y probablemente incluso disminuyen) el bienestar por una variedad de razones. Las restricciones, por ejemplo, en el uso de información científica (tales como las que contempla el derecho de patentes) impiden el desarrollo de nuevas tecnologías que producirían eficiencia y mayor riqueza.[6] Las restricciones en el uso del contenido artístico hacen al arte menos disponible para personas con menores ingresos y por tanto disminuyen su placer, privándoles de un bien básico que necesitan para prosperar, o frustrando sus preferencias (dependiendo de cuál índice de bienestar sea utilizado). A falta de circunstancias excepcionales, el derecho debería promover el bienestar, y no desalentarlo. Dado que la protección de la propiedad intelectual no promueve al máximo el índice relevante de bienestar, los derechos de propiedad intelectual no deben ser protegidos por el Derecho.

Debe notarse que los argumentos consecuencialistas que no utilizan un conjunto de medidas puramente económicas de bienestar tienden a tener conclusiones más fuertes que los defensores del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, que también defienden una posición basada en efectos. Aunque existen varias posiciones del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO en materia de propiedad intelectual, muchos analistas económicos[7] toman posiciones moderadas frente a su protección, sosteniendo que la misma es necesaria para promover la eficiencia, pero advirtiendo que muchas

[5] Véase, por ejemplo, Finnis, John, *Natural law and natural rights*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

[6] Véase, por ejemplo, Lawrence Lessig, *The future of ideas*. NY, Random House, 2001.

[7] Por ejemplo, William M. Landes y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property,* Cambridge, Harvard University Press, 2013.

protecciones existentes tienen efectos inhibidores sobre esos indicadores de bienestar. En contraste con los argumentos que defienden posiciones abolicionistas (es decir, que la protección a la propiedad intelectual de cualquier clase es ilegítima) o absolutistas (es decir, la protección a la propiedad intelectual debería conceder a los creadores de contenidos el control absoluto sobre su creación sin límites o excepciones), las posiciones del analista económico del derecho pueden ser caracterizadas de una manera justa como de naturaleza "reformista".

Los argumentos basados en los efectos son problemáticos porque, en este momento crítico, no es clara la medida en la cual la protección de la propiedad intelectual fracasa en promover el índice relevante de bienestar humano. Por ejemplo, uno de los argumentos más influyentes a favor de la propiedad intelectual se funda en la afirmación de que tal protección es necesaria para asegurar que los inventores tengan un incentivo suficiente para hacer continua la investigación esencial para el progreso tecnológico, lo cual es necesario para promover el índice relevante de bienestar humano. En realidad, como veremos más adelante, también existen argumentos basados en los efectos, que son en principio plausibles a favor de la protección de alguna propiedad intelectual. En la medida en que el asunto sea de descripción empírica, no existe un consenso en este momento para afirmar que la protección a la propiedad intelectual fracase en promover al máximo el índice de bienestar relevante.

IV. Argumentos basados en los efectos a favor de la protección de la propiedad intelectual

De acuerdo con los argumentos basados en efectos a favor de la protección a la propiedad intelectual, el derecho debería reconocer y proteger la propiedad intelectual por las consecuencias deseables que ello genera. En esta línea de argumento, la sociedad necesita protección de la propiedad intelectual para asegurarse de que los creadores de contenidos continúen dedicando su tiempo, esfuerzo y trabajo en crear o descubrir nuevos contenidos, sea tal contenido de naturaleza científica, artística u otra. La protección de la propiedad intelectual ayuda a asegurar que los autores tengan suficientes incentivos para la actividad intelectual que resulte en contenido intelectual porque les permite establecer condiciones sobre su acceso y uso bajo el pago de un precio. Sin tal incentivo, el argumento continúa, los autores no serían capaces de dedicar tiempo a la creación de

contenidos y todos terminaríamos perjudicados porque tendríamos menos productos artísticos o tecnológicos.

Los argumentos basados en los efectos a favor de la propiedad intelectual son vulnerables a algunas objeciones bien conocidas.[8] Primero, los argumentos parecen falsamente presuponer que el único incentivo que existe para crear contenido es el incentivo material; los académicos y los artistas frecuentemente crean contenido sin creen que ellos tienen una posibilidad remota de recibir un pago por ello. Segundo, los argumentos no son suficientemente fuertes para implicar que la protección de la propiedad intelectual es un *derecho* justificado; existen otras formas de asegurarse que el incentivo material para la ceración de contenido sea proporcionado: el Estado podría, por ejemplo, pagar un salario a los creadores de contenidos. Tercero, como fue discutido anteriormente, el asunto de si la protección a la propiedad intelectual promueve al máximo la felicidad o el bienestar es una pregunta empírica que sigue sin ser resuelta. Por ejemplo, los teóricos del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO discrepan sobre si la protección a la propiedad intelectual promueve al máximo la eficiencia económica o la maximización de la riqueza. En este punto, se necesita más investigación empírica por economistas y sociólogos para determinar cuáles son los efectos de la protección de propiedad intelectual para el desarrollo artístico o intelectual.

V. UN DEFECTO COMÚN DE LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS ARGUMENTOS BASADOS EN LOS EFECTOS A FAVOR DE SU PROTECCIÓN

Todos los argumentos anteriores parecen fallar en un aspecto importante: ninguno parece prestar suficiente atención al asunto de si los autores tienen un interés moralmente protegido en los contenidos de sus creaciones. De hecho, casi ninguno de esos argumentos ni siquiera consideran tal posibilidad. Las afirmaciones que se enfocan en las propiedades de la información no dicen nada en absoluto acerca de si los autores tienen o carecen de un interés moralmente protegido en el contenido que ellos crean; todos los

[8] Para una discusión de estos problemas, véase, Justin Hughes, "The philosophy of intellectual property". *Georgetown Law Journal*, vol. 77, 1988; Adam Moore, "Intellectual property, innovation, and social progress: the case against incentives-based arguments," *Hamline Law Review*, vol. 26, 2003 y Richard Spinello, "The future of intellectual property". *Ethics and Information Technology*, vol. 5, 2003.

argumentos anteriores se basan en afirmaciones sobre la naturaleza o las propiedades de las entidades de la información.[9]

Esto es problemático porque el asunto de si la propiedad intelectual es protegida de forma legítima claramente depende de si los autores tienen un derecho moral al contenido de sus creaciones. Si, por ejemplo, los autores tienen un derecho moral a sus creaciones, no importa si la información "quiere" ser libre; la información es un objeto abstracto que no tiene derechos morales y por tanto no tiene nada que haga contrapeso a los derechos del autor (si hay tales). Tampoco importaría si la información digitalizada es idéntica a las ideas; si los autores tienen un derecho moral a sus creaciones, ellos tendrían un derecho, a excepción de circunstancias excepcionales, a excluir a otros de las ideas asumiendo que es la única forma de proteger el derecho de los autores a sus creaciones. De forma similar, los costos de publicar la información digital son irrelevantes si el autor tiene el derecho a controlar la disposición de su creación y puede evitar cualquier forma de diseminación a menos que se le dé un pago.[10]

VI. El argumento de la inversión a favor de la propiedad intelectual

La principal estrategia a favor de la protección de la propiedad intelectual la denominaré "argumento de la inversión". Existen varias versiones de este argumento. Lo que las varias versiones tienen en común es la idea que

[9] Hay un argumento en contra de la protección de la propiedad intelectual que no fue considerado y del cual se puede pensar que tiene un fundamento diferente: el argumento de la libre expresión. La protección de la propiedad intelectual es problemática, en esta línea de razonamiento, porque necesariamente implica la restricción sobre el derecho moral a la libertad de expresión. Desde esta visión, el derecho moral a la libertad de expresión es tal que ninguna restricción a la misma podría ser justificada en una sociedad democrática. Dado que las leyes que protegen la propiedad intelectual excluyen a otros del contenido intelectual, tienen el efecto de restringir este derecho, por lo que son moralmente ilegítimas.

Este argumento es diferente de los otros porque no se basa en afirmaciones sobre la naturaleza o las propiedades del contenido sino que se centra en los intereses de otras personas en la libertad de expresión. Sin embargo, no considera que pueda haber algún interés de importancia comprable en los contenidos de sus creaciones. El argumento falla, de todos modos, por una razón más fundamental: se debe basar en la afirmación más bien implausible de que el derecho a la libertad de expresión es absoluto.

[10] Además, si los autores tienen tal derecho, no es suficiente afirmar que otras personas tienen un derecho de libertad de expresar tal contenido; los varios derechos en conflicto tienen que ser ponderados para ver cuál prevalece.

el creador de contenido invierte algo a lo cual él tiene un interés moralmente protegido (posiblemente, elevando al nivel de derecho moral) a la creación de contenido que debería, como cuestión de justicia o equidad, ser protegido como un derecho jurídico a la propiedad intelectual.

1. *El argumento clásico lockeano*

Es instructivo comenzar con una breve mirada al argumento clásico de John Locke acerca de la "adquisición original" de la propiedad (es decir, la conversión de un objeto que nadie posee en uno que tiene un dueño). Locke notó que la existencia de un derecho moral a la propiedad depende de la idea de que una persona puede adquirir un derecho de propiedad sobre un objeto al cual nadie tiene una pretensión o legitimación previa (es decir, objetos que no son propiedad de nadie más). La transferencia de algo sobre lo cual se tiene una pretensión de titularidad es fácilmente justificable sobre la base de la autonomía; si tengo un interés en algo, entonces mi derecho a la autonomía es tal que puedo abandonar ese interés unilateralmente o cambiándolo por el pago de una suma. Si, en contraste, nadie nunca tiene justificación para afirmar derechos de titularidad sobre algo que anteriormente no pertenecía a nadie, entonces no se podría tener nunca derecho sobre nada, dado que todas las entidades materiales tienen una historia que en últimas empieza donde no fueron propiedad de nadie (quizá antes de que los seres humanos llegaran a apropiarse de esos objetos).

Locke sostuvo que alguien puede adquirir, a través de la inversión de su trabajo, un derecho de propiedad sobre objetos materiales que de otra forma no serían propiedad de nadie.

> Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres.[11]

Existen dos condiciones, de acuerdo con Locke, que restringen la adquisición original: (1) debe haber suficiente del material para que los demás puedan adquirirlo, y (2) nadie puede adquirir un objeto material para dañarlo o destruirlo.

[11] John Locke, *Segundo Tratado del Gobierno Civil,* 1690, capítulo 5, §27.

En cualquier caso, una persona adquiere un derecho de propiedad sobre objetos que no son propiedad de nadie al invertir su propiedad en el objeto en forma de trabajo. Existen varias posibles explicaciones de cómo el trabajo en un objeto genera un derecho de propiedad: (a) puede ocurrir que una persona haya mezclado su trabajo (y por tanto su propiedad) con el objeto de tal forma que no puedan ser separados, y, por esta razón, proporciona un interés moralmente protegido y prioritario al trabajador, o (b) puede ser que una persona haya, por su trabajo, mejorado el objeto material de tal forma que crea un valor que previamente no existía en el mundo.[12]

Aunque el argumento lockeano intenta justificar los derechos de propiedad *materiales*, sería útil considerar la medida en la cual tiene aplicación a los derechos de propiedad intelectual. Nótese, primero, que la condición (a) no tiene aplicación directa u obvia a los derechos de propiedad intelectual porque los creadores de contenidos no necesariamente mezclan su trabajo con algún objeto preexistente; aunque un escultor puede hacer eso, un novelista no. Si tiene sentido pensar que el contenido intelectual está constituido de objetos que existen independientemente de nosotros, ellos son *objetos abstractos* que tienen propiedades radicalmente diferentes que los objetos materiales o mentales (es decir, ideas, pensamientos, percepciones, etc.). El problema es que, por definición, no podemos interactuar causalmente con objetos abstractos, así que no podemos trabajar en ellos en la forma requerida;[13] aunque se puede, por ejemplo, pensar en el objeto denotado por el símbolo "2", no podemos interactuar causalmente con él y por tanto no podemos imponer trabajo en él.

Similarmente, aunque no se basa en la metáfora de la mezcla, (b) no sería suficiente para fundamentar un argumento exitoso a favor de la propiedad intelectual, porque no explica cómo el trabajo puede generar un nuevo interés propietario moralmente protegido. Se puede objetar, por ejemplo, que asume incorrectamente que los autores son los únicos responsables por el valor que cualquier pieza nueva de contenido trae el mundo. Como hemos visto, muchos teóricos sostienen que la habilidad de los autores para crear nuevo contenido valioso depende crucialmente de los esfuerzos intelectuales de aquellos que crearon e impartieron contenido antes de él. Desde esta línea de análisis, ningún autor puede afirmar ser el único responsable por el valor que una pieza nueva de contenido genera en el mundo. El argumento entonces, de acuerdo con esta crítica, se basa en una premisa falsa.

[12] Desde esta visión, sólo el objeto que obtenga el valor que crea al invertir su propiedad en el objeto.

[13] De nuevo, esta es el entendimiento estándar de los objetos abstractos. Véase, *supra* nota 1.

Una forma en la cual se puede intentar rescatar el argumento lockeano es evitar la idea de mezcla del trabajo, y enfocarse exclusivamente en los esfuerzos del autor. Michael MacFarland,[14] por ejemplo, sostiene lo siguiente: "Toma mucho pensamiento, tiempo, y esfuerzo crear un libro, una composición musical o un programa de computación. Aquellos que han trabajado para crearlo tienen la pretensión más fuerte de los beneficios de su uso, sobre cualquier otro que no haya contribuido nada al proyecto". Es claro del pasaje que el argumento de McFarland no se basa, ya sea explícita o implícitamente, en la premisa de que el autor crea el contenido al mezclar su labor con algún objeto preexistente. La afirmación es simplemente una de justicia: alguien que invierte esfuerzo relevante tiene una pretensión superior que cualquier otra persona al contenido que el esfuerzo produce.

Un problema con este argumento (algunas veces llamado el argumento del "sudor en la frente") es que asume falsamente que los autores invierten bastante de algo (sea pensamiento, tiempo o esfuerzo) en sus creaciones. Aunque es presumiblemente cierto que se debe invertir "mucho" (lo que sea que esto signifique) pensamiento, tiempo y esfuerzo en hacer una película como *Pearl Harbor,* esto no es cierto de todas las creaciones de contenido. Con la inspiración adecuada, un poema o una canción pueden ser creados en cuestión de minutos sin ningún pensamiento o esfuerzo. Si alguien debe someterse a un umbral de esfuerzo para ganar una pretensión en un producto que es resultado de ese esfuerzo, entonces esto tendría que ser determinado caso por caso –y la consecuencia sería que no todos los autores tendrían un derecho de propiedad intelectual. Ésta podría terminar siendo la posición correcta, pero el argumento de McFarland, como los demás argumentos de la inversión, tratan de justificar un derecho general a la propiedad intelectual.[15]

2. *El argumento de la personalidad*

Lo que denominaré el "argumento de la personalidad" se debe a G.W. Hegel y toma varias formas. En el fundamento que cada uno de tales argumentos, sin embargo, está la idea de que un individuo goza de un dere-

[14] McFarland, Michael C., "Intellectual property, information, and the common good". *Proceedings of the Fourth Annual Ethics and Technology Conference*, 1999.

[15] Adam Moore ofrece otra posibilidad, sosteniendo que la protección de la propiedad intelectual está presumiblemente justificada en virtud de la protección de la soberanía del individuo. Véase, *Intellectual property and information control: philosophic foundations and contemporary issues, op. cit.*

cho moral exclusivo a los actos y el contenido de su personalidad, entendiendo personalidad como una noción que incluye una variedad de rasgos del carácter, disposiciones, preferencias, experiencias y conocimiento. La actividad intelectual, bajo esta línea de razonamiento, involucra el uso de tal personalidad. La actividad creativa de un poeta, un músico, un artista, un científico o un matemático necesariamente es una expresión de rasgos que forman parte de una personalidad. Tales esfuerzos, por ejemplo, requieren la utilización de experiencia, conocimiento y rasgos del carácter que pueden ser caracterizados de forma justa como expresión de esos elementos de la personalidad. Justin Hughes expresó alguna vez esta idea de forma algo paradójica, al decir que la creación de contenido intelectual "materializa" esta dimensión de la personalidad.[16]

Existen dos direcciones que el argumento de la personalidad puede tomar. Primero, se puede argüir que la materialización de la personalidad (es decir, el contenido intelectual producido) es algo separado de la personalidad y la expresa. Alternativamente, se puede argüir que tal contenido constituye una extensión de la personalidad (o quizá la personalidad del autor). En cualquier caso, el argumento concluye que esta la personalidad del autor (la cual es "propiedad" del autor) resulta en que el autor tenga una pretensión legítima de titularidad sobre el contenido.

Ambas versiones son vulnerables a una objeción. Contra la primera versión, se puede argüir que la afirmación de que alguien sea el dueño de su propia personalidad no implica, por sí misma, que esa persona sea el dueño de las "expresiones" de su personalidad. La titularidad de la personalidad no se convierte, al menos de forma obvia, en titularidad sobre las expresiones de la personalidad. Si yo combino una camisa y unos pantalones en un atuendo que exprese mi personalidad, no tengo derechos de titularidad que impidan que los demás utilicen un atuendo muy similar.

Contra la segunda, se puede señalar que es implausible pensar que las expresiones de personalidad en forma de contenido intelectual son extensiones literales de la personalidad (o de la persona), en el sentido de que forman parte de la personalidad (o de la persona). Si tales expresiones se convierten en la personalidad de alguien, parecería derivarse que se es dueño de cualquier cosa que constituya parte de esa personalidad, como ocurriría con cualquier extensión de algo. Pero no es plausible pensar en una novela como una parte literal de la personalidad del autor o de una

[16] Hughes, Justin, "The philosophy of intellectual property". *Georgetown Law Journal,* vol. 77, 1988. Digo "paradójicamente" porque no todo el contenido es material.

persona; una novela bien puede ser expresión de las esperanzas o miedos de alguien, pero la novela no es en sí misma una esperanza o miedo.

VII. Un defecto del argumento de la inversión a favor de la propiedad intelectual

Muchos argumentos de la inversión a favor de la propiedad intelectual parecen ser vulnerables a una objeción común. Mientras los argumentos contra la propiedad intelectual parecen haber prestado insuficiente atención al asunto de si los autores tienen un interés moralmente protegido en sus creaciones, la mayor parte de los teóricos de la inversión parecen haber prestado insuficiente atención al asunto de si la comunidad tiene un interés moralmente protegido en el contenido creado por otros. Seguramente, si los intereses de los autores son relevantes, también lo son los intereses de las otras personas. En realidad, se podría plausiblemente creer que puede haber contenido tan importante para la humanidad que el interés de las demás personas, puesto junto, derrota cualquier interés que el autor tenga en ese contenido.

Para ver el problema, considérese de nuevo algunos argumentos de la inversión. Los argumentos de la personalidad no consideran la medida en la cual la comunidad podría tener un interés legítimo en el contenido creado por otros; el único interés explícitamente considerado es el interés propio del autor en extensiones o expresiones de su ser. De forma similar, aunque los argumentos lockeanos tienen por condición que exista suficiente del recuso para los demás, muchos lockeanos y neo-lockeanos simplemente asumen que esto es cierto; McFarland, por ejemplo, nunca considera la medida en la cual las vidas de los otros pueden ser empeoradas al darle a un autor el control exclusivo sobre el contenido de su creación. Parece ser claro que una evaluación adecuada de la legitimidad de la protección de la propiedad intelectual debe evaluar *todos* los intereses que las personas podrían tener en alguna pieza de contenido intelectual.[17]

[17] Algunos neo-lockeanos han intentado hacer esto al teorizar la condición lockeana en mayor detalle y aplicarla a asuntos de propiedad intelectual. Moore, por ejemplo, interpreta la condición como un principio que permite la propiedad intelectual en la medida en que sea óptima en el sentido de Pareto. Un problema con utilizar la optimalidad de Pareto para este propósito es que es vulnerable a contraejemplos. Si A descubre la única cura posible contra el cáncer y perversamente decide conservarla privandósela de las personas con cáncer, los pacientes con cáncer están en una peor posición en el sentido siguiente: ellos tienen una oportunidad positiva de sobrevivencia antes de la apropiación exclusiva de A de la cura, dado que, después de todo, alguien podría haberla descubierto y hecha disponible

VIII. Ponderando los intereses de los autores y los intereses de la comunidad

En este momento, parece claro que una evaluación completamente adecuada de los derechos de la propiedad intelectual tendría que considerar *todos* los intereses que las personas pueden tener en el contenido intelectual. Aunque los argumentos de la inversión fracasan en mostrar que la inversión de trabajo es suficiente para crear derechos de propiedad sobre objetos intelectuales o materiales, ellos tienen la virtud de considerar el interés legítimo que los autores tienen sobre sus creaciones. Como tal, los argumentos de la inversión sugieren una aproximación plausible para la determinación de si alguien debería ser titular de un derecho jurídico limitado de excluir a los demás de la apropiación de un objeto. Para determinar si el Derecho debería permitir excluir a otros de la apropiación de un objeto material o intelectual, debemos ponderar todos los intereses en juego. Si mis intereses sobre X son suficientemente fuertes para prevalecer sobre los intereses de todas las otras partes interesadas, entonces este hecho es una buena razón (aunque no necesariamente una razón decisiva) para pensar que mi interés en X debe ser protegido justificadamente por el Derecho. Esto, por sí mismo, no nos dice todo lo que queremos saber acerca de la forma específica que tal protección debería tomar, pero nos dice que la moralidad política concede alguna protección jurídica substantiva del interés.

1. *Los intereses del autor en su tiempo y trabajo*

Esto debe quedar claro desde el comienzo: los creadores de contenidos tienen un interés *prudencial* (es decir, un interés desde el punto de vista del auto-interés objetivo o percibido) en controlar el uso y diseminación de sus creaciones. Al dedicar tiempo y energía a la creación de contenido intelectual, un autor debe desviar tiempo y energía de otras actividades. Esto significa que cualquier despliegue particular de tiempo y energía envuelve costos que son relevantes desde el punto de vista de la racionalidad prudencial, incluyendo los costos de oportunidad que están involucrados cuando alguien renuncia a otras oportunidades de dedicar recursos en una actividad particular.

---

libremente; ahora esta oportunidad les ha sido negada a ellos. Dado que la protección de derechos de propiedad intelectual en tales casos usualmente se da por sentada por los defensores de tal protección, este caso funciona como un contraejemplo.

Es importante enfatizar que el interés prudencial es de profunda relevancia. Mi tiempo y energía importan bastante para mí porque sé que tengo una cantidad limitada de ambos. Como todos los demás, soy un ser finito con una rango de vida limitado. Con cada momento que dedico a una tarea particular, gasto uno de la cantidad limitada de momentos que tengo en la vida para hacer todas las cosas que hacen a una vida valiosa.

Y, como envejezco progresivamente, mi tiempo y energía se vuelven incrementalmente preciosos para mí. Existen al menos tres razones para esto, una biológica y las otras psicológicas. Primero, y de forma más obvia, nuestras cantidades disponibles de tiempo y energía se vuelven más pequeñas en la medida en que finalice nuestro tiempo de vida. Segundo, tendemos a volvernos más sensibles sobre nuestra propia mortalidad en tanto más envejecemos. Es bien sabido que las personas mayores tienen un sentido más agudo de su propia mortalidad que personas más jóvenes, y que ese sentido se vuelve más agudo a lo largo del tiempo. Tercero, la experiencia de una persona tiende a cambiar en tanto ella crezca: el paso de un año es experimentado de forma más rápida por una persona mayor que por una persona menor. Como cuestión general, estos elementos conducen a las personas a asignar más valor a los gastos de tiempo y energía cuanto más envejezcan porque todo gira la atención al hecho desafortunado de que su cantidad de momentos es limitada.

En cualquier caso, no parece controversial que, una vez que alcanzamos cierta edad, consideraremos nuestras inversiones de tiempo y energía como prudencialmente valiosas. La mayoría de nosotros tiene una lista de proyectos que son importantes, cosas que queremos hacer y cumplir en la vida. Los niños sienten que ellos tienen un cantidad ilimitada de tiempo y energía que los adultos generalmente ya no tienen. Tenemos tiempo y energía para hacer todas las cosas que da forma y sentido a nuestras vidas. Pero si queremos cumplir estas cosas, tenemos que asignar el valor relevante a nuestro tiempo y energía –algo que es claro para cualquier adulto–.[18] Desde el punto de vista de nuestros propios intereses, nuestro tiempo y energía tiene valor, es decir, tenemos un interés prudencial en nuestro tiempo y energía.

Es cierto, por supuesto, que el simple hecho de que las personas tengan generalmente un interés *prudencial* en algo nos dice poco acerca de si ellos tienen un interés *moralmente protegido* en ello. Por sí mismo, la afirmación de que X quiere o valora algo no implica que X tenga un interés moralmente

[18] Esta verdad obvia es expresada en una variedad de eslóganes bien conocidos, como "el tiempo es dinero".

protegido en ello. Las personas comúnmente quieren o valoran cosas, como prestigio y poder sobre otros, a lo cual la moralidad no concede ninguna protección significativa.

Pero el punto aquí no es sólo el punto descriptivo de que las personas generalmente valoran su tiempo y energía: también debe ser claro que, como una cuestión normativa de racionalidad práctica, las personas *deberían* considerar su tiempo y energía como algo prudencialmente valioso. Alguien a quien no le importa en absoluto como gasta su tiempo y energía puede ser caracterizado de forma justa como haciéndose un perjuicio a sí mismo –y quizá a la comunidad en general–.

Hay dos puntos normativos aquí. Primero, parece claro que debemos, como una cuestión de racionalidad prudencial, valorar nuestro tiempo y energía. Como una cuestión conceptual, los intereses son cosas que nos importan o nos deben importar. Pero si a X le importa –o le debería importar– obtener *p*, y X sabe que *q* es necesario para obtener *p,* entonces X tiene una razón para que le importe *q*. Éste es sólo un principio de racionalidad de fines y medios: el hecho de que X valore o debería valorar *p,* como cuestión de racionalidad, proporciona una razón para que a X le importen los medios que él sabe que son necesarios para obtener *p*. Dado que tener tiempo y energía son medios necesarios para obtener cualquiera de nuestros intereses y dado que esto es obvio para adultos racionales, parece que se sigue que nos debería importar nuestro tiempo y energía, como una cuestión de racionalidad prudencial.

Segundo, es razonable pensar que la falla de una persona en asignar cualquier valor prudencial a su tiempo y energía es señal de alguna enfermedad psicológica. Alguien que no asigna ningún valor a su tiempo y energía probablemente asigne poco o nada de valor a sus propios intereses de forma general. En realidad, la afirmación de a X no le importan en absoluto sus propios intereses, sino que lo único que le importa es su tiempo y energía, parece incoherente. Los principales recursos que tenemos para perseguir nuestros intereses son nuestro tiempo y nuestra energía –un hecho que es obvio para cualquier agente racional, de acuerdo con el cual, si una persona no se interesa en estos recursos, es razonable concluir que ella no se interesa en sus propios intereses. Pero alguien a quien no le importen sus propios intereses probablemente está gravemente deprimido, y posiblemente suicida; es patológico, como cuestión normativa de bienestar físico y psicológico, no preocuparse por los intereses propios o por los recursos centrales para perseguir nuestros propios intereses.

La importancia normativa de tales intereses desde el punto de vista de la racionalidad, entonces, proporciona alguna razón para pensar que los intereses prudenciales que tenemos en nuestro tiempo y energía reciben alguna protección de la moralidad. Los seres humanos tienen el estatus moral especial de *personalidad*, el cual les confiere un derecho moral fundamental al respeto, y es difícil ver cómo se podría respetar a una persona sin respetar esos intereses que son centrales para prosperar en todas las formas que deberían. Ésta es la razón por la que, por ejemplo, la obligación moral de respetar a las personas demanda que respetemos sus vidas y su autonomía.

Es razonable pensar, entonces, que los demás deberían respetar esos intereses que tienen la importancia, para seres como nosotros, que el tiempo y la energía tienen. De nuevo, el punto no es sólo que algunos de nosotros nos preocupamos por nuestro tiempo y energía, o incluso que *todos* no preocupamos por esos recursos; más bien, el punto es que todos *deberíamos* preocuparnos por cómo gastamos nuestro tiempo y energía porque ellos son centrales para asegurarnos de que prosperemos de las formas en que debemos. Esto distingue nuestros intereses en tales materiales de intereses que son más triviales desde un punto de vista moral, tales como nuestros intereses en tener estándares más afluentes de vida que nos permitan, por ejemplo, comprar carros más grandes y costosos. El respeto moral por las personas seguramente requiere respeto por aquellos intereses que son profundamente centrales para asegurar que las personas prosperen en las formas que deben hacerlo; esos recursos son profundamente centrales para nuestro bienestar y prosperidad. Si ello es así, entonces es razonable pensar que nuestros intereses y nuestro tiempo y energía reciban protección relevante de la moralidad.

La afirmación de que nuestros intereses en nuestro tiempo y energía sean protegidos se armoniza bien con otros principios morales que aceptamos comúnmente. Tendemos a considerar a las personas que no se preocupan por los gastos de su tiempo y energía como moralmente deficientes en un varios de aspectos. Por ejemplo, consideramos que ellas están "malgastando sus vidas" –"malgasto" definido aquí como algo que tenemos fuertes razones morales para evitar–. De forma similar, las consideremos como improductivas y, por tanto, como poco beneficiosas a nuestra sociedad. La industria, la productividad y el deseo de cumplir algo no son, por supuesto, sólo valores prudenciales; no preocuparse por la realización es considerado un defecto desde el punto de vista de la moral. Pero en la medida en que esos valores tienen relevancia moral, las personas deben dedicar tiempo y energía para expresar esos rasgos. En la medida en que el

tiempo y la energía de X tiene valor moral, parece claro que no sólo X tiene una obligación moral de utilizar esos recursos sabiamente, sino que también las demás personas tienen una obligación de respetar el tiempo y la energía de X.

Un argumento más fuerte está disponible con respecto a la relevancia moral de nuestros intereses y nuestros gastos de *tiempo*. Es razonable pensar que lo que valoramos, o *debemos* valorar, es nuestro tiempo como un fin en sí mismo, y no simplemente como un medio. Aunque puede ser cierto que la energía sólo es instrumentalmente valiosa (es decir, valiosa como un medio para alcanzar otros fines) porque permite alcanzar otros fines haciendo cosas, el tiempo es tanto instrumental como intrínsecamente valioso. El tiempo es, por supuesto, de considerable valor instrumental sólo porque tener tiempo es una condición necesaria para ser capaz de cumplir *cualquier* fin; no podemos ser o hacer nada si no tenemos una cantidad disponible de tiempo. Pero si una vida consciente y continua es, como parece ser, de considerable valor intrínseco (es decir, valiosa por sus propios méritos como un fin en sí mismo), entonces se sigue que tener una cantidad de tiempo también tiene valor intrínseco considerable para un ser consciente: alguien que no tiene tiempo disponible no está vivo.

De nuevo, existen dos puntos aquí, uno descriptivo y uno normativo. El punto descriptivo es que las personas generalmente consideran los momentos de su vida como fines en sí mismos y por tanto valiosos por sus propios méritos. El punto normativo es que *debemos* considerar los momentos de nuestras vidas como fines en sí mismos y por tanto como valiosos por sus propios méritos. Si debemos considerar nuestras vidas como intrínsecamente valiosas, entonces debemos considerar cada momento como intrínsecamente valioso, dado que, de nuevo, una vida consciente consiste en momentos en los que un ser es consciente.

Además, parece claro que las personas también deberían considerar el *tiempo de los demás* como un fin en sí mismo, precisamente porque el tiempo de los demás es, y debe ser, intrínsecamente valiosos para ellos. Si, como parece razonable, debemos ver las *vidas* de los demás como intrínsecamente valiosas, entonces se deriva que debemos valorar los momentos que constituyen esas vidas como intrínsecamente valiosos.

El análisis anterior sugiere por tanto que se le concede protección moral relevante a nuestros intereses prudenciales de tiempo. Mientras que la afirmación de que algún recurso *r* es, o debe ser, considerado como *instrumentalmente* valioso no implica que la moralidad proteja el interés de esa persona en *r,* la afirmación de que *r* es –y debe ser– considerado como

intrínsecamente valioso parece implicar que la moralidad proteger el interés *r*. Como cuestión de teoría moral substantiva, lo que es y lo que debe ser considerado como intrínsecamente valioso para seres como nosotros con un estatus moral especial de personalidad es merecedor de respeto moral porque esos valores constituyen nuestros fines últimos; y es difícil dar sentido a la idea de que merecemos respeto *qua* personas si lo que debemos considerar como nuestros fines últimos no merece respeto de otros.

Otra forma plausible de respetar este recurso intrínsecamente valioso es respetar, dentro de sus límites, el interés que una persona tiene en el control del uso de lo que ella crea utilizado su tiempo. Respetar el tiempo de otra persona requiere abstenerse de hacer algo que en últimas convertiría a ese gasto de tiempo en un desperdicio de un recurso valioso. Y debe ser claro que proteger el interés en controlar el uso y la diseminación de la creación de alguien es un valor merecedor de una forma de respeto. Pagarte, por ejemplo, un precio negociado por el uso limitado de tu creación, y respetar esos límites, claramente preserva el valor de tu gasto de tiempo.

Las anteriores consideraciones sugieren, entonces, que tenemos un interés moralmente protegido en el tiempo y la energía que gastamos en la creación de contenido intelectual. Aunque nuestro tiempo y energía pueden ser sólo instrumentalmente valiosas, es suficientemente central para nuestra prosperidad, de modo que es razonable pensar que recibe alguna protección de la moralidad. Además, nuestro interés en el tiempo que gastamos es intrínsecamente valioso y por tanto merecedor de respeto. Y una forma de proteger esos intereses es permitirle al autor algún control –aunque no necesariamente absoluto– sobre el contenido que él hace disponible al mundo.

2. *Los intereses de otras personas*

Los autores claramente no son las únicas personas a quienes les importa el contenido intelectual; a otras personas también les importa bastante ese contenido. Después de todo, no existiría mucha disputa, como cuestión empírica, acerca de los derechos de propiedad intelectual si las personas no tuvieran un interés relevante en el contenido creado o descubierto por otros. Esto, por supuesto, no es decir que no sería un problema si no fuera importante, sólo sugiere que la comunidad no se preocuparía mucho sobre éste si no tuvieran un interés en tal contenido. La disputa de la propiedad intelectual es polémica precisamente porque a las personas les interesa bastante el contenido que ellos crean y el contenido que es creado por otros.

Los intereses de las personas en el contenido creado por otro presumiblemente difieren en peso dependiendo del tipo de contenido en cuestión.

Es razonable pensar, por ejemplo, que algunos de estos intereses en algún contenido asciende al nivel de *necesidad,* si alguna pieza de contenido es vital para la supervivencia de otras personas, entonces sus intereses son adecuadamente caracterizados como "necesidades". Pero no todos los intereses ascienden al nivel de necesidad. Aunque los seres humanos no pueden prosperar en todas las formas en las que ellos deberían sin acceso a algún contenido artístico, sería inexacto caracterizar nuestros interés sobre tales contenidos como necesidad. Las personas simplemente no necesitan arte de la misma forma que necesitan comida, agua y abrigo. Además, mucho de los contenidos deseados no son buscados por los individuos porque sean necesarios para prosperar de un modo relevante; existe mucho contenido, por ejemplo, que busca entretener o divertir, o incluso, aliviar el aburrimiento. Esos intereses sólo ascienden a deseos que son considerablemente menos importantes que las necesidades materiales fundamentales para prosperar.

3. *Ponderando los intereses*

Lo anterior sugiere que el balance de intereses diferiría dependiendo del peso de los intereses que las personas tienen el contenido creado por otros. No es implausible pensar que las personas tienen, por ejemplo, un interés especialmente importante en el contenido intelectual que ellos *necesitan* para sobrevivir, y esto sugiere que los intereses de los autores en el contenido intelectual pueden ser derrotados en casos que involucren un interés vital, aunque esto no significa que al autor no se le deba ninguna compensación. Debe ser cierto, por ejemplo, que los individuos y naciones deben tener suficiente información que les permita competir en una economía global y por tanto que los autores no deberían tener derecho de excluir a otros de tal información. En realidad, bien se podría tomar la posición de que toda la información científica que ha conducido o potencialmente podría conducir a avances tecnológicos que mejorarían la condición de las personas más pobres del mundo no debería ser protegida a través de la propiedad intelectual.

En realidad, parece razonable pensar que, cuando más, una protección muy limitada a los derechos de propiedad intelectual sobre hechos es moralmente apropiada. Primero, es mucho más probable que el contenido fáctico tenga aplicaciones que conducirían a suplir necesidades de sobrevivencia; el contenido no fáctico no puede tener un papel en el desarrollo de nuevas tecnológicas de la agricultura, la informática o médicas. Segundo, el

papel del autor en hacer disponible el nuevo contenido fáctico es diferente del papel de un autor que hace disponible nuevo contenido no fáctico. Si Einstein no hubiera descubierto la teoría de la relatividad, alguien más eventualmente lo hubiera hecho. Pero si Dickens no hubiera escrito *Historia de dos ciudades,* nadie más lo habría hecho. Los autores particulares son indispensables en la creación de contenido no fáctico, pero no en el descubrimiento de contenido fáctico. En casos donde es más probable que alguien más produzca el mismo contenido, la recompensa por producir el contenido será más limitada que en otros casos –sin importar cuanto tiempo, energía o esfuerzo se haya utilizado. De acuerdo con esto, los intereses de las demás personas en el contenido fáctico descubierto por otros es suficientemente importante, como mínimo, para condicionar la protección que la moralidad proporciona a los intereses de los autores en tal contenido.

Pero, en otros contextos, es discutible que los intereses de otras personas no sean suficientemente relevantes para derrotar el interés del autor en el valor que genera para el mundo. Es cierto, como fue notado anteriormente, que algún contenido no vital, como el contenido artístico, puede ser adecuadamente caracterizado como necesario para la prosperidad humana completa, pero sería ridículo, por ejemplo, afirmar que la necesidad de acceder a las últimas canciones de *50 Cent* es algo necesario para prosperar en alguna forma moralmente relevante. Aunque puede (o no puede) ser divertido escuchar a la última canción de *50 Cent,* es simplemente implausible pensar que una persona no puede prosperar sin acceso gratuito a ella. Lo que esto significa es que los intereses de otras personas en prosperar derrotan los intereses de los creadores de contenidos en algunos casos, pero no en todos los casos de contenido artístico.

Parece claro, sin embargo, que el interés del autor derrota a los demás intereses de las demás personas en el contenido que es simplemente deseado. Aunque siempre es un hecho moralmente relevante que algún agente *A* quiera *p*, no es suficientemente fuerte para generar alguna protección relevante de este interés. En ausencia de condiciones excepcionales, si *A* quiere *p* y yo puedo satisfacer su deseo por *p,* sería algo bueno desde el punto de vista de la moralidad para mí proveer *p* a *A*. Pero la afirmación de que *A* quiere *p,* por sí misma, no implica que sería erróneo no proveer de *p* a A si puedo hacer eso. En realidad, no proveer a una persona con algo que ella quiere no es ni siquiera una propiedad que convierta en *incorrecto* a un acto; si bien puede ser bueno proporcionar *p* a A, a falta de circunstancias excepcionales, no genera ninguna razón en absoluto para pensar que no proveer *p* a A es *prima facie* inmoral. Nuestros meros deseos no pueden tener ningún peso moral relevante.

En los casos donde el contenido es simplemente deseado o querido, entonces, parece que los intereses de los creadores de contenidos en el control limitado sobre el contenido que ellos crean derrota el interés de las demás personas. Por un lado, el creador de contenido gasta recursos precioso en la forma de una cantidad limitada de vida y energía para traer nuevo valor al mundo. Por el otro lado, otras personas simplemente quieren pasar el rato o divertirse con tal contenido.

Por supuesto, pueden existir muchas personas que quieran el contenido y sólo haya un creador de contenido cuyos intereses son relevantes, pero esto no es suficiente para derrotar el interés del creador del contenido. El interés del creador del contenido es suficientemente relevante para recibir protección moral: en la medida en que mi conducta gaste la vida o energía de otra persona, es moralmente problemático. Pero el hecho de que alguien quiera un contenido no es suficientemente relevante, por sí mismo, para merecer ninguna protección moral: aunque puede ser bueno darle a alguien algo que quiere, no hacerlo no es erróneo, ni siquiera presuntamente erróneo. Un interés que recibe protección moral, como el del autor, no puede ser derrotado al agregar los intereses que no la reciben. La diferencia entre los dos intereses, desde un punto de vista moral, es *cualitativa* y no *cuantitativa.*

Irónicamente, lo que la mayor parte que los críticos de la propiedad intelectual quieren gratis es un contenido no informativo que es simplemente deseado (no necesitado). Es razonable pensar que la gran mayoría de la música, películas y novelas contemporáneas (las cuales no son, hablando en sentido estricto, "información" porque no pretenden expresar contenido proposicional verdadero[19]) son queridas primariamente para entretenimiento y diversión. La personas que comparten ilegalmente archivos musicales en línea están violando el Derecho por la simple razón de querer estar entretenidos o experimentar el placer de escuchar la música más nueva, bajo la idea de que su deseo es mucho más importante que el tiempo y esfuerzo de los creadores de los contenidos.

Aquí vale recordar que, con respecto al contenido artístico, los autores no sólo crean una pieza de contenido, *sino que también la demanda por ella.* No habría demanda, por ejemplo, para *Historia de dos ciudadanos* si Dickens nun-

[19] Véase, Ken Himma, "Information and intellectual property protection: evaluating the claim that information should be free". *APA Newsletter in Philosophy and Law*, 4, 2005, pp. 2-8; también disponible en *http://ssrn.com/author=328842*, para una defensa detallada de este punto. Véase, además, Luciano Floridi, "Information" en Blackwell Guide to the Philosophy of Computing and Information, Oxford, Blackwell Publishing, 2004.

ca la hubiera escrito. No podría haber ninguna demanda para una canción que nunca fue escrita. Aunque es cierto que las personas quieren contenido artístico y pueden querer el contenido de un artista en particular, el deseo no tiene ningún foco particular hasta que un creador de contenido le da forma cuando proporciona una pieza de contenido adecuada. Los artistas satisfacen deseos que ellos mismos generan. Muchas personas creen que esos deseos, los cuales no tendrían si no hubiera personas que los crearan, tienen precedencia sobre cualquier interés que un artista tiene sobre la distribución de sus creaciones. Pero en la medida que concierna al contenido que es simplemente querido, esto parece implausible.

IX. Sumario y conclusiones

En este ensayo, he revisado y evaluado varios argumentos a favor y en contra de la protección de propiedad intelectual, concluyendo que alguna protección es legítima. En particular, he sostenido que el interés de los creadores de contenidos tienen sobre el contenido que crean o describen es más importante que los intereses de otras personas en casos que no involucran contenido que es necesario para la necesidad humana de sobrevivir, prosperar o florecer en ciertas formas importantes. Es cierto, por supuesto, que la afirmación de que el interés del autor es más relevante que el interés de las demás personas en ciertas clases de contenido no implica claramente que el autor tiene un *derecho* moral a la propiedad intelectual. Sin embargo, tal afirmación seguramente proporciona una razón suficiente para conceder alguna protección jurídica rigurosa a los intereses de los creadores de contenidos sobre sus creaciones. Un modo razonable de hacer esto es permitirles un *control* limitado sobre la disposición de sus creaciones.

X. Bibliografía Citada y Recomendada

BARLOW, John Perry. "The economy of ideas: selling wine without bottles on the global net.", 1993, Documento electrónico disponible en *http://www.eff.org/~barlow/ EconomyOfIdeas.html*.

BUGBEE, Bruce, *Genesis of American patent and copyright law*. Washington, D.C, Public Affairs Press, 1997.

FINNIS, John, *Natural law and natural rights*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

FLORIDI, Luciano, "Information" en *Blackwell Guide to the Philosophy of Computing and Information*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004.

HETTINGER, Edwin, "Justifying intellectual property". *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, 1989.

HIMMA, Kenneth E., "There's something about Mary: the moral value of things *qua* information objects." *Ethics and Information Technology*, vol. 6, 2004.

_____, "The moral significance of the interest in information: reflections on a fundamental right to information." *Journal of Information, Communication, and Ethics in Society*, vol. 2, 2004.

_____, "The question at the foundation of information ethics: does information have intrinsic value?" in Bynum, T., Pouloudi, N., Rogerson, S., y Spyrou T. (eds.) *Challenges for the citizen of the Information society: Proceedings of the seventh international conference on the social and ethical impacts of information and communications technologies*, ETHICOMP, 2004.

_____, "Information and intellectual property protection: evaluating the claim that information should be free". *APA Newsletter in Philosophy and Law*, 4, 2005; también disponible en *http://ssrn.com/author=328842*.

_____, "Justifying intellectual property protection: why the interests of content-creators usually wins over everyone else's" en Rooksby E., *Information Technology and Social Justice,* Idea Group, 2007; disponible online en: *http://papers.ssrn.com/sol3/ papers.cfm?abstract_id=840584*.

HUGHES, Justin, "The philosophy of intellectual property". *Georgetown Law Journal*, vol. 77 1988.

LANDES, William M. y POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property,* Cambridge: Harvard University Press, 2013.

LEMLEY, L. "Property, intellectual property, and free riding". *Texas Law Review,* vol. 82, 2005.

LESSIG, Lawrence, *The future of ideas.* NY, Random House, 2001.

LITMAN, J., *Digital copyright*. Amhearst, NY, Promethius Books, 2001.

MCFARLAND, Michael C., "Intellectual property, information, and the common good". *Proceedings of the Fourth Annual Ethics and Technology Conference,* 1999.

MOORE, Adam, *Intellectual property and information control: philosophic foundations and contemporary issues*. Rutgers, NJ, Transaction Publishing/Rutgers University Press, 2001.

_____, "Intellectual property, innovation, and social progress: the case against incentives-based arguments," *Hamline Law Review*, vol. 26, 2003.

_____, Privacy, intellectual property, and hacking. En Himma, K.E. (ed.) Readings in internet security: hacking, counterhacking, and society. Sudbury, MA: Jones & Bartlett Publishers, 2006.

POSNER, Rirchard, *The economics of justice.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.

NOZICK, Robert, *Anarchy, state, and utopia.* NY, Basic Book, 1974.

ROSEN, Gideon "Abstract objects". *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available from *http://plato.stanford.edu/entries/abstract-objects/*, 2001.

SCHMIDTZ, D., "When is original appropriation required?" *The Monist*, vol. 73, 1990.

SIMMONS, A.J. *The Lockean theory of rights*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.

SPINELLO, Richard, "The future of intellectual property". *Ethics and Information Technology,* vol. 5, 2003.

TAVANI, Herman, "Balancing intellectual property rights and the intellectual commons: A lockean analysis". *Journal of Information, Communication, and Ethics in Society,* 2, supplement, 2005.

_____, "Information wants to be shared: an alternative framework for analyzing intellectual property disputes in the information age". *Catholic Library World*. 73,

_____, *Ethics and information technology*. Hoboken, NJ, John Wiley and Sons, 2007.

WALDRON, Jeremy, *The right to private property*. Oxford, Oxford University Press, 1988.

_____, "From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property". *Chicago-Kent Law Review*, vol. 68, 1993.

CAPÍTULO 66

KANT Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTRACTUAL: LAS TEORÍAS BASADAS EN LA AUTONOMÍA

Martín HEVIA*

SUMARIO. I. *El derecho contractual*. II. *Dos tipos de teorías del derecho contractual*. III. *La teoría jurídica kantiana*. IV. *Fried y la teoría moral kantiana*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía básica recomendada*.

Este artículo es una introducción a las teorías del derecho contractual basadas en la idea de autonomía individual, en particular, en la obra de Immanuel Kant. Me concentraré en las dos teorías del derecho contractual basadas en la autonomía que, según creo, han sido las que más impacto han tenido en la literatura. Por un lado, me concentraré en la teoría jurídica contractual que el propio Kant desarrolló en *La Metafísica de la Moral*[1] y que muchos filósofos del derecho han estudiado recientemente para explicar las doctrinas fundamentales del derecho contractual. Por otro lado, presentaré la teoría contractual que el Profesor Charles Fried desarrolla en su libro *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*.[2] Inspirado en la teoría moral de Kant, Fried define al contrato como un intercambio de promesas. Para Fried, entonces, incumplir un contrato equivale a incumplir una promesa. Fried funda la obligación moral de mantener una promesa en el deber de no violar la autonomía del promisorio: cuando el pro-

* Decano y Profesor de la Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella. Este trabajo está basado en artículos que han sido publicados anteriormente. La sección I está basada en "Justicia Distributiva, Justicia Correctiva y Derecho Contractual" en Martín Hevia (comp.), *Ensayos Interdisciplinarios sobre Derecho Civil y Comercial*, D.F., Fontamara, 2012; la sección III está basada en el capítulo 5 de mi libro *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, Dordrecht, Springer, 2012; la sección IV está basada en "Contract as Promise – casi 30 años después", *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 195-208.

[1] Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, trad. de Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

[2] Cambridge, Harvard University Press, 1981.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2501-2531.

mitente incumple su promesa, se abusa de la confianza que causó violando en consecuencia la autonomía del promisorio.[3]

El artículo está organizado del siguiente modo. En la sección I, comienzo describiendo los elementos esenciales del derecho contractual. La sección II introduce una clasificación de teorías contractuales y explica a qué categoría pertenecen las teorías kantianas. En la sección III y IV, introduzco ambas teorías, intentando mostrar qué aspectos del derecho contractual explican bien y qué aspectos no logran explicar. En primer lugar, en la sección III, introduzco la teoría jurídica kantiana y las objeciones que se le han presentado. Luego, la sección IV introduce la teoría de Fried y las objeciones que se le han presentado. Finalmente, en la sección V, ofrezco una conclusión.

I. El derecho contractual

¿Qué debe explicar una teoría del derecho contractual para captar adecuadamente aquello que llamamos derecho contractual en nuestra cultura jurídica? En primer lugar, las obligaciones contractuales son *obligaciones adoptadas voluntariamente*. Por ello, el *consentimiento* de las partes es fundamental. En segundo lugar, una teoría del derecho de los contratos debe dar cuenta del *"efecto relativo"* de los contratos.[4] Permítanme explicar. Las obligaciones voluntarias son obligaciones que uno debe a personas determinadas. Así, cuando A le comunica a B su intención de celebrar un contrato con éste, A quiere obligarse a hacer algo para B, y no para el resto del mundo. Es por eso que los derechos contractuales son derechos personales o *in personam*, esto es, derechos cuyo titular puede oponer a otro individuo, que tiene la obligación correlativa de cumplir con lo que prometió. Las obligaciones contractuales, a su vez, pueden ser obligaciones de hacer, de no hacer o de dar (es decir, de entregar algún bien). La naturaleza correla-

[3] El interés de los filósofos del derecho por desarrollar teorías de este tipo es fruto de la reacción de filósofos del derecho provenientes de jurisdicciones de *common law* al auge del análisis económico del derecho, que justifica y/o explica las instituciones jurídicas apelando al criterio de maximización de la utilidad -. Desde la década de 1970, entonces, los filósofos del derecho han tomado las ideas de Aristóteles, Hegel y Kant, en particular, la idea de autonomía, para desarrollar teorías de diferentes ramas del derecho –incluyendo al derecho privado -. Ver Spector, Horacio, "Fairness versus Welfare From a Comparative Law Perspective", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, núm. 2, 2004, p. 525.

[4] En el *common law,* la doctrina lleva el nombre de "privity of contract".

tiva de los contratos también explica cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento: puesto que el promitente se obligó frente al tenedor de la promesa, y no frente al resto del mundo, sólo el tenedor de la promesa puede pedir compensación ante el incumplimiento. Del mismo modo, dado que sólo el promitente, y nadie más, le debe algo al tenedor de la promesa, en caso de incumplimiento, la víctima sólo puede reclamarle al promitente, y a nadie más. Por ello, en la tradición civilista se hace referencia al "efecto relativo de los contratos": por regla, los terceros no pueden ni demandar ni ser demandados en base al contrato.

En las jurisdicciones de derecho civil, la regla es que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor puede exigir el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación. En el caso del derecho argentino, por ejemplo, en realidad, el artículo 505 del Código Civil le da al acreedor el derecho de optar entre exigir el cumplimiento específico de la obligación, una indemnización cuyo monto equivalga al valor del cumplimiento de la obligación o la opción de pedir a un tercero que cumpla por el deudor. En la mayoría de los casos, los bienes por los que se contrata son bienes para los que se puede encontrar, en mayor o menor medida, un buen sustituto en el mercado. En tal caso, si en caso de incumplimiento, el deudor indemniza por el valor del bien en el mercado más una suma que lo compense por el costo del retraso en el cumplimiento –los intereses moratorios– y el costo de búsqueda del bien en el mercado, el acreedor quedará satisfecho porque la indemnización lo colocaría en la misma posición en la que el acreedor estaría si el contrato se hubiese cumplido. Cuando el bien prometido no puede conseguirse en el mercado, entonces obligar al deudor a que cumpla con su obligación parece razonable.

En las jurisdicciones de *common law*, la regla es que, en caso de incumplimiento, el deudor le debe pagar al acreedor *"expectation damages"*,[5] que podríamos traducir como indemnización por los daños causados por la expectativa frustrada. El contenido de tal indemnización dependerá de qué esperaba el acreedor del contrato y qué es lo que el deudor podía pensar o prever que el acreedor *razonablemente* buscaba obtener mediante su celebración. La expectativa razonable del acreedor puede incluir no sólo a la cosa prometida (suponga que se trata de un contrato de compraventa), sino también a los usos potenciales que el acreedor le iba a dar a la cosa prometida. Ésta es la regla que nace con el precedente *Hadley v. Baxendale,*[6] la –así

[5] Para este punto véase Benson, Peter, "The Idea of a Public Basis of Justification for Contract", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, 1996, pp. 273-319.

[6] (1854) 9 Ex. 341.

llamada– "regla de la previsibilidad". Así, por ejemplo, supongamos que la cosa prometida era un tractor que el acreedor iba a utilizar para trabajar en la cosecha de este año. Supongamos que es razonable asumir que el vendedor del tractor podía prever, o debió haber previsto, que el comprador le iba a dar tal uso al tractor. En ese caso, el *common law* le exigirá al deudor que también se haga cargo, al menos parcialmente, de las pérdidas que le trae al comprador el no haber podido utilizar el tractor para mejorar la calidad de la cosecha.[7]

En algunos casos, obligar al deudor a cumplir con su obligación no está permitido. Se trata de los supuestos en los que la obligación es una "obligación de hacer", esto es, una obligación que implique que el deudor realice cierto acto (que no sea, por supuesto, la mera entrega de un bien material, en cuyo caso la obligación es una "obligación de dar"). En este supuesto, se dice que no es moralmente aceptable ejercer violencia física sobre el deudor para obligarlo a cumplir. En las obligaciones de hacer, en los supuestos en que el deudor no quiere cumplir específicamente con lo prometido, la indemnización, o bien el pedido a un tercero de que cumpla con la obligación (a costa del deudor), parecen soluciones también razonables. En el *common law* este problema no se presenta muy seguido porque, por regla, los tribunales conceden *expectation damages* al acreedor, en cuyo caso la disquisición acerca de la naturaleza de la obligación no es importante.

Los juristas y los tribunales se sienten incómodos con la idea de forzar a alguien a cumplir con su obligación contractual. Esta posición es habitual tanto en la tradición continental como en el *common law*; en ambas, se cree

[7] En el common law, también se dice que hay dos acciones adicionales, alternativas a *expectation damages*. La *acción de restitución* evita el enriquecimiento sin causa del promitente: si el demandado incumplió su promesa de realizar cierta prestación en favor del demandante y el demandante-promisario le había entregado algo al demandado-promitente a cambio de su promesa de cumplir con dicha prestación, el derecho obliga al demandado a devolver aquello que había recibido a cambio de su prestación. La *indemnización por daños basados en la confianza* tiene por objetivo dejar al demandante en la misma situación en la que estaba antes de celebrar el contrato con el demandado-promitente. Supongamos que, confiando en que el demandado-promitente cumpliría con su obligación contractual, el demandante-promisario invirtió en bienes relacionados con el objeto del contrato. Por ejemplo, supongamos que la prestación contractual es la compraventa de un campo, que el demandante-promisario desea cosecharlo y que, para ello, confiando en que efectivamente tendría el campo a su disposición, compró tractores (que de nada servirían si no tuviese el campo a su disposición). El demandado-promitente incumple su obligación. En ese supuesto, el demandado tendrá que pagar una indemnización que deje al demandante en una posición que sea tan buena como aquella en la que se encontraba antes de que el demandado hiciera su promesa.

que el cumplimiento específico o forzoso de las obligaciones *intuitu personae* es una intromisión excesiva en la libertad de las personas. Como explica Kronman, "incluso un contrato de duración corta que implique el cumplimiento rutinario de tareas inobjetables es un contrato de auto-esclavización y, por consiguiente, un contrato jurídicamente no vinculante si prohíbe que el empleado pueda reemplazar el cumplimiento de la obligación con el pago de una indemnización monetaria".[8] Por esta razón, una sentencia que obligue al cumplimiento forzoso de una obligación requiere una justificación especial. En ocasiones, los tribunales obligan al cumplimiento forzoso cuando se trata de obligaciones de no hacer, cuando el deudor debe entregar un bien considerado único y la indemnización no compensaría completamente al acreedor, o cuando la obligación es impersonal, tal como la obligación de dar una suma de dinero.[9]

Para terminar, un principio central del derecho contractual es la interpretación de buena fe de los contratos. El derecho requiere que las partes se comporten de buena fe. Una cláusula contractual que dijera que el contrato en cuestión no debe interpretarse de buena fe sería inaceptable.

II. Dos tipos de teorías del derecho contractual

Las teorías del derecho contractual pueden clasificarse en dos tipos de teorías, las teorías *ex ante* y las *ex post*. Las teorías *ex ante* son teorías que adoptan una perspectiva que mira hacia el futuro. Por ejemplo, supongamos que debemos decidir si adoptamos o no adoptamos una determinada regla. Desde la perspectiva *ex ante*, nos formularíamos preguntas del siguiente tipo: ¿Qué efectos tendrá esta regla? ¿Qué tipo de consecuencias producirá? ¿Serán consecuencias valiosas o disvaliosas? En la filosofía moral y política, esta perspectiva está asociada al consecuencialismo o al utilitarismo o *welfarismo*.[10] Las teorías consecuencialistas del derecho contractual son teorías que justifican la existencia (o inexistencia) del derecho contractual a la luz de si éste promueve un valor, o un conjunto de valores. Algunos autores sostienen que la existencia del derecho contractual es contingente: su justi-

[8] Kronman, Anthony T., "Specific Performance", *University of Chicago Law Review*, vol. 45, núm. 2, 1978, pp. 351-382, p. 473.

[9] Smith, Stephen A., *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 155

[10] Esta forma de explicar la distinción es de Lawrence Solum. Véase *http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/09/legal_theory_le_2.html* (visitado por última vez el 25 de julio de 2012).

ficación depende de información empírica acerca de si tener derecho contractual es útil para promover otros fines que podamos tener. Esta posición es consecuencialista, aunque no es necesariamente una posición utilitarista. El fin que podríamos querer promover podría ser la utilidad, pero también podríamos querer promover otros, tales como al justicia distributiva, la eficiencia, e incluso la autonomía personal. Las teorías consecuencialistas comparten "el argumento general de que cualquier posición política/moral debe, al nivel fundamental, evaluar cuán justas son las instituciones sobre la base de principios normativos que también son aplicables a la [evaluación de] las decisiones de las personas".[11] El utilitarismo es un tipo de teoría consecuencialista.

Las teorías *ex ante* analizan las doctrinas del derecho contractual a la luz del valor que busquen promover. Así, por ejemplo, en la literatura filosófica sobre el derecho contractual, en su ensayo *seminal* "Contract Law and Distributive Justice",[12] Anthony Kronman evalúa si el derecho contractual es justo a la luz de la justicia distributiva. Kronman explica que tanto la voluntariedad de los contratos como todos los aspectos esenciales de los contratos deben justificarse en función de la justicia distributiva.

Las teorías *ex post*, en cambio, adoptan un punto de vista que es histórico, es decir, mira hacia el pasado. Por ejemplo, supongamos que tenemos que determinar si un determinado estado de cosas es justo o injusto; digamos, un estado de cosas en el que alguien me ha causado un daño. Para responder a esta pregunta, desde una perspectiva *ex post*, formularíamos preguntas del siguiente tipo: ¿Quién actuó incorrectamente y quién no lo hizo? ¿Hubo violación de derechos? En la filosofía moral y política, la perspectiva *ex post* está asociada con posiciones deontológicas. Las teorías kantianas que discuto en este trabajo son teorías *ex post*. Según explicaré en las siguientes secciones, estas teorías determinan cuáles son los derechos y obligaciones de las partes apelando al consentimiento de las partes. Así, dos personas estarán obligadas por un contrato en la medida en que hayan consentido a los términos del acuerdo en cuestión. Además, dado que el consentimiento puede generar obligaciones, el incumplimiento de las obligaciones voluntarias como las contractuales puede dar lugar a responsabilidad civil.

[11] Murphy, Liam, "Institutions and the Demands of Justice", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 27, núm. 4, 1998, p. 251.

[12] *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, núm. 3, pp. 472-511. Más recientemente, Kordana y Tabachnik sostuvieron una posición similar en "Rawls and Contract Law", *The George Washington Law Review.*, vol. 73, núm. 3, 2005, p. 598.

En las siguientes dos secciones, me concentro en dos teorías kantianas del derecho contractual. Para cada una de ellas, analizaré en qué medida logran explicar estas características de los contratos. Comenzaré con la teoría jurídica de Kant.

III. LA TEORÍA JURÍDICA KANTIANA[13]

En esta sección, introduzco la teoría del derecho contractual que Kant desarrolló en *La Metafísica de la Moral.* Para hacerlo, es necesario comenzar por la teoría jurídica del derecho privado en general. El punto de partida de la teoría jurídica contractual de Kant en la *Doctrina del Derecho*, una de las partes de la *Metafísica*, es la noción de "independencia" y de "autonomía". Para Kant, la autonomía no es una característica de los agentes aislados, sino que es una idea relacional: A es independiente de B en la medida en que no esté sujeto a las decisiones de B. Así, si una persona fuera el único habitante del mundo, si tuviera a su alcance un conjunto de acciones valiosas para hacer, e incluso si pudiera realizarlas, no tendría sentido decir que esa persona es "autónoma".

La noción de independencia no es universal. No todo ente puede ser autónomo. La independencia presupone la distinción entre personas y cosas. Para Kant, las personas tienen una capacidad para determinar cuáles son sus propios planes. Las cosas, en cambio, son meramente medios para perseguir esos objetivos. Por eso, es habitual que los filósofos morales sostengan que "las personas son fines en sí mismos".

Para que las personas puedan establecer sus propios planes, necesitan de medios. Los medios incluyen al dominio sobre el cuerpo propio, que tenemos en virtud del mero hecho de ser personas: no es necesario que hagamos nada para tener derecho a usar nuestro cuerpo. Este derecho es lo que Kant llama "derecho innato". Los poderes externos, a los que Kant llama "cosas", son los medios que tenemos para perseguir los planes que podemos adoptar en virtud de nuestra condición de personas. Decir que una

[13] Esta sección está basada en el capítulo 5 de mi libro *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, Dordrecht, Springer, 2012. A su vez, la descripción que en ese capítulo hago de la teoría contractual de Kant está basada en Ripstein, Arthur, "Kant on Law and Justice", en Thomas E. Hill Jr. (ed.), *The Blackwell Guide to Kant´s Ethics*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009; y en Ripstein, Arthur, *Force and Freedom – Kant´s Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009. véase, además, FUERZA Y LIBERTAD. TEORÍA JURÍDICA KANTIANA

persona es dueña de ciertos medios es decir que las cosas que posee están sujetas a su decisión.

Las personas independientes son las que pueden determinar a qué fines afectar los medios que poseen. Esta idea de independencia es la que lleva a que Kant rechace la esclavitud: el esclavo depende completamente de las decisiones de su amo, que no tiene la obligación de justificar sus decisiones ante su esclavo.

Dada la distinción entre personas y cosas, la pregunta que surge es:

> Cómo una pluralidad de personas separadas, con fines separados, puede ser libre de perseguir sus planes al máximo, cualesquiera sean, en la medida en que sean compatibles con la libertad de las demás personas de ejercer la misma libertad. La persecución de planes separados, a su vez, requiere de límites recíprocos a la libertad que reflejan las maneras diferentes en las que interactúan las personas. Para que los límites sean recíprocos, deben obligar a todos del mismo modo, es decir, deben concordar con una ley universal.[14]

La distinción entre personas y cosas lleva a la idea de que hay tres modos en que las personas pueden interactuar y, al mismo tiempo, tres modos en que se puede interferir con la capacidad de las personas para perseguir sus planes. Cada una de estas interferencias dará lugar a una reacción del derecho. Esas reacciones estarán justificadas porque la idea de límites recíprocos a la libertad implica que es permisible restringirla para protegerla. Así, si, al perseguir mis planes, violo sus derechos, lo privo de su derecho a usar sus medios para fines con los que usted concuerde (al violar sus derechos, uso sus medios sin su consentimiento). En consecuencia, para Kant, está justificado restringir mi libertad para obligarme a que lo deje en situación de ser el amo de sus medios nuevamente.

Los modos posibles de interacción entre personas son los siguientes:[15]

1. Podemos perseguir nuestros planes de modo independiente, lo que requiere de derechos de las personas y de propiedad. Veamos. Los derechos de propiedad son derechos a tener a disposición las cosas para poder establecer y perseguir los planes de vida propios. Dado que las cosas son nece-

[14] Ripstein, Arthur, "Authority and Coercion", *Philosophy and Public Affairs,* vol. 32, núm. 1, 2004, p. 10.

[15] Para una discusión excelente de la clasificación de las obligaciones en la obra de Kant, ver Weinrib, Jacob, "What Can Kant Teach Us About Legal Classification?", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 23, núm 1, 2010, pp. 203-231. Tomo la descripción de los tres modos posibles de interacción de Ripstein, Arthur, "Kant on Law and Justice", *op. cit.,* y en Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 13.

sarias para establecer y determinar planes de vida propios, deben ser protegidas. Así surge la idea de derechos de propiedad, es decir, el poder de controlar las cosas propias y de excluir a los demás de su uso si así lo queremos. En consecuencia, si alguien interfiere con mi propiedad, por ejemplo, si usa mis cosas sin pedirme permiso, viola mis derechos, es decir, me priva de mi poder de decisión sobre mis cosas. El derecho de la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento sin causa (o *unjust enrichment* en la terminología del *common law*) son el reflejo de la responsabilidad que surge como consecuencia de las relaciones entre personas que persiguen sus planes de manera independiente. El derecho de la responsabilidad extracontractual se ocupa de los casos en los que una persona daña a la persona o a la propiedad de otra sin el consentimiento de esta última. En esos casos, obliga al demandado a indemnizar al demandante por los daños que le haya causado.[16] A su vez, el enriquecimiento sin causa existe cuando una persona se queda con propiedad de otra sin el consentimiento de aquella.

2. Una persona puede actuar en nombre de otra, lo que da lugar a reglas jurídicas sobre status. En las relaciones fiduciarias, las personas actúan de un modo interdependiente, pero no consensualmente. Este tipo de interacción da lugar a relaciones que son similares a los derechos sobre las cosas: son relaciones de status en virtud de las que una persona puede actuar y tomar decisiones en nombre de la otra. En estos escenarios, los intereses del beneficiario dependen de las decisiones del fiduciario. El fiduciante no tiene capacidad para consentir o estar en desacuerdo con las decisiones que toma el fiduciario; es un límite estructural de este tipo de relaciones. Pero el fiduciario tiene la obligación de promover los intereses del fiduciante, es decir, no puede hacer lo que se le antoje. El ejemplo fundamental de este tipo de relaciones es la de la relación entre padres (o tutores, según el caso) e hijos menores de edad. Los padres deben actuar de modos que promuevan los intereses de sus hijos. Es decir, los padres no pueden tratar a sus hijos como meros medios para promover sus fines; los hijos no son cosas, aunque la incapacidad estructural para consentir hace que los padres tengan esta relación fiduciaria con sus hijos.

3. Finalmente, podemos perseguir nuestros planes conjuntamente, intercambiando bienes o servicios voluntariamente, lo que requiere de un sistema de derecho contractual. En esta sección me ocupo de la teoría kan-

[16] Para una discusión de teorías kantianas de la responsabilidad extracontractual, ver el artículo de Jorge Fabra en este libro.

tiana del derecho contractual en detalle. Veamos.

Según Kant, con la excepción de las personas independientes, todo puede ser objeto de un derecho adquirido. Por consiguiente, las acciones de otras personas también pueden adquirirse. Podemos transferirnos contractualmente el uso de determinados poderes. Esto da lugar a los derechos oponibles a otras personas, propios del derecho contractual. Los contratos generan derechos y obligaciones correlativas. Así, al momento de la formación del contrato, y antes del cumplimiento de la obligación, el acreedor adquiere del deudor la posesión de algo, pero no de algo material: el acreedor obtiene un *crédito* contra el deudor. El contenido de tal crédito es el cumplimiento de la obligación del deudor, esto es, un hecho (o una omisión, según el caso) del deudor. La obligación de cumplir con el contrato es una obligación de darle al demandante algo a lo que tiene derecho, a saber, el cumplimiento del deudor tal como está especificado en los términos del acuerdo entre el deudor y el acreedor.[17]

Esto no quiere decir que, al momento de la celebración del contrato, el acreedor se convierta en dueño del deudor (como si éste fuera esclavo del acreedor), sino que el acreedor tiene un derecho para exigirle al deudor que cumpla con su obligación de entregar el bien prometido o de cumplir con el servicio prometido, dependiendo del contenido del contrato que hayan celebrado. Kant lo explica del siguiente modo:

> Mediante un contrato adquiero algo externo. Pero, ¿qué es lo que adquiero? Puesto que se trata simplemente de la causalidad de la decisión de otro en relación al acto que me prometió, lo que adquiero directamente por un contrato no es una cosa externa sino su acción mediante la que la cosa queda en mi control de modo tal que la hago mía. Por un contrato, entonces, adquiero la promesa del otro (pero no lo que me prometió) y aun así algo se agrega a mis pertenencias externas; me enriquecí (*locupletior*) al adquirir una obligación activa sobre la libertad y los medios de otro.[18]

El acreedor, entonces, adquiere del deudor lo que el derecho llama un derecho *in personam*, esto es, un derecho que un individuo puede hacer valer frente a una persona en particular que, a su vez, tiene la obligación correlativa de cumplir con su obligación.

[17] Para este punto, ver Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 1.

[18] *Ibidem*, 6:723. Son las normas de la libertad las que requieren que sea posible poseer la acción de otro. Si el hecho de que yo posea la posibilidad de exigirle que haga algo es compatible con su libertad, con la mía, y con la de todos los demás, entonces ello tiene que estar jurídicamente permitido. Para este punto, ver: Byrd, Sharon y Hrushka, Joachim, "Kant on "Why Must I Keep My Promise", *Chicago Kent Law Review*, vol. 81, núm 1, 2006, pp. 47-58.

La dimensión transaccional de los contratos explica el tipo de derecho que el acreedor adquiere contra su deudor. En los términos del derecho, el acreedor tiene un derecho *in personam*, oponible a su deudor. Como mencioné anteriormente, estos derechos son derechos que una persona puede oponer a otra persona en particular, y no al resto del mundo; en cambio, los derechos reales, o derecho *in rem*, son oponibles *erga omnes*. Por supuesto, los derechos reales pueden tener origen transaccional, es decir, pueden adquirirse mediante la interacción entre personas; por ejemplo, cuando usted me transfiere la propiedad de un bien de su propiedad. Pero el derecho real subsecuente es oponible *erga omnes*, es decir, es oponible incluso a aquellos que no participaron de nuestra transacción. En cambio, el derecho personal solamente puede adquirirse de la persona ante quien puede oponerse.

Es importante resaltar que, en los contratos que obligan al deudor a la entrega de un bien, dado que el acreedor adquiere un derecho personal oponible a su deudor, no adquiere la propiedad del bien en cuestión. Este hecho nos lleva a la pregunta: si no es al momento de la celebración del contrato, ¿cuándo es que el acreedor se convierte en el dueño del bien prometido? Esta pregunta surge respecto de los contratos en los que la entrega del bien no tiene lugar al momento de la celebración del acuerdo. Pensemos en el ejemplo de la compraventa de un caballo, diferida en el tiempo. Kant sostiene que, antes de la entrega del caballo, si las partes no se ponen de acuerdo acerca de quién debe tener la posesión del caballo, y el comprador lo deja en manos del vendedor, aquel no es el dueño del caballo.[19] El comprador se convierte en su dueño solamente después de que tenga el caballo en su posesión y realice un acto independiente de la celebración del contrato que establezca el derecho *in rem* sobre el caballo. Tanto en la tradición continental como en la del *common law*, estos actos llevan el nombre de "actos posesorios".

En la mayoría de los contratos que no son de cumplimiento inmediato, las partes se pondrán de acuerdo respecto de la fecha en la que la entrega del bien debe tener lugar. Antes de la entrega del bien, dado que el comprador no es todavía dueño del bien, es el vendedor, y no el comprador, quien debe hacerse cargo si se materializa cualquier daño que sufra el bien en cuestión. Ello es así en virtud de que el acreedor solamente tiene un derecho a exigir que el deudor cumpla con su obligación de poner al acreedor en la posición en la que puede obtener la posesión del caballo.[20]

[19] Para una discussion de este punto, ver Benson, Peter, "The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law", en David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 455-456.

[20] Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 1, 6:275.

Ahora, si las partes se ponen de acuerdo respecto de una fecha en la que el acreedor debe buscar el caballo para obtener la posesión, y éste no se hace presente, se justifica que el deudor transfiera al acreedor cualquier riesgo que podría enfrentar el bien en cuestión.

1. *Objeciones*

A. *Primera objeción*

En el *common law*, la acción estándar por incumplimiento contractual es la indemnización por las expectativas frustradas (*expectation damages*), es decir, una indemnización que tiene por objetivo dejar al demandante en la misma situación en la que estaría si el demandado hubiese cumplido con el contrato. Ahora bien, si una vez que celebramos un contrato, el acreedor es dueño de una acción del deudor y si, según Kant, dicha acción es un medio del acreedor, ¿cómo se explica el hecho de que el acreedor no tenga derecho al cumplimiento específico y forzoso de la obligación? [21] Si la libertad no exige cumplimiento específico, ¿qué exige?

Una respuesta posible es que, si bien idealmente los acreedores tienen derecho al cumplimiento específico de la obligación, una vez que el deudor incumplió, se torna imposible cumplir con la obligación tal como había sido pactada originalmente. Como explica Smith, "por definición, lo que prometió hacer para un tiempo en particular ya no se puede hacer…lo mejor que el deudor puede hacer es actuar de un modo similar al de la obligación original".[22]

Otra posible respuesta podría asociarse con la sugerencia de Holmes: "La obligación de cumplir con un contrato significa… que… usted debe pagar daños y perjuicios en caso de que lo incumpla – y nada más que eso–".[23] Otro modo posible de entender las obligaciones contractuales es de modo tal que sean promesas "disyuntivas" de o bien cumplir con lo prometido, o bien pagar una indemnización por los daños y perjuicios.[24]

[21] Tomo este punto y la pregunta de Hodgson, Louis-Philippe, "Collective Action and Contract Rights", *Legal Theory*, año 2011, vol. 17, núm. 3, pp. 209-226.

[22] Smith, Stephen A., *op. cit.*, nota 9, p. 54.

[23] Holmes, Jr., Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, vol. 10, núm. 8, 1897, p. 462.

[24] Gold, Andrew S., "A Property Theory of Contract", *Northwestern University Law Review*, vol. 103, núm 1, 2009, p. 54.

De acuerdo con esta segunda posibilidad, en verdad, la indemnización no sería consecuencia del incumplimiento porque las partes del contrato originalmente habían acordado que el deudor podía elegir pagar los daños, en lugar de cumplir específicamente. En algunos casos, podría ser cierto que las partes entendieron que su contrato era una promesa disyuntiva. Sin embargo, no es el modo en que habitualmente las partes ven a los contratos que celebran. Por consiguiente, estas explicaciones no son satisfactorias porque no capturan la naturaleza pública del lenguaje del derecho contractual.[25]

Veamos qué explicación podría ofrecer el teórico kantiano. Hodgson lo explica del siguiente modo:

> Si la justificación última de los derechos contractuales es la libertad, entonces el objetivo del derecho al conceder la indemnización debe ser asegurar que la libertad de la víctima del incumplimiento no esté amenazada por el incumplimiento. La compensación, entonces, solo será adecuada en la medida en que sea equivalente al cumplimiento como medio con el que la víctima puede perseguir su plan. En otras palabras, para determinar qué califica como compensación adecuada, debemos preguntar qué pondrá a la víctima en la posición que habría tenido, con respecto a la persecución de sus planes, si el deudor hubiese cumplido el contrato. En circunstancias normales, ello exige que la compensación se base en el valor de mercado del cumplimiento esperado. Una visión de los derechos contractuales basada en la libertad requiere que la acción estándar sea la indemnización por la frustración de las expectativas.[26]

Como explica Hodgson, la provisión "con respecto a la persecución de sus planes" juega un rol fundamental en el argumento. Los demandantes no tienen un derecho a sentirse tan contentos o satisfechos como se sentirían si el deudor hubiese cumplido con el contrato.[27] Su derecho es a tener a su disposición nuevamente los medios. La felicidad o satisfacción, como tales, no son medios para que las personas establezcan y persigan sus planes. Del mismo modo, en la responsabilidad extracontractual, si alguien lo hace infeliz pero no te daña o no daña a tu propiedad, usted no tiene derecho a ser compensado.[28]

[25] Smith, Stephen A., *op. cit.*, nota 9, p. 54.

[26] Hodgson, Louis-Philippe, *op. cit.*, nota 21, pp. 224 y 225.

[27] *Idem*.

[28] Tomo este punto de Ripstein, Arthur, "As It Had Never Happened", *William & Mary Law Review*, vol. 48, núm. 5, 2007, p. 1984.

Andrew Gold propone una explicación diferente:

"En los casos contractuales en los que el deudor decide no cumplir a pesar de haber transferido un interés de propiedad en el cumplimiento de la promesa, el incumplimiento infringe los derechos del acreedor. Ello implica cometer daño y la justicia correctiva requiere que se rectifique la pérdida que sufre el acreedor. Sin embargo, a la luz del rol que al

Es importante mencionar, también, que el teórico kantiano tiene a sus manos una explicación del alcance de la indemnización por responsabilidad por incumplimiento. El incumplimiento de nuestro contrato lo priva de algo que le pertenece. Al incumplir el contrato, lo estoy privando no solamente de sus medios, sino también de los usos posibles que usted habría dado a sus medios. Si bien no tiene a su disposición los usos posibles que habría dado a sus medios con la misma certeza que tiene los medios en cuestión (no tiene necesariamente certeza del uso que podría darle a los medios), de todos modos, tiene derecho a que se lo compense por la pérdida de los usos posibles de esos medios (con mi incumplimiento, usted ya no tiene la posibilidad de usarlos en el mismo sentido en que la tenía antes del incumplimiento).[29] Sin embargo, no cualquier destino que usted podría haberle dado a sus medios cuenta por igual. Para determinar el alcance de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, y si alcanza a los daños que en el *common law* llevan el nombre de *consequential damages*, debemos mirar al momento de la celebración del acuerdo. De acuerdo con la doctrina del famoso *Hadley* vs. *Baxendale*, que mencioné en la primera sección de este artículo, es necesario determinar si, al momento de la celebración, es razonable asumir que las partes podían o debían haber contemplado el uso que el acreedor le daría a lo adeudado. Consideremos ahora otro ejemplo del *common law*, el caso *Security Stove & Mfg. Co.* vs. *American Railway Express Co*.[30] En el caso citado, un fabricante de estufas esperaba un modelo nuevo de estufas que tenía que ser enviado por barco a una feria de comercio. En la feria, el fabricante esperaba obtener clientes nuevos. El fabricante había invertido en la feria; por ejemplo, el presidente de la fábrica y sus empleados habían viajado para estar presentes en la feria. El problema fue que no

autonomía tiene en la circunscripción del interés del acreedor en el cumplimiento, el incumplimiento es una violación permisible del derecho de propiedad del deudor." Gold, Andrew S., *op. cit.*, nota 24, pp. 57 y 58. Gold agrega que "el pago de la indemnización es un ejercicio de justicia correctiva dentro de los límites establecidos por el valor de la autonomía. Puede que sea injusto que el deudor no reconozca el derecho de propiedad del acreedor al cumplimiento, pero sería más injusto todavía no reconocer el valor de la autonomía del deudor." No creo que sea necesario recurrir a la idea de violaciones permisibles al derecho de propiedad porque, si los derechos contractuales son medios, el acreedor víctima del incumplimiento tiene derecho a los medios de los que el deudor lo priva al incumplir. Según creo, la indemnización por las expectativas frustradas no es una compensación por la infracción a un derecho de propiedad cuyo contenido es el cumplimiento; la indemnización, más bien, devuelve al acreedor los medios que debería tener a su disposición. *Ibidem*, p. 58.

[29] Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 13, p. 21.

[30] 227 Mo. App. 175, 51 S.W. 2D 572 (1932).

tuvieron nada para mostrar allí: como la empresa encargada de enviar la estufa incumplió con su obligación, el fabricante perdió la chance de intentar ganar clientes nuevos. Por supuesto, era imposible saber con certeza cuánto dinero habría ganado el fabricante si hubiese podido mostrar en la convención el producto en cuestión. Sin embargo, había certeza respecto del uso que el fabricante le iba a dar al bien: su intención era utilizarlo para atraer clientes nuevos, que podrían ser fuente de ganancias en el futuro.

En resumen, la indemnización por los daños causados por la frustración de expectativas redime el derecho del acreedor al cumplimiento de la obligación porque le da al acreedor los medios a los que éste tenía derecho en virtud del contrato.

B. *Segunda objeción*

¿Qué ocurre cuando las partes de un contrato no incluyen cláusulas respecto de la fecha de entrega del bien, o respecto de quién cargará con los daños que el bien pueda sufrir antes de su entrega? Una respuesta posible es que, en la tradición continental, el Código Civil establecerá normas supletorias que contemplen los escenarios en los que las partes no han pactado nada acerca de la fecha de entrega del bien. También podría ocurrir que, después de la celebración del acuerdo, las partes estén en desacuerdo respecto de cómo deben interpretarse diferentes cláusulas del acuerdo celebrado. Las partes también podrían estar en desacuerdo acerca de qué excusas podrían alegar para justificar su incumplimiento. En este caso, los códigos suelen establecer que los contratos deben interpretarse y ejecutarse "de buena fe". Ahora bien, las reglas supletorias y la interpretación de buena fe son criterios externos a la voluntad de las partes y es una objeción importante la de que la teoría jurídica kantiana no tiene herramientas para explicar elementos centrales del derecho contractual como esos dos. En un artículo famoso, Richard Craswell sostuvo que la gran mayoría de los conflictos que las partes de un contrato dirimen en los tribunales requieren que los tribunales se ocupen de temas que las partes no consideraron en el acuerdo, o que consideraron pero interpretan de modos diferentes. En estos casos, según explica Craswell, los tribunales "completan" los contratos.[31]

Según Craswell, esta observación muestra que una teoría del derecho contractual buena debe explicar cómo deben actuar los tribunales en este tipo de escenarios en los que hay desacuerdos entre las partes. Para Craswell, las teorías basadas en derechos padecen de una enfermedad incurable

[31] Craswell, Richard, "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising", *Michigan Law Review*, vol. 88, núm 3, 1989, pp. 489-529.

porque, por definición, para suplementar la voluntad de las partes, si las partes no se han puesto de acuerdo en todo, los tribunales deben acudir a estándares externos a la voluntad de las partes para completar el contrato o resolver la controversia.[32] El rol más importante de una teoría del derecho contractual lo tienen estos estándares externos y no la autonomía de las partes, que no es de ayuda para resolver los conflictos más habituales que tienen lugar en torno a los contratos.[33]

Los partidarios de las teorías basadas en los derechos o en la autonomía han considerado la objeción de Craswell argumentando que, al contratar, las partes de un contrato asumen que existen reglas supletorias y reglas de interpretación que son parte del contrato. Sin embargo, Craswell ha argumentado que ello no responde a la objeción porque no es obvio por qué debemos asumir que las partes han asumido que existen reglas propias de su cultura jurídica (por ejemplo, la existencia de reglas supletorias) que se incluyen implícitamente en el contrato.[34]

En *Risks and Wrongs*, Jules Coleman acepta el desafío de salvar de este ataque a las teorías de la autonomía, que el llama "teorías del consentimiento". Coleman defiende un enfoque de negociación racional para llenar lagunas.[35] Coleman explica que "...a falta de un acuerdo explícito, el teórico del consentimiento está preparado para basarse de forma normativamente significativa en la racionalidad de una negociación como fundamento para imponer derechos y responsabilidades *ex post*". Coleman sugiere que "el mejor argumento disponible para el teórico del consentimiento es que los términos que son racionales para las partes ofrecen la mejor evidencia de los términos que habrían pactado".[36] Coleman llama a esta regla "el contrato *ex ante*".

Este contrato sería el resultado de una negociación racional:

> Si el contrato real expresa lo que las partes toman por un acuerdo racional entre ellos, entonces cuando su acuerdo está incompleto y necesita ser interpretado o completado por un tribunal, el tribunal debería expresar lo que hubiera sido racional para las par-

[32] *Ibidem*, p. 490.

[33] *Ibidem*, p. 508.

[34] Craswell, Richard, "Expectation Damages and Contract Theory Revisited", *Stanford Public Law Law & Legal Theory Research Paper Series*, Paper No. 925980, 2006, *http://ssrn.com/abstract=925980*.

[35] Coleman, Jules, *Risks and Wrongs*. Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 165. Para una discusión del argumento de Coleman, ver mi "Coleman on Gap Filling and Default Rules", *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 12, 2012, pp. 162-179.

[36] Coleman, Jules, *Risks and Wrongs*, *op. cit.*, nota 35, p. 174.

> tes pactar. El cambio del consentimiento verdadero al hipotético no debería modificar el contenido del principio.[37]

Coleman concluye que "el mejor argumento disponible para los teóricos del consentimiento es que los términos que son racionales para las partes ofrecen la mejor evidencia de los términos que hubieran pactado".[38]

En resumen, para Coleman, la teoría de la negociación racional ofrece una justificación para elegir normas supletorias para llenar lagunas que los teóricos de la autonomía deberían aceptar. Estas reglas reflejan el consentimiento hipotético, que expresa aquello que es racional que las partes de un contrato elijan, con independencia de si de hecho lo eligieron.

Para resumir, la teoría jurídica kantiana explica bien la naturaleza voluntaria y correlativa de los derechos y obligaciones contractuales, así como el efecto relativo de los contratos. También parece explicar adecuadamente por qué la acción por incumplimiento contractual es *expectation damages* y la extensión de la indemnización, que incluye a los daños que en el *common law* se llaman "consequential damages". Sin embargo, el defecto de esta teoría es que no ofrece un criterio para interpretar cláusulas contractuales o para que los tribunales completen los contratos cuando las partes no han contemplado contingencias que pudieran tener lugar durante la etapa de ejecución del contrato. En respuesta a esta objeción, Coleman ha propuesto que el teórico de la autonomía podría apelar al consentimiento hipotético, que refleja aquello que las partes racionales elegirían.

IV. Fried y la teoría moral kantiana

En esta sección me concentro en otra teoría basada en derechos, de raigambre kantiana, aunque basada en la teoría moral kantiana y no en la teoría jurídica kantiana. El punto de partida de Fried es la idea de autonomía individual. Para Fried, los individuos autónomos tienen una capacidad para desarrollar su propia concepción del bien. Para ejercer su autonomía, las personas pueden servirse de objetos externos, pero no pueden utilizar a otras personas. Esto se debe a que, en línea con la teoría jurídica kantiana, Fried traza una distinción entre objetos y personas. Como ya expliqué, las personas tienen capacidad para actuar libremente e independientemente de sus deseos; las cosas, en cambio, no tienen esa capacidad, aunque, en verdad, tampoco se puede decir que tengan deseos, salvo en el

[37] *Ibidem*, p. 166.
[38] *Ibidem*, p. 173.

caso de los animales. Las personas no debemos usarnos *meramente* unas a otras como si fuéramos objetos. Ahora bien, ello no implica que la moral no nos permita usarnos, siempre que, al hacerlo, respetemos nuestra autonomía; de hecho, la cooperación con otros es una herramienta que tenemos a nuestra disposición como herramienta para desarrollar nuestros planes.

Una manera de promover nuestros fines puede conllevar confiar en otros. Fried explica que "cuando mi confianza en la asistencia de un 3ro deriva de la convicción de que ese 3ro hará lo que es correcto (y no sólo lo que es prudente), entonces le tengo confianza, y ésta confianza se convierte en una herramienta poderosa para reflejar nuestro acuerdo de voluntades en el mundo". El dispositivo que da a la confianza su forma más "afianzada y palpable" es la promesa. Prometer es una herramienta que nos permite perseguir planes conjuntamente.

Sin dudas, las promesas son herramientas útiles para perseguir nuestros planes. Ahora, Fried no es utilitarista, es decir, no cree que la obligación moral de cumplir con nuestras promesas tenga fundamento en el hecho de que cumplir con nuestras promesas promueve la utilidad:

> Una persona tiene la obligación de cumplir sus promesas porque invocó intencionalmente una convención cuya función es dar razones –razones morales– para que otros cuenten con el cumplimiento de la promesa. Incumplir es abusar de la confianza que quien promete era libre de generar o de no generar y que intencionalmente generó.[39]

Fried resume su posición diciendo que:

> Existe una convención que define a la práctica de prometer y a sus efectos. Esta convención es un modo en el que una persona puede generar expectativas a los demás. En virtud de los principios kantianos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esta convención para hacer una promesa y después incumplirla.[40]

De acuerdo con Fried, los contratos son una especie del género "promesas". Dado que las promesas deben cumplirse, los contratos también deben cumplirse. Por supuesto, podría ocurrir que cumplir con las promesas sea eficiente, pero ello, en todo caso, es un efecto colateral, y no es la razón por la que hay que cumplirlas.[41]

[39] Fried, Charles, *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 16.

[40] *Ibidem*, p 17 [énfasis omitido].

[41] Véase Weinrib, Ernest, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 51.

Ahora bien, el reconocimiento de la autonomía requiere reconocer, también, nuestra responsabilidad por aquello que nos sale bien, pero también por nuestros fracasos y errores. Por ello, si prometemos, tenemos la obligación de cumplir con lo prometido. Para Fried, liberar a los deudores de cumplir con sus promesas equivaldría a tratarlos como niños, incapaces de entender qué implica prometer algo a otras personas.[42] El costo de la libertad para prometer o no prometer es la responsabilidad por nuestros compromisos:

> La libertad de obligarse contractualmente a cumplir con una obligación en el futuro es un ejemplo importante y llamativo de esta libertad [la libertad para disponer de los talentos, del trabajo y de la propiedad del modo en que uno desea]…porque en una promesa uno se hace responsable no sólo del ser presente sino del ser futuro.[43]

Ahora bien, ¿cuál es la obligación del deudor en caso de que incumpla con su obligación? Veamos el análisis que Fried hace de las acciones por incumplimiento contractual. En la sección I de este artículo, mencioné que, en el *common law*, normalmente se dice que las acciones por incumplimiento contractual son tres: la acción de restitución (*restitution damages*), la indemnización por daños basados en la confianza (*reliance damages*) y la indemnización por daños y perjuicios en función de la expectativa frustrada (*expectation damages*). Según Fried, la acción de restitución y la indemnización de los daños basados en la confianza pueden explicarse del siguiente modo: "Si una persona confió en una promesa y sufrió un daño, ese daño hay que repararlo; y si quien incumple un contrato recibió bienes y servicios, tiene que ser obligado a pagar un precio justo por ellos".[44] Sin embargo, Fried sostiene que "hay confianza porque la promesa es vinculante, y no al revés".[45] Es decir, ni la confianza ni la restitución, por sí solas, explican por qué hay obligación contractual; es la promesa lo que genera la obligación

[42] Fried, Charles, *op. cit.*, nota 39, p. 21. Aquí tendría sentido formularse la siguiente pregunta: Asumiendo que un individuo es perfectamente racional y que sabe muy bien qué es lo mejor para su vida, ¿se lo trataría como si fuera un niño si se le permitiera incumplir su obligación? La respuesta es afirmativa si, como Fried, pensamos que lo único relevante es que, si el individuo es autónomo, es capaz de entender las consecuencias de obligarse contractulmente. Sin embargo, si hay otros elementos que consideramos relevantes, por ejemplo, su interés en obligarse a hacer cosas que son incompatibles con las obligaciones contractuales que ya contrajo, ¿recibiría el trato que le damos a los niños si le permitiéramos incumplir con sus obligaciones contraídas previamente sin que pague costo alguno por hacerlo?

[43] *Idem*.

[44] *Ibidem*, p. 19.

[45] *Idem*.

contractual. En algunos casos, el valor de la inversión en la que incurrió el promisario es menor al valor que el promisario le asigna al cumplimiento. Por ello, si el derecho exigiera solamente que se indemnice por la confianza generada, el deudor no cumpliría con aquello que se comprometió a hacer.[46] Para Fried, si ello ocurriera, no tomaríamos en serio al promitente. Los agentes autónomos, según Fried, deben hacerse responsables por sus acciones y ello significa "tomar en serio su capacidad para determinar sus propios valores." Por supuesto, podría ocurrir que no sea fácil medir las expectativas del acreedor. Cuando ello ocurre, el estándar de la confianza puede ser útil como sustituto. Así ocurrió en *Security Stove & Mfg. Co. v. American Railway Express Co*,[47] un caso famoso en el *common law*, que expliqué en la sección anterior. Allí, como expliqué, dado que era imposible determinar con exactitud la cantidad de dinero que el fabricante habría ganado si hubiese logrado exhibir su producto, el tribunal decidió basarse en la confianza y conceder como indemnización daños en función de la confianza.[48]

Fried sostiene que, en caso de incumplimiento, el acreedor tiene derecho a que el deudor lo indemnice por la frustración de sus expectativas:

> Si prometo algo, tengo que cumplir con lo prometido; y si incumplo con mi promesa, es justo que se me obligue a entregar el valor equivalente de aquello que había prometido. En la doctrina contractual esta proposición se conoce como la *indemnización por incumplimiento medida en función de los daños causados por la frustración de las expectativas*. El estándar de las expectativas no le da a la víctima de un incumplimiento ni más ni menos de lo que habría recibido si no hubiese habido incumplimiento – en otras palabras, la víctima recibe los beneficios esperados de su acuerdo.[49]

[46] *Idem.*

[47] 227 Mo. App. 175, 51 S.W. 2D 572 (1932).

[48] Fried, Charles, *op. cit.*, nota 39, pp. 21-22. Nótese que Fried no discute si, en este caso, deberían concederse también al demandante "consequential damages". Fried simplemente asume que tiene que ser así.

[49] *Ibidem*, p. 17. Ahora bien, a veces el valor de mercado del bien prometido no equivale al valor que el demandante le asignaba a la prestación debida. Por ejemplo, quizá el demandante planeaba utilizar la cosa prometida para destinarla a algún uso en particular, o quizá también el demandante le asigna un valor especial al bien en cuestión. En esos casos, estas cuestiones también deberían estar contempladas por la indemnización que el demandado tendrá que pagarle al demandante.

Para determinar si el demandante tiene derecho a que la indemnización por incumplimiento incluya tales cuestiones, es necesario determinar si es razonable que el demandado se haga responsable por los daños que el demandante sufre por la privación de la posibilidad de utilizar la prestación que era objeto del contrato para perseguir sus fines. Esto es lo que en el *common law* se conoce como *consequential damages*. Para determinar si corresponde indemnizar por los *consequential damages*, es necesario establecer si, al momento de la celebra-

Fried, entonces, sostiene que, dado que las promesas y, por ende, los contratos, generan obligaciones, en caso de incumplimiento, el acreedor de la promesa puede exigir que lo indemnicen por las expectativas que la promesa le había generado.

En suma, según creo, la teoría contractual de Fried es, *prima facie*, muy atractiva: toma muy en serio la idea de autonomía personal. En la próxima sección considero algunas objeciones a su argumento.

1. *Objeciones*

A. *Primera objeción*

En primer lugar, como sugiere Michael Trebilcock, Fried recurre a convenciones sociales, pero no es para nada claro a qué convenciones se refiere.[50] Como explica Trebilcock, la teoría de Fried, en verdad, no está basada en la autonomía, sino en convenciones sociales como la de la obligación de cumplir con las promesas. No es claro cómo haría un tribunal para identificar qué requiere esa convención. Además, esa convención es externa a la relación entre las partes contratantes; no es la autodeterminación individual sino la convención social la que determina en qué casos debe exigirse el cumplimiento del contrato. De todos modos, incluso si los tribunales fueran capaces de identificar esas convenciones sociales, las convenciones podrían ser inmorales o injustas. En ese caso, no habría que hacerlas valer.

Fried podría contestar diciendo que, en el derecho, constantemente apelamos a convenciones sociales. Por ejemplo, en el derecho de la responsabilidad extracontractual, para determinar qué es una "persona razonable", apelamos a convenciones sociales. En la misma línea, es necesario apelar a una convención social, aunque sea vaga, para determinar si alguien hizo una promesa, para saber cuál es el contenido de tal promesa, y así. Las convenciones sociales son obviamente relevantes para el derecho contractual, y para el derecho en general. La respuesta de Fried es razonable. Sin embargo, su apelación a las convenciones sigue siendo objetable: el hecho de que exista una convención social que establezca que las promesas deben

---

ción del acuerdo, era razonable exigir al demandado que éste conociera los usos a los que el demandante iba a destinar la prestación contractual.

[50] Trebilcock, Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 165.

ser honradas no basta para concluir, sin más, que las promesas generan obligaciones jurídicamente vinculantes.

En verdad, quizá no sea necesario concentrarse tanto en el papel de la convención social en el argumento de Fried porque, en realidad, como sostiene Dori Kimel, el nudo de la tesis de Fried no es la apelación a la convención social, sino la apelación a la confianza. Para Kimel, la mejor interpretación del argumento de Fried es que las promesas son valiosas porque nos permiten hacer uso de la confianza, una herramienta esencial para perseguir nuestros planes. Ahora bien, como bien explica Kimel, no es necesaria la convención social para generar confianza: en su ausencia, podemos, de todos modos, dar razones morales para que otra persona confíe en nosotros, con las mismas implicancias normativas.[51] En este sentido, la "tesis de la práctica social" (que explica el derecho de los contratos en función de la práctica social) pierde sustento.

B. *Segunda objeción*

Una objeción fuerte al argumento de Fried es que no hay una conexión necesaria entre todas las obligaciones morales y todas las obligaciones jurídicas. Por ejemplo, si prometo que voy a leer para mañana su artículo, e incumplo con mi promesa, no se justifica obligarme a pagar una indemnización por no haberlo hecho.[52] Para justificar la obligación jurídica de cumplir con una obligación moral es necesario un argumento adicional; Fried no ofrece ese argumento.

A favor de Fried, asumamos ahora a los efectos del argumento que las obligaciones morales son o deben ser vinculantes jurídicamente y, por ende, que todas las promesas son o deben ser vinculantes jurídicamente. Incluso si partimos de este presupuesto, es necesario mostrar mucho más para llegar a la conclusión de que necesitamos derecho contractual. Como ha explicado Weinrib, "la incorrección de incumplir una promesa puede recibir expresión jurídica en modos que no sean necesariamente el cumplimiento de los contratos –mediante la aplicación de penas, por ejemplo, o mediante las acciones de responsabilidad extracontractual o de restitución del derecho privado–".[53]

[51] Kimel, Dori, *From Promise to Contract – Towards a Liberal Theory of Contract*. Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 11-12.

[52] Tomo prestado este ejemplo de Rivera López, Eduardo, "Promises, Expectations, and Rights", *Chicago Kent Law Review*, vol. 81, núm 1, 2006, pp. 21-45.

[53] Weinrib, Ernest, *op. cit.*, nota 41, p. 51.

La objeción anterior nos lleva a otra objeción. La propuesta de Fried no explica la naturaleza específica de los derechos contractuales. Veamos. Es cierto que, como dice Fried, siempre que el promitente incumple con su obligación (salvo que incumpla por caso fortuito), usa al promisario meramente como medio: el promitente genera confianza y, cuando ya no le resulta conveniente cumplir con su promesa, decide incumplir, sin que importen los intereses de quien tuvo razones morales para confiar en la promesa. Sin embargo, esto parece mostrar solamente que, si el promitente incumple, actúa inmoralmente. Es decir, Fried no explica qué es lo que da derecho al promisario a exigir el cumplimiento. En palabras de Benson,

> …[e]l argumento no explica por qué el promisario tiene un derecho contra el promitente cuyo contenido es la obligación de cumplir. En otras palabras, el argumento no va tan lejos como para explicar la existencia de una obligación que se le debe a otro por razones de justicia, a diferencia de una obligación de fidelidad o de autoconsistencia que, si bien puede estar relacionada con otro, sólo es requerida por la virtud.[54]

Un contrato no es simplemente un promitente que debe cumplir con su obligación –sin que importe para quién debe cumplir–: lo distintivo es que deba cumplir para un promisorio en particular."

El mero hecho de que yo le prometa a alguien que voy a hacer algo en su beneficio no lo convierte en dueño de nada y, entonces, incumplir con mi promesa no lo priva de la propiedad sobre nada. Es cierto que, quizá, el promisario pudo haber tenido razones para confiar en mi promesa, y ello puede ser mi responsabilidad, pero no mucho más que eso.

Siguiendo con esta línea, Fried tampoco explica correctamente por qué, en caso de incumplimiento, la víctima tiene derecho a una indemnización en función de las expectativas frustradas. La tesis de Fried no explica el hecho de que, al momento de la formación del acuerdo, el promisario adquiere un crédito contra el promitente. Por ello, no puede explicar el hecho de que la indemnización le dé al promisario aquello de lo que ya era dueño. Si el promisario no adquiere nada mediante la promesa del promitente, ¿por qué es que, para Fried, el promisario tiene derecho a que los tribunales le concedan una indemnización por los daños basados en la frustración de las expectativas? Quizá deban hacerlo por otras razones, digamos, porque es justo que el promisario reciba de parte del promitente aquello que éste le había prometido, pero no por las razones que invoca Fried.

[54] Benson, Peter, "Abstract Right and the Possibility of a Non-distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory", *Cardozo Law Rev*iew, vol. 10, núm. 5-6, 1989, p. 1116.

C. *Tercera objeción*

Volvamos ahora a la objeción de Craswell a las teorías basadas en la autonomía.[55] Recordemos que, para Craswell, las teorías basadas en la autonomía deben complementarse con criterios externos, que expliquen cómo deben completarse los contratos en caso de que tengan lagunas y cómo deben interpretarse. La teoría de Fried es una teoría basada en la autonomía y, por consiguiente, padece de este defecto fatal; de hecho, en verdad, la teoría de Fried era el blanco central que Craswell tenía en mente.

Ahora, en verdad, Fried no estaría necesariamente en desacuerdo con Craswell. Fried no tiene problemas en aceptar que, cuando las partes no incluyen alguna cuestión en el contrato, los jueces deben apelar a criterios externos a la voluntad de las partes. Fried distingue entre "interpretación" e "interpolación". "Interpretar" tiene un significado específico: es la tarea de determinar qué quisieron las partes al ponerse de acuerdo en utilizar un determinado término en su contrato. En cambio, interpolar es una tarea diferente: es la tarea de agregar contenido semántico a las palabras, o agregar cláusulas contractuales en el contrato preexistente.[56]

Para Fried, la distinción entre interpretación e interpolación traza el límite entre la teoría contractual y la teoría que no es contractual. Dado que la interpretación conlleva intentar entender las intenciones de las partes, pertenece a la teoría contractual. En cambio, la interpolación se hace necesaria cuando no hay lugar para la interpretación porque "las partes no formaron intenciones subjetivas relevantes para resolver el problema en cuestión".[57] En consecuencia, la interpolación no pertenece a la teoría contractual: implica usar estándares que son externos a la voluntad de las partes contratantes.

Jody Kraus ha sostenido que el desacuerdo entre Fried y Craswell no radica en la importancia de las teorías basadas en la autonomía para completar las lagunas, sino en la relación entre teoría semántica, convenciones e interpretación:[58]

> Para Fried… el significado que las partes subjetivamente atribuyen a los términos está informado por convenciones subyacentes. Así, cuando el significado a primera vista de

[55] Craswell, Richard, *op. cit.*, nota 31, pp. 489-529.

[56] Kraus, Jody, "Philosophy of Contract Law", en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 718.

[57] *Idem*.

[58] *Ibidem*, p. 723.

> un término no resuelve la controversia, Fried refiere a las convenciones subyacentes para determinar si el significado que las partes subjetivamente atribuyen a un término puede extenderse más allá del significado a primera vista de modo tal que resuelva la controversia. Según Fried, es realmente necesario completar las lagunas cuando las convenciones subyacentes no dan evidencia persuasiva de que haya acuerdo entre las partes. [En esos casos,] [l]os tribunales, entonces, deben ir más allá del acuerdo, y más allá del derecho contractual, para resolver la controversia.[59]

Según Kraus, es posible entender mejor la posición de Fried si se tienen en cuenta sus posiciones generales acerca de la naturaleza del derecho y de la resolución de controversias.[60] Fried sigue a Dworkin porque cree que, al incorporar principios morales, el derecho da una respuesta correcta única para cada caso que se dirime en los tribunales. La resolución de controversias contractuales, para Fried, debe tener lugar exclusivamente sobre la base de la intención subjetiva de las partes; sus acuerdos y compromisos morales previos crean obligaciones morales que los tribunales deben hacer valer. En consecuencia, cuando los tribunales tienen que completar lagunas, deben hacerlo haciendo referencia a principios morales y recordando que no está permitido sacrificar a los individuos en nombre de fines colectivos tales como la eficiencia, la redistribución o el altruismo. Para Kraus, entonces, la teoría de la obligación promisoria de Fried está inspirada en el fundamento deontológico de la teoría general del derecho de Ronald Dworkin.[61]

En resumen, la tesis de Fried es *prima facie* muy atractiva porque se toma en serio la idea de que los individuos deberían tener la libertad de perseguir sus planes intercambiando bienes y cumpliendo servicios para otros. El problema es que, a pesar del atractivo inicial, Fried no puede explicar por qué los derechos contractuales son derechos personales o, peor aún, y en el fondo, por qué son, simplemente, derechos. Tampoco puede explicar las acciones por incumplimiento contractual. Fried reconoce que su teoría no explica qué hacen los tribunales cuando deben resolver controversias contractuales, aunque sí explica qué hacen cuando tiene lugar lo que Fried llama "interpretación".

[59] *Ibidem*, p. 722

[60] *Ibidem*, p. 726.

[61] *Idem*. Como sugiere Kraus, un problema de la teoría de Fried es que, si es permisible invocar las convenciones subyacentes, éstas podrían aceptar la referencia a la eficiencia y a otros fines colectivos que impliquen sacrificar los intereses individuales.

V. CONCLUSIÓN

La revisión de dos teorías influyentes basadas en la autonomía lleva a la conclusión de que, si bien explican correctamente aspectos esenciales del derecho contractual, no los explican todos. En particular, parecería que las teorías analizadas no explican completamente qué criterios siguen o deberían seguir los tribunales en los casos en los que las partes de un contrato no han contemplado alguna contingencia o no se han puesto de acuerdo acerca de cómo interpretar ciertos términos de su contrato. Esta conclusión, en realidad, no es novedosa. La pretensión de los filósofos de desarrollar teorías del derecho contractual y la pretensión de que se trate de teorías que expliquen todo el contenido del derecho contractual ha sido fuertemente criticada. Por ejemplo, con la intención de criticar la teorización del derecho, Oliver Wendell Holmes famosamente sostuvo que "la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia".[62] Más recientemente, Stephen Waddams atacó a los teóricos por su pretensión imperialista de reducir un fenómeno complejo como el derecho privado a un conjunto de diferentes categorías.[63] Es tarea del filósofo del derecho contractual reconocer esta complejidad y abocarse a analizarla.

VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA RECOMENDADA

ATIYAH, Patrick S., *Essays on Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

_____, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

BARNETT, Randy A., "A Consent Theory of Contract", *Columbia Law Review*, vol. 86, núm. 2, 1986.

BENSON, Peter, "Abstract Right and the Possibility of a Non-distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory", *Cardozo Law Review*, año 1989, vol. 10, núms. 5-6.

[62] Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1963 [1881], p. 1.

[63] Waddams, Stephen, *Dimension of Private Law: Categories and Concepts in Anglo American Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Esta objeción no es una objeción que tenga por blanco solamente a las teorías basadas en la autonomía, sino también a las basadas en la eficiencia, o a las teorías mixtas – que explican el derecho contractual apelando a más de un valor -. Para una presentación de las teorías mixtas, ver Smith, Stephen S., *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 158-160.

_____, "Introduction", en Benson, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law – New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2001.

_____, "Philosophy of Property Law", en Coleman, Jules L. y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, 2002.

_____, "The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law", en Owen, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

_____, "The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice" *Iowa Law Review*, vol. 77, núm. 2, 1992.

_____, "The Idea of a Public Basis of Justification for Contract", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, núm. 2, 1995.

_____, "The Unity of Private Law", en Benson, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law – New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2001, cap. 4.

_____, "What Holmes Can Teach Us About Economic Loss", *Nexus Magazine*, año 2005 (primavera/verano).

BIRKS, Peter, "Definition and Division: A Reflection on *Institutes* 3.13", en Birks, Peter (ed.), *The Classification of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1997

_____, *Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

BYRD, Sharon y HRUSHKA, Joachim, "Kant on "Why Must I Keep My Promise"" *Chicago Kent Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2006.

CHAPMAN, Bruce, "Rational Choice and Reasonable Interactions", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, núm. 2, 2006.

COLEMAN, Jules L., *Markets, Morals, and the Law*, New York, Cambridge University Press, 1988.

_____, "The Grounds of Welfare", *Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 6, 2003.

_____, *The Practice of Principle – In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2001.

CRASWELL, Richard, "Against Fuller and Perdue", *University of Chicago Law Review*, vol. 67, núm. 1, 2000.

_____, "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising", *Michigan Law Review*, vol. 88, núm. 3, 1989.

DANZIG, Richard, "Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law", *Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 2, 1975.

EISENBERG, Melvin A., "Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law", *California Law Review*, vol. 93, núm. 4, 2005.

FRIED, Charles, *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

FULLER, Lon L. y PERDUE, JR., William R., "The Reliance Interest in Contract Damages", *Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 3, 1937.

FULLER, Lon L., "The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally", en Winston, Kenneth (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1983.

GARDNER, John, "The Purity and Priority of Private Law", *University of Toronto Law Journal*, vol. 46, núm. 3, 1996.

GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State Press, 1974.

GOLD, Andrew S., "A Property Theory of Contract", *Northwestern University Law Review*, vol. 103, núm. 1, 2009.

GORDLEY, James, "Contract Law in the Aristotelian Tradition" in Peter Benson (ed.), *The Theory of Contract Law: New Essays* (New York: Cambridge University Press.

_____, "Equality in Exchange", *California Law Review*, año 1981, vol. 69, núm. 6.

_____, "The Moral Foundations of Private Law", *The American Journal of Jurisprudence*, volume 47, número 1, 2002.

HEVIA, Martín, "Kronman on Contract Law and Distributive Justice", *Journal of Contract Law*, vol. 23, núm. 1 y 2, 2007.

_____, *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law* Dordrecht, Springer, 2012.

HODGSON, Louis-Philippe, "Collective Action and Contract Rights", *Legal Theory*, vol. 17, núm. 3, 2011.

HOLMES, JR., Oliver W., *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1963 [1881].

_____, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, vol. 10, núm. 8, 1987.

KANT, Immanuel, *The Metaphysics of Morals,* trad. de Gregor, Mary, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1996.

KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, *Fairness Versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

KIMEL, Dori, *From Promise to Contract – towards a liberal theory of contract*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

KORDANA, Kevin Y TABACHNIK, David, "Rawls and Contract Law", *George Washington Law Review*, vol. 73, núm. 3, 2005.

KRONMAN, Anthony T., "Contract Law and Distributive Justice", *Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 3, 1980.

_____, "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts", *Journal of Lhegal Studies,* vol. 7, núm. 1, 1979.

_____, "Paternalism and the Law of Contracts", *Yale Law Journal*, vol. 82, núm. 5, 1983.

_____, "Specific Performance", *University of Chicago Law Review*, vol. 45, núm. 2, 1978.

LUCY, W.N.R., "Contract as a Mechanism of Distributive Justice", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, num. 1, 1989.

MARKOVITS, Daniel, "Contract and Collaboration", *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 7, 2004.

_____, "Making and Keeping Contracts", *Virginia Law Review*, vol. 92, núm. 7, 2006.

MURPHY, Liam, "Institutions and the Demands of Justice", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 27, núm. 4, 1998.

NICHOLAS, Barry, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

PERRY, Stephen, "On the Relationship between Corrective and Distributive Justice", en Horder, Jeremy (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1a. ed., New York, Little, Brown & Company, 1973.

RAMSAY, Marc, "The Buyer/Seller Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure", *University of Toronto Law Journal*, vol. 56, núm. 1, 2006.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, ed. rev., Cambridge, Harvard University Press, 1999.

_____, *Justice as Fairness - A Restatement*, Cambridge, The Belknap Press of the Harvard University Press, 2001.

_____, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

_____, "Social Unity and Primary Goods", en Sen, Amartya y Williams, Bernard (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1982.

RIPSTEIN, Arthur, "As It Had Never Happened", *William & Mary Law Review*, vol. 48, núm. 5, 2007.

_____, "Authority and Coercion", *Philosophy & Public Affairs*, año 2004, vol. 32, núm. 1.

_____, *Force and Freedom – Kant´s Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

_____, "Justice and Responsibility", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 17, núm. 2, 2004.

_____, "Kant on Law and Justice", en Hill, Thomas E. (ed.), *A Companion to Kant´s Ethics*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2005, cap. 7.

_____, "Private Order and Public Justice: Kant and Rawls", *Virginia Law Review*, vol. 92, núm. 7, 2006.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo, "Promises, Expectations, and Rights", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2006.

SAMUEL, Geoffrey, "Can the Common Law be Mapped?", *University of Toronto Law Journal*, vol. 55, núm. 2, 2005.

SCHWARTZ, Alan & SCOTT, Robert E., "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 3, 2003.

SIMPSON, A. W. B., *A History of the Common Law of Contract –The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

SMITH, Stephen A., "Contracts for the Benefit of Third Parties: In Defence of the Third Party Rule", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, núm. 4, 1997.

_____, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

SPECTOR, Horacio, "Fairness versus Welfare From a Comparative Law Perspective", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, núm. 2, 2004.

STONE, Martin, "On the Idea of Private Law", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 9, núm. 2, 1996.

TREBILCOCK, Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

VALCKE, Catherine, "Comparative Law as Comparative Jurisprudence – Objectivity and Subjectivity in the English, French, and German Law of Contractual Mistake" (unpublished).

_____, "The 'Common Will' of Offer and Acceptance", *Nexus Magazine,* año 2005 (primera/verano).

WADDAMS, Stephen M., *Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo American Legal Reasoning*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2003.

_____, *The Law of Contracts,* 4a. ed., Toronto, Canada Law Books, 2004.

WEINRIB, Ernest, "Corrective Justice in a Nutshell", *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, núm. 4, 2002.

_____, "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, núm. 1, 2003.

_____, "Restitutionary Damages as Corrective Justice", *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, núm. 1, 2000.

_____, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

_____, "The Juridical Classification of Obligations", en Birks, Peter (ed.), *The Classification of Obligations,* Oxford, Oxford University Press, 1997.

WEINRIB, Jacob, "What Can Kant Teach Us About Legal Classification?", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 23, núm. 1, 2010.

ZUMBANSEN, Peer, "The Law of Society: Governance Through Contract", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, núm. 2, 2007.

ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law Vol. II: The Institutions of Private Law*, trad. de Weir, Tony, Amsterdam, North-Holland Publishing, 1977.

CAPÍTULO 67

FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: UN LLAMADO AL DEBATE

Jorge Luis FABRA ZAMORA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Filosofía de la responsabilidad civil extracontractual.* II. *Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva por accidentes.* III. *Los debates de la filosofía de la responsabilidad extracontractual en Latinoamérica.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía Recomendada.*

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha comenzado a hablar con fuerza de la "filosofía de la responsabilidad extracontractual" en Latinoamérica. La publicación de varias compilaciones de artículos,[1] la traducción de uno de los textos fundacionales del área,[2] y la publicación del primer libro con una contribución original al debate en español[3] han hecho que este estudio filosófico se consolide un cuerpo académico por mérito propio. Sin embargo, a pesar de estos logros, la idea de una "filosofía de la responsabilidad extracontrac-

* Doctorando en Filosofía, McMaster University, Canadá e Investigador Externo de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. El presente texto es producto de investigación del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, en convenio con la Universidad de Medellín.

[1] Por ejemplo, Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge Luis (eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual.* Bogotá, Universidad Externado, 2013; Owen, David - Schroeder, Christopher y Honoré, Anthony, *Teoría de la responsabilidad civil extracontractual*, editado por Pablo Suárez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 2014. Para una primera exploración de estos temas en nuestro medio, véase, Rosenkrantz, Carlos (ed.), *La responsabilidad extracontractual: Donde la filosofía, el derecho y la economía se juntan.* Barcelona, Gedisa, 2005.

[2] Véase, Coleman, Jules, *Riesgos y Daños,* Madrid, Marcial Pons, 2012 (traducción de *Risks and Wrongs,* New York, Cambridge University Press, 1992).

[3] Véase, Papayannis, Diego M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual,* Madrid, Marcial Pons, 2014.

tual" puede sonar extraña al jurista práctico. Como señala Zipursky, desde la perspectiva de los jueces o abogados, la responsabilidad extracontractual –que se ocupa de daños, perjuicios e indemnizaciones (como los accidentes de tránsito y la responsabilidad de los médicos)– es de una las áreas más "reales" del derecho y por ello parece estar lejos de las "trascendentales" preocupaciones del filósofo.[4] Además, podría decirse, la responsabilidad extracontractual es el ejemplo más fácil de obligación jurídica, por lo que la solución de sus casos a menudo parece fácil y carente de las complicaciones que sí tienen, por ejemplo, el derecho penal o derecho constitucional: Juan dañó a Pedro, Pedro tiene derecho a una compensación, y quién debe pagarla es Juan –la respuesta parece obvia–. Aunque a veces la causalidad genera problemas, en la responsabilidad extracontractual no hay una pena o castigo que requiera una justificación especial, ni hay que recurrir a la interpretación de la voluntad de las partes o el legislador, ni a una complicada ponderación de derechos o principios. La víctima presenta su demanda, y si las pruebas indican que Pedro sufrió un daño y que ese daño fue causado por Juan, el juez decretará indemnización. ¿No es una exageración entonces pensar en una *filosofía* de la responsabilidad extracontractual? ¿No ocurriría, prestando de Zipursky, que esto convertiría a la responsabilidad extracontractual en algo esotérico y banalizaría la labor de la verdadera filosofía? ¿Qué papel podría tener la filosofía en un área tan cotidiana y simple? ¿Por qué este estudio debería interesar a abogados, jueces y otros juristas prácticos?

El objetivo de este escrito es presentar una introducción a la filosofía de la responsabilidad extracontractual. Trataré de mostrar no sólo que existe un sólido cuerpo de estudio filosófico que se encarga del derecho de daños, sino de que su conocimiento es importante para el jurista práctico latinoamericano. La idea fundamental que anima este escrito es que los conceptos dogmáticos y los problemas fundamentales del derecho de la responsabilidad extracontractual sólo se hacen inteligibles mediante conceptos más abstractos de filosofía del derecho, filosofía moral y filosofía política. Ilustraré esta relación entre responsabilidad civil y filosofía con una exposición detallada de las principales líneas del debate más importante que existe en el área: la cuestión de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva. El desarrollo particular que ha tenido esta controversia en el mundo

[4] Esta expresión es de Zipursky, Benjamin, "Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Entre lo Esotérico y lo Banal", en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual, cit.*, p. 221.

de la filosofía de la responsabilidad extracontractual del *common law* en los últimos cuarenta años muestra con claridad que la elección y diseño de un régimen de responsabilidad va más allá de la resolución de un problema dogmático –como comúnmente se piensa–, sino que depende de un conjunto importantes elecciones morales, económicas y políticas. Este escrito finaliza con algunas consideraciones prácticas más originales y tal vez más tentativas. La última sección busca mostrar como la forma dogmática y judicializada como se han conducido las principales discusiones sobre la responsabilidad extracontractual en nuestro contexto, donde los jueces han tenido el poder de diseñar los sistemas de responsabilidad extracontractual, es susceptible de varias objeciones que ha sido comunes en la FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, y que toman una forma particular –que trataré de desarrollar– según las peculiaridades del derecho de daños. En respuesta a este problema, trataré de esbozar algunas consideraciones sobre la creación e interpretación de las normas de responsabilidad extracontractual, además proponer algunas líneas de reflexión que pueden ser exploradas en el futuro. En vez de contener respuestas definitivas a los asuntos que aborda, el presente texto trata de formular algunas de las preguntas comúnmente olvidadas o cuya complejidad a veces no es apreciada. La idea principal es, en una palabra, llamar al debate sobre los principios y fundamentos de la responsabilidad extracontractual en Latinoamérica.

II. FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: UNA PRESENTACIÓN GENERAL

Comenzaré con la incómoda labor de dar una presentación de la aproximación, temas y problemas de la filosofía de la responsabilidad extracontractual, que está ausente incluso en algunas de las mejores presentaciones del área.[5] Esta exposición comienza con una conceptualización general de la responsabilidad extracontractual. He decidido permanecer escéptico acerca de debates doctrinales sobre de la caracterización "correcta" de la misma y sus conceptos centrales, e intentaré presentar las cuestiones en los términos más generales y neutrales posibles. Seguidamente, me referiré a la cuestión de una filosofía de la responsabilidad extracontractual. Trataré de presentar una visión muy general de la noción de una aproximación "fi-

[5] Para las principales presentaciones de la filosofía de la responsabilidad extracontractual, véase, *infra*, Bibliografía, sección VI.2.

losófica" –como opuesto ala dimensión dogmática– que surge en todas las áreas del derecho al necesitar un argumento para la justificación de la coerción que imponen. Esta sección introductoria finaliza con una breve descripción de las dos aproximaciones centrales a la responsabilidad civil: el análisis económico y la teoría de la justicia correctiva.

1. *Responsabilidad extracontractual*

La responsabilidad civil extracontractual o derecho de daños[6] es el área del derecho que se encarga de los ilícitos civiles, que en lenguaje coloquial se conocen como "daños y perjuicios." En términos generales –y que espero no sean controversiales– lo que se conoce como responsabilidad extracontractual ocurre cuando (a) una víctima ha sufrido un "daño", es decir, un detrimento o menoscabo a sus derechos o intereses reconocidos, (b) esos daños son consecuencia de la acción u omisión de otra persona, generalmente por la infracción de un deber, y, (c) hay una relación de causalidad entre la acción o omisión del dañador y el daño sufrido por la víctima. Los concepciones de la responsabilidad civil varían entre las tradiciones jurídicas y sus contornos precisos cambian según los ordenamientos jurídicos donde hay diversos entendimientos sobre estos elementos, es decir, cuáles detrimentos generan responsabilidad, cuáles acciones u omisiones dan lugar a deber de compensar y cómo entender la relación de causalidad relevante. En muchos países de la tradición del derecho civil, esta área se denomina "extracontractual" o "delictual", como una categoría diferente de la responsabilidad "contractual," y se ocupa de los daños que surgen cuando las partes no han regulado previamente sus situación jurídica a través de contratos. En países de la tradición del *common law*, el área equivalente incluye una lista cuasi-cerrada de ilícitos civiles ("torts") que son los que en principio generan legitimación para demandar.

En la mayoría de los casos, los problemas de responsabilidad civil se llevan ante jueces o un funcionarios con atribuciones muy parecidas a las del juez. La víctima y el dañador se convierten, respectivamente, en demandante y demandado de la relación procesal.[7] La demanda de responsabilidad civil es una petición privada a través de la cual la víctima-demandante (o sus representantes o herederos) tratan de lograr una declaración del Estado de

[6] Utilizaré ambas expresiones indistintamente.

[7] Por tal razón, utilizaré ambas etiquetas intercambiablemente.

que el demandado (presunto dañador) es responsable del menoscabo a sus derechos, y, por tanto, está obligado a pagar una indemnización. En esto se diferencia de la responsabilidad en derecho penal, la cual es conducida por el Estado a través de un ente acusador, y no tiene por objetivo principal obtener una compensación, sino castigar al responsable de una conducta. En responsabilidad civil no se busca un castigo, sino una "indemnización" o "reparación". La sentencia o decisión que resuelve el caso de responsabilidad civil, en principio, ordena que el demandado deba pagarle al demandante una suma de dinero equivalente (ni mayor ni menor) a los daños que causó. Este modo de reparación opera incluso para daños no patrimoniales, como los daños morales por sufrimiento y daños a la salud. ¿Por qué se da dinero, incluso para daños que no son patrimoniales? Porque en muchos casos, cuando el perjuicio está consumado, compensar sus consecuencias económicas (o, patrimonializarlas, cuando no tienen consecuencias económicas directas) es lo único que se puede hacer, bajo la idea –que ya se encontraba en el derecho romano– de que "el sufrimiento con pan y oro, es mejor que el sufrimiento sin pan y oro". Sin embargo, en algunas ocasiones particulares, cada vez más extendidas –primero en los sistemas de *common law*, pero más a menudo también en sistemas de derecho continental– los jueces pueden otorgar "daños punitivos" o sumas de dinero mucho mayores que el daño causado.[8] Otro tipo de declaraciones que más a menudo ocurren en responsabilidad civil son condenas a pedir disculpas y otros tipos reparaciones simbólicas, que típicamente ocurren en situaciones relacionadas con derechos humanos o derechos fundamentales. Pero como estos últimos tipos de reparación son aún controversiales, y me referiré solamente a la indemnización pecuniaria.

La responsabilidad civil no debe ser vista solamente con una especialidad del derecho civil, sino que se ocupa de un problema social y jurídico de la más alta importancia. Desde una perspectiva más general, la responsabilidad civil debe ser encuadrada como uno de los modos en los cuales la sociedad se hace cargo de los daños y los accidentes. Una demanda de responsabilidad civil permite trasladar el costo de un hecho a otra persona. Pero la sociedad puede elegir otros medios para determinar el destino de esos costos, por ejemplo, se puede elegir que determinados menoscabos no cuenten como daños y no sean trasladados a nadie (como la revelación de

[8] Ello ocurre, por ejemplo, en responsabilidad civil ambiental o el derecho del consumidor. Como veremos más adelante, una posible justificación para tales daños punitivos es la generación incentivos para que los potenciales dañadores se abstengan de determinadas prácticas nocivas. Véase, sección III.3.

intimidades de personas públicas y famosas, cuyos costos deben ser asumidos por la víctima, o los costos que le genera una huelga a una empresa, que por principios de derecho laboral no son trasladables a los trabajadores y deben ser asumidos por la empresa), o se pueden elegir mecanismos de tipo contractual (como los seguros y reaseguros), o se pueden dejar los daños y accidentes como problemas de administración pública, seguridad social e incluso, como un tema de caridad privada. Uno de los modos especiales en los que la responsabilidad civil regula la vida social es estableciendo los deberes de cuidado y deberes de compensación por los daños que causamos en muchas de nuestras actividades diarias. Nuestras actividades económicas y recreativas están sujetas a reglas de responsabilidad, o, al menos, a principios generales que deben ser utilizados por los actores racionales al diseñar sus cursos de acción y que guían a los jueces para tomar las decisiones. Estas normas y principios se vienen a convertir en los criterios generales que se aplican cuando las cosas "no salen bien" y no han sido reguladas previamente por contratos. Es decir, si la infracción de una norma jurídica de *cualquier* área del derecho daña a un particular, y no hay acuerdo previo entre las partes o regulación especial, las normas y principios de responsabilidad extracontractual entran a llenar ese vacío. Ejemplos notables incluyen, en derecho constitucional, las reparaciones o restituciones de derechos que se derivan de las acciones de protección constitucional (amparo, tutela, etc.), cuya lógica es de responsabilidad civil, [9] o, en los países en conflicto, la reparación de daños causados es una parte fundamental de la justicia de los procesos de transición y de consecución de paz. Así, la responsabilidad extracontractual y su doctrina de reparación del daño son áreas transversales que influencian todas las áreas del derecho y, posiblemente, de nuestra vida diaria.

2. *La aproximación filosófica a la responsabilidad extracontractual*

¿Qué tiene de especial preguntarse de una forma *filosófica* los problemas de la responsabilidad extracontractual? La respuesta se deriva de lo que entendamos por "filosófica". Se podría decir, para efectos ilustrativos, que las preguntas filosóficas son temas que, aunque en la vida ordinaria se consideran obvios (tiempo, existencia, razón, conocimiento, significado, etc.),

[9] No es de extrañar, por ello, que en algunos países sin cartas de derechos constitucionales, el equivalente a las acciones constitucionales sea la responsabilidad civil.

cuando nos cuestionamos seriamente sobre sus conceptos o fundamentos (¿qué es el tiempo? ¿qué es el conocimiento?, ¿cómo actúo éticamente?, etc.) y queremos articular respuestas claras capaces de iluminar la realidad y de solucionar paradojas y problemas prácticos, encontramos dificultades incluso para la formulación de la pregunta o elección de un enfoque.[10]

Los fundamentos últimos o "primeros principios"[11] de nuestras áreas dogmáticas del derecho hacen parte de esta categoría de preguntas filosóficas. Las áreas del derecho –por ejemplo, el derecho penal o la responsabilidad extracontractual– son temas que se dan por sentados en la sociedad contemporánea: Si un sujeto comete una conducta típica, de forma antijurídica y culpable, debe ser condenado; si un sujeto causa un daño a otro, debe indemnizar. Sin embargo, los problemas que generan estas áreas no se agotan en las categorías dogmáticas (en derecho penal, "tipicidad", "antijuridicidad" y "culpabilidad" y en un catálogo de las conductas prohibidas; en responsabilidad extracontractual, "daño"-"causalidad"-"culpa"/responsabilidad objetiva o en el estudio de las diferentes "regímenes" para su regulación). Aunque el abogado pueda ver su práctica como la verificación de estos "requisitos", y aunque el dogmático pueda limitarse a proporcionar una lectura sistemática de las FUENTES DEL DERECHO, la solución de los problemas fundamentales de esas áreas del derecho se conectan con consideraciones más profundas de filosofía jurídica, moral, política (e incluso, metafísica y epistemología), además de cuestiones económicas y de otras ciencias sociales, que son las que pueden hacer inteligibles estos conceptos jurídicos fundamentales y categorías dogmáticas básicas. Un modo de ver ello es el siguiente: El derecho es, en un sentido muy amplio, la regulación de las conductas de los miembros en una sociedad y la imposición de coer-

[10] Las preguntas filosóficas (estas preguntas sobre temas obvios), nos dice iluminadoramente Isaiah Berlin, "…son poco susceptibles a los métodos de las ciencias o a la observación diaria… [n]o pueden ser resueltas por observación o cálculo, por métodos inductivos o deductivos; como corolario crucial de ello, aquellos a quienes se las preguntan se enfrentan con una perplejidad desde el mismo principio –ellos no saben a dónde buscar las respuestas–; no existen diccionarios, enciclopedias, compendios de conocimiento, ni expertos, ni ortodoxia, a los cuales se pueda referir con la confianza de poseer la autoridad incuestionable o el conocimiento de tales materias…". Berlin, Isaiah, *Concepts and Categories,* London, Random House, 1996, pp. 3-4.

[11] El sentido que le quiero dar a la expresión es aristotélico. Los "primeros principios" son los fundamentos de cada una de las ciencias, de los cuales todas las deducciones de la misma son justificados. Véase *Phys.* 184ª 10-21. En *Topicos* I 1 y 2, Aristóteles señala que las ciencias mismas no estudian los principios que le dan fundamento, sino que asigna a la "dialéctica" (i.e, a la filosofía) la labor de estudiar esos primeros principios. Véase, además, Terence Irwin, *Aristotle's First Principles,* Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 3.

ción y limites a la libertad de las personas. Todas las ramas del derecho regulan el problema de la conducta humana y la forma en la cual los seres humanos deben tratar a sus congéneres; pero las ramas del derecho se diferencian porque la forma característica en que hacen ello. El derecho penal, por ejemplo, impone sanciones a los infractores de ciertas normas que protegen ciertos valores fundamentales de la sociedad. La responsabilidad extracontractual trata el problema de la guía de la conducta haciendo dos cosas al mismo tiempo:[12] Primero, impone reglas de comportamiento adecuado con nuestros congéneres (en particular, reglas para evitar causar daños a otros) y, segundo, determina las consecuencias jurídicas de la transgresión de estas reglas cuando se materializan en daños a otros (en principio, impone compensación por los daños causados). De este modo, formulaciones posibles del problema fundamental del derecho penal podrían ser: "¿bajo qué condiciones se puede castigar a otra persona?" o "¿por qué el Estado está legitimado para hacer ello?" En responsabilidad extracontractual, la pregunta se podría formular de varias formas: "¿bajo que condiciones una persona está obligada a indemnizar los daños que cause a otra, especialmente, aquellos que causa de forma inocente?"¿o bajo que condiciones puede el Estado asignarle a una persona los costos de un daño sufrido por otra?," o, más genéricamente, "¿cuál es el fundamento del deber de reparar?" Entonces, parece claro que el problema que trasciende a todas las áreas del derecho es la limitación de la libertad humana. Esta pregunta y las demás que se le relacionan (deberes y poderes del Estado, responsabilidad moral, causalidad, etc.) –parafraseando a Berlin– no son susceptibles de ser resueltas mediante las ciencias exactas, sobre ellas no hay una respuesta clara, y, de forma más importante, su resolución argumentativa se conecta con valores y principios morales y políticos que trascienden a la mera dogmática. Así vemos que cualquier área del derecho, cualquiera sea la perspectiva que se adopte, deberá presentar un argumento basado en la legitimidad de la coerción e imposición de deberes a los demás. Este es el modo principal como la relación entre las áreas dogmáti-

[12] Sobre esta doble dimensión de la responsabilidad extracontractual, véase Ripstein, "Philosophy of Tort Law", pp. 655-9, que es muy influente en la presentación de este argumento. Al respecto dice David G. Owen: el "derecho de la responsabilidad extracontractual se ocupa de las obligaciones de las personas que viven en una sociedad necesitada de seguridad, propiedad y personalidad de sus vecinos, tanto como una cuestión *a priori*, como un deber de compensar *ex post* por el daño". Owen, "Why Philosophy Matters to Tort Law?", p. 7.

cas y la filosofía jurídica, moral y política se hace translucida: los conceptos dogmáticos solo se hacen inteligibles con relación a principios y valores explicados por consideraciones filosóficas más abstractas.[13]

La filosofía de la responsabilidad extracontractual es la reflexión filosófica el área dogmática del derecho que se ocupa de los ilícitos civiles, de la cual hablamos en la subsección anterior. Se debe decir que la filosofía de la responsabilidad extracontractual no es más que "familia de tradiciones" que comparten un "vocabulario común y terminología" y que actúan como en un debate, "respondiendo y ajustándose a las visiones y argumentos, de modo que los intercambios entre ellos son, en parte, una discusión razonada que conduce a desarrollo ulterior".[14] Aunque no tiene unos límites demarcados, esta etiqueta comúnmente se aplica a tres tipos de investigaciones. En un primer sentido, los filósofos se dedican a proporcionar la justificación más coherente de los conceptos dogmáticos tradicionales (daño, causalidad, culpa, responsabilidad, etc.) de sistemas jurídicos particulares a la luz de los supuestos políticos y morales que informan tales conceptos. De esta visión, la filosofía de la responsabilidad extracontractual presupone "un escenario dentro de un ordenamiento jurídico" y tiene una "orientación interpretativa".[15] Sin embargo, en segundo lugar, los filósofos no pocas veces intentan proporcionar visiones más sistemáticas. Para hacer

[13] Este argumento dworkiniano es presentado de forma sucinta por Jules L. Coleman: "La creencia de que la autoridad política es necesaria e inevitablemente coercitiva –es decir, restringe el alcance de la libertad individual– y su ejercicio requiere justificación. Como mínimo, la autoridad no debe ser arbitraria o aleatoria. Asumo que es un requisito mínimo para que cualquier cuerpo del derecho que sea coherente y consistente, que algún conjunto de normas subyacentes sean capaces de darle sentido. Pero esto no es suficiente para hacerlo justificable. Además, las normas subyacentes deben ser dignas de respeto y proporcionar fundamentos justificables para la acción política. Así, la tarea del filósofo del derecho es determinar la medida en la cual el derecho es coherente y su coherencia es la expresión de una concepción defendible de justicia o algún otro aspecto de la moral." Coleman, Jules, "Tort Law and the Demands of the Corrective Justice", *Indiana Law Review*, vol. 67, 1992, p. 394.

[14] Aquí, he adaptado la presentación de Rawls sobre la filosofía moral. Al respecto véase, Rawls, John, *Lectures on the History of Moral Philosophy,* Cambrige, MA, Harvard University Press, 2000, p. 8.

[15] Al respecto dice Zipusky que la pregunta a veces no es la pregunta genérica de por qué alguien debe indemnizar, sino la pregunta "interpretativa" más particular de: "¿En qué medida la imposición de responsabilidad en el derecho angloamericano [o cualquier otra tradición jurídica] encarna un conjunto de principios que despliegan una estructura normativa defendible?" Zipursky, "Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Entre lo Esotérico y lo Banal", en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual, cit.*, p. 221.

eso, tratan de aplicar a la responsabilidad extracontractual las tres preguntas tradicionales que la filosofía: qué son las cosas, qué valores las fundamentan y cómo podemos conocer con certeza que las respuestas que dimos a las preguntas anteriores son correctas.[16] Bajo esta visión más sistemática, se puede decir que al menos tres problemas fundamentales y relacionados le importan al filósofo de la responsabilidad extracontractual que intenta proporcionar una visión sistemática: (i) la *explicación* del concepto de responsabilidad extracontractual, es decir, una elucidación o análisis conceptual de la noción, y una explicación de sus relaciones y diferencia con otros conceptos similares; (ii) su *justificación*, es decir, los valores que legitiman o que el concepto encarna; y, (iii) los aspectos *metodológicos* que permiten dar respuesta a las preguntas anteriores, es decir, cuáles son las consideraciones epistemológicas y meta-éticas son relevantes para llegar a una comprensión adecuada de la responsabilidad extracontractual (es decir, para resolver las preguntas *i* y *ii*).[17] En términos más precisos denominamos "filosofía de la responsabilidad extracontractual" o "fundamentos filosóficos de la doctrina de la responsabilidad extracontractual" al estudio de la explicación conceptual, la justificación normativa y la metodología para resolver esas preguntas fundamentales relacionadas con la doctrina del derecho de daños, además del estudio filosófico de los diversos conceptos dogmáticos. Finalmente, se podría identificar un tercer sentido, relacionado con la forma como, desde la filosofía política y moral, se puede estudiar la legitimidad de prácticas o doctrinas de responsabilidad extracontractual. De esta posición, el filósofo no estudia el derecho desde la perspectiva del participante que busca ver al derecho en 'su mejor luz' (como en los sentidos *i* y *ii* señalados anteriormente), sino que toma una perspectiva externa, señalando la ilegitimidad o inmoralidad de ciertas instituciones o prácticas.[18]

[16] Esta es la simplista pero efectiva caracterización de Robert Alexy: la filosofía es una actividad reflexiva –es la reflexión sobre la reflexión– y se encarga de las preguntas fundamentales sobre lo que existe –metafísica–, sobre lo que se debe hacer como bueno o correcto –ética– y sobre la forma como entender lo que existe y lo que debe hacerse –epistemología–. Así, la filosofía es "la reflexión sistemática de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno y como el conocimiento sobre los anteriores el posible". *Cfr.* Alexy, Robert, "La naturaleza de la filosofía del derecho", *Doxa*, vol. 26, 2003, pp. 145-160.

[17] Para otros comentarios metodológicos, véase, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, en especial, pp. 30-4.

[18] El argumento presentado en las sección IV.2 *infra* es un ejemplo de esta tercera perspectiva.

En ninguna de estas tres dimensiones la labor del filósofo es aislada de la labor del dogmático o del teórico tradicional de la responsabilidad extracontractual. Ambos estudian las normas de responsabilidad extracontractual, ambos realizan intentos sistemáticos para su racionalización, y ambos conocen sus normas e historia y son capaces de análisis comparativos. Pero existen algunas diferencias fundamentales. El filósofo no se encuentra atado a proporcionar una lectura coherente de las fuentes del sistema jurídico ni se encuentra circunscrito por los límites de este sistema; sino que tiene una perspectiva más libre y amplia. El filósofo trata, precisamente, de los asuntos donde el dogmático calla o asume determinados conceptos. En la responsabilidad extracontractual, el filósofo se pregunta seriamente por los conceptos de RESPONSABILIDAD jurídica y su relación con la responsabilidad moral, por la idea de justicia y el papel que juega del Estado, por principios morales que informan el sistema jurídico, y por otros temas donde el dogmático a veces no está mejor calificado o asume respuestas proporcionados por otros. La perspectiva filosófica surge cuando nos preguntamos *concienzudamente* sobre estos problemas básicos. El filósofo no debe tomar ningún punto por obvio ni asumir la respuesta; la filosofía se encarga de traer los supuestos más abstractos a la luz e integrarlos a las doctrinas existentes.

Tampoco debe verse la filosofía de la responsabilidad extracontractual como un estudio puramente especulativo o que no conduce a ningún conocimiento útil en la practica. La noción de "responsabilidad civil" es una idea construida a través del debate de filósofos, economicistas, juristas y científicos sociales y, la discusión dialéctica puede tener un impacto profundo en el modo como funciona en la realidad. De forma más importante, debe decirse que la respuesta a las preguntas filosóficas que generan las áreas dogmáticas no son cuestiones puramente teóricas, sino que pueden, a través de varios pasos y operaciones argumentativas, tener profundas implicaciones prácticas y en la resolución de casos. En un caso fácil ante un juez, éste no tendrá que recurrir a ningún concepto superior y se limitará a tratar de verificar si se cumplen ciertos requisitos previamente establecidos en la ley y los precedentes. Sin embargo, al momento de identificar y resolver casos difíciles, o en el momento en que un legislador diseña un sistema (*e. g.*, al diseñar un Código Civil o una reglamentación especial), o cuando se implementan políticas públicas o se "construyen" mecanismos jurídicos para la implementación de principios abstractos; se hace necesario articular y hacer explícitos los compromisos morales y políticos que informan la

acción de jueces y legisladores.[19] En otras palabras, para la resolución de muchos casos prácticos se requiere una comprensión más completa del área como un todo coherente, y para ello necesariamente debemos enfrentarnos con los principios y valores morales y políticos que nutren, informan y modelan el ordenamiento, y los que son, precisamente, la ocupación del filósofo.

3. *El análisis económico y las teorías basadas en la justicia*

Si bien la aproximación a la responsabilidad extracontractual desde la filosofía es muy antigua –podríamos decir que inició con Aristóteles y las diversas interpretaciones de su obra durante medioevo y la modernidad,[20] e impregnó el trabajo de muchos filósofos políticos y morales en la historia–,[21] la filosofía de la responsabilidad extracontractual ha tenido un desarrollo notable en el mundo anglosajón, en especial, desde la segunda mitad del siglo XX. Mientras en la tradición continental, la concepción filosófica de las áreas del derecho pareció perder vitalidad intelectual con la codificación [22] –que transformó al derecho en la aplicación de las doctrinas establecidas

[19] *Cfr.* Robert Alexy expone este argumento, refiriéndose al concepto del derecho y la solución de casos difíciles: "Todo jurista tiene al respecto una idea más o menos clara [del concepto de derecho], que se expresa en su praxis. El concepto de derecho que subyace a la praxis jurídica es, en general, presupuesto como algo evidente y, en los casos habituales, aun cuando su solución sea dudosa, se considera que es superfluo reflexionar acerca del concepto de derecho. Otra es la situación en los casos insólitos. En ellos se pone de manifiesto el concepto de derecho que está detrás de toda praxis jurídica y surge entonces un problema acuciante". Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho.* (traducción de Jorge Malem Seña). Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 13 y 14. En el argumento presentado en el texto principal, los casos acuciantes no incluyen solamente la decisión casos difíciles a ser decididos por los jueces, sino también su identificación, así como el diseño de instrumentos legislativos y políticas públicas y la "construcción" (como opuesto a la interpretación) de mecanismos para su aplicación.

[20] Para un breve comentario histórico, véase Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, en especial, pp. 25-6, 61-7. Para una presentación más extendida, Englard, Izhak, *Corrective and Distributive Justice,* Oxford, Oxford University Press, 2009 y las obras citadas *infra* nota 23.

[21] Ernest Weinrib tiene razón cuando manifiesta que "no se pueden leer los grandes clásicos de la filosofía moral y política occidental, sin impresionarse por la influencia que el derecho privado ha tenido en esos escritos", Véase Weinrib, Ernest, "Liberty, community and corrective justice", en *Liability and Responsibility,* R. G. Frey y Cristopher Morris (eds.), New York, Cambridge University Press, 1991, p. 291.

[22] Horacio Spector hace esta sugerencia al pasar en "Justicia y Bienestar: Una perspectiva de derecho comparado", *Doxa,* vol. 26, 2003, p. 241. Véase, además, *infra,* sección IV.1.

en la ley–, en el mundo anglosajón, tal vez impulsado por un mayor libertad judicial, el estudio filosófico de esta área del derecho ha sobrevivido incluso a las formas más fuertes de formalismo y REALISMO y hoy tiene gran importancia.[23] Hoy, en la tradición anglosajona, existen dos aproximaciones filosóficas generales que reflejan diferentes modelos éticos en sus aproximaciones al derecho: el análisis económico del derecho y la teoría de basadas en la justicia.

En una palabra, el ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) es una amalgama de la utilización de herramientas de la microeconomía con una visión ética consecuencialista utilizada para el estudio de los problemas jurídicos. Para el analista económico, el fin que explica y justifica el derecho es la eficiencia: se deben maximizar los beneficios en la sociedad para la mayor cantidad de personas utilizando la menor cantidad de recursos. Como la riqueza es la única medida objetiva para los beneficios, el análisis económico del derecho defiende la maximización de la riqueza a través de normas eficientes que generen la mayor cantidad de beneficios sociales.[24] Los primeros analistas económicos, como Ronald H. Coase[25] y Guido Calabresi,[26] pretendían mostrar cómo las consideraciones económicas revelan aspectos ocultos a la visión tradicional del derecho, en particular las consecuencias que generan las reglas de responsabilidad en las actividades económicas y la posibilidad de que estas constituyan incentivos para determinadas acciones y subsidios para otras. En realidad, el AED, surgió originalmente en la responsabilidad extracontractual, el derecho de la competencia y la prevención de monopolios (*antitrust law*). En las décadas siguientes, principalmente por el impulso de Richard A. Posner,[27] el análisis económico del derecho desarrolló teorías particulares para casi todas las áreas del derecho y le dio sustento teórico a una teoría moral donde se busca maximizar la riqueza y sancionar el desperdicio de recursos. Hoy el

[23] Véase Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 25-29, Owen, David G., "Introduction", en *Philosophical Foundations of Tort Law,* Oxford, Oxford University Press, 1995, 7-15; Oberdiek, "Introduction", *Philosophical Foundations of law of torts, cit.*, pp. 1-3.

[24] Posner, Richard A., "The Value of Wealth", *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980, pp. 243-252.

[25] Para el AED de la responsabilidad extracontractual, el artículo más importante de Coase, Ronald, es "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-45.

[26] Calabresi, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-553.

[27] Véase Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 7a. ed., Nueva York, Aspen, 2010 [1972].

AED es una de las aproximaciones más influyentes a la responsabilidad civil y al derecho en general.

¿Por qué el análisis económico, que se presenta una teoría científica y aséptica, cuenta como una tradición filosófica? A pesar de que existen importantes diferencias entre sus principales representantes, los analistas económicos pueden ser entendidos como defendiendo una teoría moral particular: el consecuencialismo. El consecuencialismo sostiene que lo correcto, en términos morales, es producir las mejores consecuencias posibles o el mejor estado de cosas. La determinación del "mejor estado de cosas" es necesariamente impersonal, pues no se refiere a una persona particular ni cambia en cada situación, sino que es el mejor considerando todos los factores. Entonces, el análisis económico del derecho, al incluir a la eficiencia en la explicación y justificación del derecho, defiende una visión consecuencialista en lo ético, y, de hecho, tal vez sea la más extrema y sofisticada representación del consecuencialismo en la filosofía del derecho actual. Ello va a permear sus compromisos epistemológicos y conceptuales. Por ejemplo, la concepción consecuencialista se manifiesta tanto en la visión que el análisis económico tiene del funcionario jurídico como en la posición del ciudadano que cumple las normas. Desde la perspectiva del funcionario, las reglas se crean, interpretan y modifican con el objetivo de maximizar el aprovechamiento de los recursos, es decir, imponiendo imparcialmente costos o subsidios en las acciones de los ciudadanos para aumentar la riqueza colectiva. Desde la perspectiva del ciudadano, las personas naturales y jurídicas son actores racionales y egoístas que toman en cuenta los costos y beneficios de sus actos, preocupándose sólo por los costos que tienen que asumir, y sin considerar los costos que imponen a los demás.[28]

En contraposición a la primacía del consecuencialismo que el AED defiende surgieron las *teorías morales* o *basadas en la justicia.*[29] Tres artículos de principios de los años setenta configuran el acta de nacimiento de esta aproximación: en 1972, George P. Fletcher publicó "Fairness and Utility in Tort Theory";[30] en 1973, Richard A. Epstein presentó "A Theory of Strict

[28] Respecto al aspecto filosófico del análisis económico del derecho, véase Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 39-42.

[29] La denominación es equívoca, pero es la más utilizada y por eso se conservará. Después de todo, el AED defiende o supone una concepción de la justicia (o un aporte a la teoría de la justicia): lo justo debe ser eficiente.

[30] Fletcher, George P., "Fairness and Utility in Tort Theory", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 537-564.

Liability",[31] y en 1974, Jules L. Coleman hizo su primera contribución en este debate con "On the Moral Argument for the Fault System".[32] Las teorías basadas en la justicia defienden una concepción más tradicional de la responsabilidad civil donde las relaciones entre individuos son puestas como el centro del derecho. En general, se entiende el problema de responsabilidad extracontractual como una situación privada entre individuos particulares y por fuera de la búsqueda de un objetivo que nuestras instituciones deban cumplir. Por tanto, las teorías basadas en la justicia se centran en estudiar la responsabilidad extracontractual como una relación que existe entre los dañadores y las víctimas, y no como la búsqueda *ex ante* de la eficiencia o la minimización de costos. En general, las teorías de la justicia deben enmarcarse dentro de una tradición mayor en filosofía moral que intenta reaccionar y dar respuesta a las aproximaciones consecuencialistas.[33]

Dentro de estas teorías basadas en la justicia, la concepción de la *justicia correctiva* tiene un lugar especial. Las teorías de la justicia correctiva surgen de la "simple y elegante idea"[34] de que cuando una persona ha sido dañada por otra, el dañador debe compensar a la víctima. La responsabilidad extracontractual es vista como la rectificación de una situación dañosa, y esta rectificación encarna un tipo particular de justicia –cuya primera formulación la encontramos en el libro v de la *Ética a Nicómaco*[35]– requiere que las víctimas sean compensadas, sin considerar su estatus particular o los recursos que tienen. Sin embargo, existen diferentes modelos contemporáneos, para interpretar este derecho de compensación, que oscilan entre las teorías libertarias (como las Richard Epstein,[36]) teorías aristotélico-kantianas (como las de Ernest Weinrib[37] y Arthur Ripstein,[38]) o teorías que tienen un énfasis en la anulación de pérdidas (como la de Jules Coleman, en sus va-

[31] Epstein, Richard A., "A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 151-204.

[32] Coleman, Jules L., "On the Moral Argument for the Fault System", *The Journal of Philosophy*, vol. 71, núm. 14, 1974, pp. 473-490.

[33] Respecto al aspecto no consecuencialista de las teorías basadas en la justicia, véase, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 27-8 (en especial, nota 12) y 59-61.

[34] La expresión es de Zipursky, Benjamin C., "Civil Recourse, not Corrective Justice", *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002, p. 695.

[35] Para un comentario sobre la justicia correctiva en Aristóteles, con referencia a la bibliografía secundaria, véase, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 61-67.

[36] Epstein, "A Theory of Strict Liability", *cit.*. Véase, además, *infra,* sección III.4.A.

[37] Véase, *infra,* sección III.4.B.

[38] Ripstein, Arthur, *Equality, Responsibility and Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2011 y Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 100-102.

rias versiones.[39]) No todas las teorías basadas en la justicia se centran en la justicia correctiva.[40] Para la presente introducción, dos ejemplos son relevantes: Las teorías de la "responsabilidad-resultado" de Tony Honoré y Stephen Perry, que se centran en la agencia y en principios de distribución de la responsabilidad,[41] y, la teoría del "recurso civil" de John C.P. Goldberg y Benjamin Zipursky, que se centra en los aspectos procesales de la responsabilidad extracontractual.[42]

III. Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva por accidentes

En vez de presentar el desarrollo histórico del área o exponer las principales dos aproximaciones a la responsabilidad civil extracontractual,[43] voy a ocuparme del debate más importante que ha acontecido en la filosofía de la responsabilidad extracontractual: el debate de si las personas deben ser consideradas objetivamente responsables por los daños que causen, o si una condena de responsabilidad sólo es posible si el dañador actuó con culpa. Después de introducir una noción general de los dos conceptos y aislar el problema filosófico subyacente, voy a presentar los argumentos más representativos avanzados por el análisis económico y las teorías basadas en la justicia. Mi intención con esta exposición es utilizar estos argumentos como ejemplos de diferentes consideraciones que deben ser tenidas en cuenta al momento de diseñar o pensar nuestros sistemas de responsabilidad extracontractual. En la última subsección, doy una valoración general de estas consideraciones.

1. *Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva*

La responsabilidad extracontractual toma dos "formas" –o se predican dos diferentes "factores de imputación" u opera en dos regímenes–,[44] dependiendo del papel que se le de a la culpa –es decir, la culpa es el elemento

[39] Véase, *infra,* sección III.4.C.

[40] Para una presentación otras teorías que no se basan en la justicia correctiva, véase, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 96-107.

[41] Véase, *infra,* sección III.4.D.

[42] Véase, *infra,* sección III.4.E.

[43] De ello me ocupado en otro lugar. Véase, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*

[44] De nuevo, trataré de presentar la cuestión en los términos más generales posibles.

diferenciador entre los regímenes. En la mayor parte de los sistemas jurídicos la responsabilidad se predica cuando existe culpa –lo que se conoce como responsabilidad subjetiva–. No es adecuado presentar una definición particular de culpa, más allá de decir que es un ilícito o un conducta reprochable del dañador. En términos generales, la culpa se entiende como un estándar en el trato a los demás que de ser incumplido genera que la acción sea considerada ilícita. La responsabilidad objetiva, o responsabilidad estricta, es la responsabilidad que ocurre sin existencia de culpa. Pensemos en dos ejemplos. Un médico practicando una operación quirúrgica –cuando no está regulada por un contrato o un conductor que atropella un ciclista. Bajo un régimen de responsabilidad subjetiva, para que el médico o el conductor sean declarados civilmente responsables es necesario que su actuación haya sido ilícita, es decir, que hayan sido imprudentes, negligentes o hayan actuado de forma inadecuada en su labor en relación a criterio previamente establecido –la ley médica o las normas de conducción–. En un régimen de responsabilidad objetiva, da igual que el médico o el conductor hayan sido negligentes o que hayan actuando con la mayor diligencia posible, pues la mera causación fáctica del daño genera responsabilidad y el subsecuente deber de indemnizar.

Es importante señalar que la responsabilidad objetiva y subjetiva no deben ser vistas como dos categorías opuestas, sino como un espectro de posibilidades. En el lado del espectro de la responsabilidad subjetiva, en la doctrina continental, la culpa suele dividirse en dos tipos: acción intencional o dolosa, y acción negligente, que puede tomar diferentes formas (negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamentos). En el lado de la responsabilidad objetiva, la posición más severa es la responsabilidad estricta absoluta, un tipo de responsabilidad que no admite ningún tipo de excusa. En estos casos, el dañador pudo haber actuado legítimamente, e incluso de forma heroica, pero debe responder por los daños y no está sujeto a ningún tipo de defensas o excusas (ni siquiera el hecho de naturaleza, la participación de la víctima o estado de necesidad). En el medio del espectro, en una escala atenuante, encontramos varios tipos de responsabilidad: Algunos tipos de responsabilidad operan sin culpa del dañador, pero admiten varias excusas; otros tipos de responsabilidad varían en la rigurosidad del requerimiento de causalidad, e incluso, existen diferentes tipos de presunciones de responsabilidad, presunciones de culpa o cargas dinámicas de la prueba con distintos efectos. Por ejemplo, en algunos casos de responsabilidad de la empresa o responsabilidad médica, se facilita la demostración de la responsabilidad a la víctima-demandante estableciendo que, debido a que los elementos probatorios están en manos del dañador-

demandado, es éste último quién debe proporcionar una prueba de que su actuación no fue culposa o negligente. La frontera exacta entre los dos regímenes no es exacta y varía entre las tradiciones y ordenamientos jurídicos. A pesar esta indeterminación de la frontera entre ambos modelos, mi interés en el presente escrito es la confrontación de estas dos instituciones de la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual.[45] Por tal razón, deben verse los siguientes argumentos como la contraposición entre dos ideales diferentes de ver la responsabilidad civil pensadas en abstracto de las reglas existentes.

2. *Las preguntas filosóficas generadas por los accidentes*

En el aspecto dogmático, los sistemas de derecho continental y del *common law* tienden a dar la misma solución –incluso los sistemas más modernos como los Principios Europeos del Derecho de Daños y el *Restatement* (Third) *of Liability for Physical and Emotional Harm* (2011)– al debate entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva: la mayor parte de los sistemas existentes optan por la responsabilidad subjetiva como criterio primario. La idea general es que para la declaratoria de la responsabilidad es necesaria la culpa (entendida en sus diferentes manifestaciones) y solo en casos particulares y taxativamente señalados se exime este requisito y la simple causación del daño genera responsabilidad. En la tradición jurídica continental, la mayoría de los códigos civiles tiene una disposición que expresamente señala que se requiere negligencia o culpa para la condena de la responsabilidad. Aunque la culpa tiene diferentes manifestaciones y a veces se diferencian sus efectos en la responsabilidad contractual y extracontractual, comúnmente es entendida en términos metafóricos como estándares relacionados con la conducta "buen padre de familia" o del "buen hombre de negocios". En todo caso, la culpa es la regla general y sólo casos particulares tienden hacia la objetivación (responsabilidad por el hecho de terceros, menores o dependientes; responsabilidad por el hecho de las cosas; responsabilidad por actividades peligrosas, responsabilidad por accidentes de trabajo, responsabilidad por productos defectuosos, etc.), ya sea en regímenes de presunción de culpa o regímenes de responsabilidad

[45] Vale señalar, además, que se ha sostenido que la responsabilidad por la creación de riesgos ocupa un lugar intermedio entre la responsabilidad objetiva y subjetiva. Sobre esta idea, en mi concepto problemática, véase, Suárez, Pablo, "Mapa de la responsabilidad", Owen *et al, Teorías de la responsabilidad extracontractual, cit.*, pp. 60-86.

objetiva con indemnización tarifada. En los países del *common law*, la situación es muy parecida. En lo que concierne a los *torts* relacionados con la compensación de daños,[46] la mayor parte de la responsabilidad civil se basa en la culpa [*fault-based*], es decir, se necesita que se cometa una culpa [*fault*] para que se declare la responsabilidad. El grado de culpa se mide en relación con el estándar del "hombre razonable," es decir, con las acciones de un hombre ordinariamente prudente y cuidadoso puesto en las mismas circunstancias. Solo en casos excepcionales se condena en ausencia de culpa, como, por ejemplo, en accidentes de trabajo [*workplace injuries*], en algunos accidentes de carros, lo cual requiere sistemas de seguros [*no-fault automobile accidents*], defectos de fabricación de productos [*manufactaring defects in products*] y en otras actividades peligrosas [*dangerous activities*] o anormalmente peligrosas [*abnormaly hardazous activities*].

Sin embargo, existen diferentes concepciones sobre los modelos filosóficos que informan el sistema, y los argumentos sobre los cuáles se debe responder. Este debate, debe decirse, se centra sobre *la responsabilidad por daños no intencionales* o *daños accidentales.* Mientras que los daños intencionales o dolosos no generan, en principio, un cuestionamiento mayor de por qué se debe compensar;[47] la situación es diferente en los daños accidentales, cuando una persona inocente –en el sentido de que no han actuado intencional o dolosamente– ha causado un daño (un menoscabo, pérdida, sufrimiento) a otro. Como el modo más fácil de considerar los problemas de responsabilidad extracontractual es a través de ejemplos, pensemos en tres tipos de situacio-

[46] En los sistemas *common law*, la responsabilidad civil también se utiliza para la aplicación coercitiva de algunos derechos. Por ejemplo, en el caso de los derechos de propiedad, como en la restitución [*conversion*] o la invasión de tierras [*trespass to land*], la responsabilidad es objetiva y no requiere la existencia de daños materiales, es decir, la mera invasión genera responsabilidad.

[47] Los daños dolosos no parecen generar muchos problemas filosóficos: Si Juan, con conocimiento y voluntad, ataca a Pedro con un arma y lo lesiona, ataque es un delito civil y Juan debe compensar a Pedro. Entre los problema filosóficos que surgen, sin duda, el principal se refiere a las consecuencias no intencionales de la acción intencional: si Juan quería asustar a Pedro, pero Pedro se lesiona, la situación era diferente. ¿Era previsible que ello ocurriera y por tanto era "intencional"? ¿O el que haya dejado las consecuencias al azar constituyen *dolus eventualis* o culpa grave equivalente a dolo? En todo caso, creo todo lo que expresaré frente a los accidentes que también aplica para las consecuencias no intentadas de un acción intencional. Sobre algunas complicaciones filosóficas relacionadas con los daños intencionales, véase, Finnis, John, "Intention in tort law", Owen (ed.) *Philosophical foundations of tort law, cit.*, pp. 229–47; Cane, Peter, "*Mens Rea* in Tort Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 533-556 y Sebok, Anthony, "Purpose, Belief, and Recklessness: Pruning the Restatement (Third)'s Definition of Intent," *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, pp. 1165-86.

nes que nos ayudan ilustrar, teniendo en mente que la solución que brindemos creará un criterio para resolución de casos futuros: (i) Un conductor choca contra un ciclista. ¿Debe el conductor compensar los daños producidos aunque su actuación no haya sido culposa? ¿Debe valorarse su culpa? ¿Debe el ciclista –también inocente– asumir esos costos como un hecho de su mala suerte si el conductor no actuó de forma culposa (*e. g.*, el conductor era extremadamente cuidadoso, o el choque se produjo para evitar un accidente mayor, o por salvar una vida, o porque sufrió un infarto)? (ii) O pensemos en un médico genera un daño a la salud de su paciente. ¿Sólo debe compensar si violó los estándares de su profesión o fue negligente o imprudente? ¿Debe compensar los daños a su paciente aunque haya sido cuidadoso y la situación se escapó a su control? ¿O, el paciente –quién tampoco tenía control de la situación– debe asumir la discapacidad y sus costos sin más si su médico actuó con diligencia y cuidado? (iii) Un montañista perdido y a punto de morir, entra a una cabaña a buscar refugio y alimentación, causando considerables daños materiales. ¿Debe responder el montañista por esos perjuicios aún cuando cualquier persona hubiera actuado de la misma forma? ¿O debe el dueño de la casa asumir que esos costos hacen parte de sus deberes de "buen samaritano" y por ello cubrir sus costos? [48]

No hay una sola pregunta que cubra todos los interrogantes que abarca el problema filosófico de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad

[48] Debe notarse que, quién esté en la posición del regulador –la persona que diseña y el sistema y señala los diferentes objetivos y fines de la responsabilidad extracontractual– debe resolver una tensión entre los derechos y deberes de dañadores y víctimas. Esta tensión puede ser presentada, siguiendo a Coleman, como un reflejo en los modelos. Cuando se crea un sistema de responsabilidad subjetiva, se maximiza la libertad de acción de los potenciales dañadores y se desprotege a las víctimas: si creamos un sistema de responsabilidad subjetiva donde sólo el dañador indemniza los daños que resultan de su conducta intencional o culposa, estamos creando un sistema de responsabilidad objetiva o de presunción de responsabilidad, pues las víctimas deben "responder" por los costos de los accidentes que sufren, a menos que puedan mostrar que hay culpa del dañador para trasladarle el costo. Pero, por otro lado, si creamos un sistema de responsabilidad objetiva o presunción de culpa, estamos limitando la esfera de actuación legítima y control de los dañadores: en un sistema de responsabilidad objetiva, los dañadores deben compensar por todos los daños incluso si actúan de forma diligente o heroica (es decir, deben compensar por ejecutar la actividad), creando un sistema de responsabilidad subjetiva para las víctimas que no recibirán indemnización en casos donde tengan participación causal relevante en la creación de los daños. Esta tensión entre dañadores y víctimas, entre libertad y protección, está en el fondo de los problemas de la responsabilidad civil extracontractual. Esta tensión sólo puede resolverse, como se plantea *infra* en III.5 a través de argumentos morales y políticos.

subjetiva. Las preguntas deben tener en cuenta la *responsabilidad moral* de los causantes y la a*signación los costos* que generan estos daños, además de la perspectiva de ambas partes de la relación, los objetivos más generales que pueden conseguirse a través de la responsabilidad extracontractual, principios de justicia y el papel del Estado. Entre otras, las siguientes parecen ser preguntas relevantes: ¿Deben las personas ser obligadas a compensar sin tener en cuenta si causaron el perjuicio de forma culposa? ¿O, por el contrario, es la culpa una requisito necesario para cualquier declaración de responsabilidad extracontractual? ¿Deben la víctimas sufrir los costos si la persona que le causó los daños es inocente, es decir, deben las víctimas ser objetivamente responsables de los daños que sufren a menos que puedan demostrar la culpa de otra persona en su causación? ¿En qué casos se puede prescindir la culpa –es decir, condenar a pagar daños a personas inocentes? ¿Sólo la persona moralmente responsable de un acto está obligado a responder? ¿O le podemos asignar el costo del daño causado, sin que su participación haya sido moral y causalmente relevante en la realización? ¿Cuáles principios de moralidad, justicia y distribución informan la toma de estas decisiones? ¿Podemos balancear estas diferentes consideraciones? ¿Tienen nuestros sistemas jurídicos una estructura coherente, moralmente defendible y reflejan los principios adecuados de justicia?

El AED y las teorías basadas en la justicia tienen diferentes aproximaciones a estos problemas. Incluso, cada una de las distintas variantes de cada teoría presenta diferentes argumentos para preferir un tipo de responsabilidad extracontractual sobre el otro, o para proporcionar un balance de las consideraciones relevantes. En la siguiente sección, presentaré sucintamente los principales argumentos de cada una de estas posiciones, sin intentar una valoración más general del mérito teórico de cada aproximación.[49]

3. *El Análisis Económico del Derecho*

A. *El punto de acuerdo: La minimización de los costos de los accidentes*

El AED, como esbozamos anteriormente,[50] sostiene que nuestras prácticas jurídicas se explican y justifican en relación a un imperativo de eficiencia. Como los recursos sociales son escasos, el imperativo de eficiencia ordena

[49] Para valoraciones más generales sobre los dos aproximaciones a la responsabilidad extracontractual, véase Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 53-59 y 93-96.

[50] Véase, *supra*, II.3.

obtener el mayor beneficio o rendimiento de estos recursos. Esta caracterización general se extiende a la responsabilidad extracontractual, que es vista como un mecanismo particular para cumplir este objetivo social. Si la economía en general es la administración de los recursos a través de criterios racionales en búsqueda de su maximización, entonces la responsabilidad extracontractual, entendida en términos económicos, también maximiza la riqueza social. Pero esta búsqueda de la eficiencia en el derecho de daños se hace de una forma negativa: *minimizando* los costos de los accidentes, y el costo de evitarlos. Este es el gran punto de acuerdo de los teóricos del análisis económico, quienes sostienen que mediante la minimización de los recursos que se utilizan en el pago de compensaciones se optimizan los recursos sociales. Si bien los analistas económicos están acuerdo sobre estos puntos, discrepan sobre cuál es el mejor modo de lograrlo: para algunos –representados por Guido Calabresi–, la responsabilidad objetiva es el mejor modo de incentivar la minimización de costos; [51] para otros –representados por Richard Posner– es la responsabilidad subjetiva. A continuación expondré estas posiciones.[52]

[51] El que me centre en los argumentos de Calabresi y Poner no quiere decir que el AED no ha evolucionado desde entonces. Por el contrario, el AED ha alcanzado un alto nivel de sofisticación en teóricos más recientes como Steven Shavell, quién ha proporcionado el modelo teórico y matemático más refinado. Shavell elabora un modelo predictivo y normativo, en lenguaje natural y matemático, de los principales temas de la responsabilidad extracontractual, incluyendo responsabilidad objetiva y subjetiva, causalidad, valor de las pérdidas, y seguros, riesgos, costos de administración y demandados insolventes. Frente a la pregunta central de la responsabilidad extracontractual, es decir, la pregunta de si es mejor establecer una regla de responsabilidad objetiva o una de responsabilidad por culpa en nuestros sistemas de responsabilidad (o, desde la posición del regulador preferida por el analista económico, si los dañadores potenciales toman las mismas o menos precauciones cuando son juzgados frente a un estándar de negligencia que cuando lo son frente a un estándar de responsabilidad objetiva), Shavell manifiesta que si se calcula adecuadamente el óptimo de debido cuidado, tanto la responsabilidad por culpa como la responsabilidad objetiva con la eximente de "culpa exclusiva de la víctima" pueden generar incentivos. Sin embargo, si se introduce la variable "nivel de actividad" no se puede determinar si una regla es más eficiente que la otra. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987. Para una presentación sucinta de esta posición, véase, Shavell, Steven, "Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho", en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual, cit.*, pp. 453-468. Como mi interés es más en los argumentos planteados a favor de cada modelo, voy a dejar de lado el interesante pero escéptico modelo planteado por Shavell y me voy a concentrar en las posiciones de Calabresi y Posner.

[52] La siguiente exposición de las teorías de Calabresi y Posner resume y reproduce, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 43-50.

B. *La defensa de Calabresi de la responsabilidad objetiva*

El argumento de Calabresi a favor de la responsabilidad objetiva hace parte de su proyecto reformador de la responsabilidad civil, expuesto en el clásico *The Costs of Accidents.*[53] La idea de Calabresi es modificar la pregunta del derecho de daños: En vez de preguntarnos la cuestión atributiva tradicional ("¿por qué A debe compensar a B por el daño causado"?), la pregunta correcta es más general: "¿qué debemos, como sociedad, hacer con los accidentes?" Así, el accidente deja de ser una cuestión privada para convertirse en un asunto social que debe ser tratado desde la regulación y las políticas públicas. El problema no es la injusticia del accidente o los deberes que una parte tenía con otra; el problema de los accidentes es que estos tienen un costo, y por tanto, lo que debemos hacer como sociedad es asignar (*allocate*) eficientemente tales costos. En todo caso, como es imposible evitar la ocurrencia de accidentes en la sociedad imperfecta en la que vivimos, debemos entonces "minimizar la suma de los accidentes y los costos de prevenirlos".[54] El ideal que informa la posición es evitar que ocurran los accidentes que no ameriten sus costos, y distribuir el costo de los accidentes que no valen el costo de evitarlos. ¿Cómo se logra ello? El principal método que Calabresi propone para hacerlo es la disuasión general, que confía en que el precio del mercado cree incentivos a las partes en la realización de una actividad, mediante la imposición de reglas de responsabilidad con el fin de que los particulares incorporen las externalidades que una actividad genera en el precio de ella.[55] Utilicemos uno de los ejemplos anteriores: imaginemos que el regulador quiere disminuir el costo de los accidentes que ocurren entre conductores y ciclistas. Si el costo de los accidentes se les carga exclusivamente a los conductores mediante una regla de responsabilidad objetiva, haciendo así más cara la actividad de conducir, se espera que los agentes racionales opten, por ejemplo, por conducir con más cuidado, comprar carros más seguros, conducir menos o elegir otras formas de transportarse. Si por el contrario, la responsabilidad se le carga al ciclista, este también modificará su comportamiento, absteniéndose de conducir por determinadas zonas o haciéndolo con más cuidado. El aspecto clave es que el costo de los accidentes se reduce mediante reglas de responsabilidad que tiendan hacia la eficiencia. Ahora bien: ¿A quién se le carga la respon-

[53] Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents,* New Haven, Yale University Press, 1970 (hay traducción, *El coste de los accidentes,* Ariel, Barcelona, 1984).

[54] Calabresi, *The Costs of Accidents*, *cit.*, p. 26.

[55] *Ibidem*, p. 68-72.

sabilidad? La respuesta a esta pregunta es la afirmación más importante y famosa de esta concepción: Calabresi propone un sistema disuasión general asigna el costo de los accidentes (el daño en la persona, el daño en la propiedad, los daños morales y el lucro cesante) a la persona que podría evitar o prevenir el accidente de la forma más barata (*cheapest cost avoider*). Es decir, si el objetivo es minimizar el costo de los accidentes evitando su ocurrencia, la forma más eficiente de hacerlo es que quienes puedan evitar los accidentes con una menor cantidad de dinero se encarguen de ello, y así utilizar la menor cantidad de recursos sociales en esta actividad. El proyecto de Calabresi busca ofrecer un conjunto de reglas y criterios para guiar esa minimización.

En este marco se debe entender la defensa de Calabresi de la responsabilidad objetiva como la posición más coherente que puede tomar la responsabilidad extracontractual en búsqueda de la minimización.[56] En su opinión, la responsabilidad basada en la culpa no es un sistema adecuado porque el uso eficiente de los recursos sociales no puede ser alcanzado por jueces restringidos al universo bilateral entre el demandante y el demandado. En su concepto, en los sistemas de responsabilidad por culpa se pierden de vista tres aspectos importantes: En primer lugar, el litigio se enfoca en las circunstancias particulares de un accidente en vez de referirse a las características generales que permitirían la evitación de ese tipo de accidentes en el futuro. En segundo lugar, el objetivo principal (la disuasión) se convierte en un objetivo secundario debido a la formulación errónea de los problemas en los litigios de responsabilidad: el estándar de culpa se formula una pregunta moral (*i. e.*, si una persona actuó de forma razonable o como un buen padre de familia), una pregunta cuya verdadera solución está en las políticas públicas y la distribución de riesgos y recursos. En tercer lugar, el sistema subjetivo no explica cómo un grupo de personas puede ser incentivado por las reglas. Mientras que las reglas de responsabilidad idealmente se deberían referir al grupo completo, por ejemplo a los ciclistas, la condena o absolución en un litigio particular a un conductor necesariamente no incentivan a los demás conductores a tomar precauciones eficientes. En conclusión, la responsabilidad por culpa reprocha únicamente la conducta negligente del caso concreto, y no obliga a que esa conducta culposa se evite en el futuro, o, al menos, no es la forma más eficiente de hacerlo.

Debe notarse que en la posición de Calabresi, debido al giro que propone en la pregunta central de la responsabilidad extracontractual, no hay

[56] Este argumento es presentado en, *Ibidem*, pp. 37-45.

nada importante o substancial en la relación entre el dañador y la víctima. Esta particular perspectiva de los analistas económicos es especialmente criticada por los teóricos de la justicia correctiva, quienes manifiestan que el AED no puede proporcionar un análisis conceptual de las estructuras vigentes de nuestro derecho de la responsabilidad extracontractual.[57] Según nuestra concepción ordinaria, la responsabilidad extracontractual trata de la relación entre dos personas: una que sufre un daño (B) y quien tiene una pretensión legítima contra la persona que lo causó (A). En todo caso de responsabilidad extracontractual se requiere que A sea la causa del perjuicio de B, y se requiere explicar por qué A, y nadie más, es el obligado a compensar a B, y a nadie más. Además, el hecho de decir que "la persona que estaba en la posición más barata de evitar los daños" no explica por qué si el conductor le causa un daño a un ciclista, es él quien debe pagar los perjuicios, y no un tercero (el fabricante del carro, o el Estado o cualquier otro particular) que efectivamente pudo haber estado en la mejor posición económica para evitar la ocurrencia el daño. Al no captar la estructura del deber de indemnizar que surge como consecuencia de que el derecho de la víctima a no ser dañada ha sido infringido, al desconocer los conceptos jurídicos y causales y la terminología básica de la atribución de responsabilidad, y al desconocer que esta relación equivale a la relación jurídico-procesal que surge en los juicios de responsabilidad extracontractual, los teóricos de la justicia correctiva han sostenido el análisis económico en general, y la teoría de Calabresi en particular, no puede ser una explicación exitosa de nuestras prácticas actuales de responsabilidad civil.[58] En mi concepto, la crítica de los teóricos de la justicia correctiva es acertada. El AED no es una análisis conceptual o una explicación de la responsabilidad civil extracontractual (i.e., no busca proporcionar un criterio sobre el uso del concepto "responsabilidad civil"), sino que en su versión más fuerte debe ser visto como una posición normativa o justificatoria, en la medida en que establece un criterio para la evaluación de los sistemas actuales de responsabilidad. La postura de Calabresi no es que un caso de responsabilidad

[57] Se puede denominar a esta la "crítica estándar". Véase Coleman, Jules, "The Economic Structure of Tort Law", *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, pp. 1233-1253; *The Practice of Principle*, *cit.*, pp. 13-25; *Risks and Wrongs*, *cit.*, pp. 320-40; Weinrib, *The Idea of Private Law*, *cit.*, pp. 45-48

[58] Calabresi, sin embargo, ha objetado tal crítica. En un ensayo reciente cuestionó la centralidad de la relación entre dañador y la víctima como un elemento central de la explicación. Véase, Calabresi, Guido, "A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Missaprehension", *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, núm. 2, 2014, pp. 1-13

por un accidente entre un ciclista y un conductor un juez deba asignar la responsabilidad a aquel que estaba en la posición más barata para evitarlo; sino que el regulador, para los futuros casos entre ciclistas y conductores, cree reglas que asignen la responsabilidad a aquel que tenga que invertir menos dinero en su evitación.

C. *La defensa de Posner de la responsabilidad subjetiva*

Al contrario de la posición de Calabresi, la posición del Richard Posner se construye dando prelación a la culpa.[59] Sin embargo, el análisis económico tiene una interpretación particular de la culpa diferente de la doctrina tradicional. En la doctrina tradicional entiende la culpa como un concepto moral, es decir, es relacionada con un estándar de "prudencia", "razonabilidad", o "un buen padre de familia", por lo cual se considera civilmente responsables a las personas que desconocen este estándar y se les reprocha su actuación mediante la imposición de una condena a pagar los costos que sus actos imprudentes o irrazonables han producido. Desde una perspectiva diferente, el economista entiende la culpa como un concepto económico cuyos términos son objetivables, medibles y resumibles en una fórmula para su cálculo. Esta fórmula, cuya versión más conocida fue introducida por el juez Learned Hand en el caso *U. S. v. Carroll Towing*,[60] considera que una conducta fue realizada de forma culposa cuando no se tomaron los costos que hubieran resultado más económicos.[61]

[59] Me centraré en la posición clásica del argumento. Posner, Richard A., "A Theory of Negligence," *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29-96.

[60] 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

[61] La interpretación más común de la fórmula de Hand es la siguiente: la pérdida proyectada de un accidente puede ser definida como la probabilidad de que un tipo dado de accidente ocurra (P, probabilidad), multiplicado por la magnitud de la pérdida (L, por "loss") que resultaría si el accidente ocurre, es decir, la pérdida proyectada se define como ($P \cdot L$). El costo de tomar las precauciones debe ser entendido como el costo de implementar los medidas para reducir la probabilidad de que un accidente ocurra; o, en la formulación de Hand, "burden of precaution": B. Por lo tanto, si los costos de tomar las precauciones eran menores que la pérdida esperada ($B < P \cdot L$), la conducta será considerada culposa. La culpa es entendida, entonces, como una regla que permite desincentivar actividades dañinas que disminuyen el nivel de riqueza social. Posner, "A Theory of Negligence", *cit.*, p. 32. Para una excelente exposición sucinta de la fórmula de Hand, véase Acciarri, Hugo, "El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general", en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil, cit.*, pp. 427-429.

Hay un supuesto de esta posición que debe sacarse a relucir: Si un agente realiza una actividad beneficiosa socialmente que causa perjuicios, y toma precauciones adecuadas para mantener esa actividad rentable, no debe ser obligado a compensar por los daños que causa. Por el contrario, si el daño social que genera es mayor que los beneficios que se obtiene de la inversión de recursos en prevención, debería ser obligado a responder por estos. Para el economista, pensar de otra forma sería ponerle un freno a la actividad económica e impedir la maximización de la riqueza. Posner cree que este criterio de responsabilidad por culpa va de la mano con el progreso económico y el desarrollo de las medidas de seguridad necesarias para la expansión económica de una sociedad moderna. Su ejemplo es la industria ferroviaria: el transporte férreo, que sin duda traen un beneficio social gigantesco, serían inviables si las empresas ferroviarias tuvieran que responder por *todos* los daños que causan a lo largo de sus vías. La función del derecho es obligar a las empresas ferroviarias a tomar las mayores precauciones posibles según su estructura de costos, es decir, a invertir eficientemente en las medidas para que no se generen accidentes. Sin embargo, exigir más allá de eso sería hacer la actividad económicamente inviable y, con ello, detener el progreso social. De este modo, el Estado crea reglas de responsabilidad para que los agentes económicos inviertan en la evitación de los accidentes, de modo tal que si no realizan las inversiones adecuadas y los generan, ellos deben cubrir con los costos generados. Por el contrario, si un daño no es evitable con las precauciones económicamente adecuadas pero genera beneficios sociales mayores a los costos del accidente, estos deben ser cubiertos por la víctima.[62]

[62] Los demás conceptos centrales de la responsabilidad extracontractual se explican según el mismo criterio, dando siempre prelación a la disuasión eficiente. Por ejemplo, para Posner la protección contra perjuicios producidos por actuaciones dolosas o intencionales no ocurre porque sea moralmente reprochable dañar a otro, sino porque es mucho menos eficiente en términos económicos: Si no existiera una regla contra los perjuicios producidos por actuaciones dolosas, las sumas que tendrían que invertir las personas para proteger su propiedad serían demasiado altas. Posner, *Economic Analysis of Law*, *cit.*, pp. 204-209; y Landes y Posner, *Economic Structure of Tort Law*, *cit.*, pp. 149-189. (Algo similar ocurriría en derecho penal: El hurto, el que una persona tome la propiedad de otro, no es prohibido porque robar sea inmoral o injusto, sino porque es económicamente ineficiente que las personas inviertan sus recursos en protegerse de que los demás les quiten sus propiedades. El beneficio social que el ladrón obtiene del robo es mucho menor que los costos que el dueño del bien tendría que asumir si la seguridad de sus bienes fuera un asunto meramente privado; es decir, es más caro que cada quien se cuide por sí mismo y es más barato sancionar a los que roban). Eso deja un campo abierto para considerar que si una conducta genera un beneficio social desmesuradamente alto, un agente podría privar o dañar la propiedad de

La concepción de Posner ha sido criticada por los teóricos basados en la justicia, quienes sostienen que tal aproximación formal, matemática y algebraica al derecho parte de premisas irreales y defectuosas, que conduce a una visión reduccionista, forzada e ingenua de la realidad. Se ha dicho, por ejemplo, que lecturas de tipo posneriano a la responsabilidad subjetiva confunden la actuación *racional* con la actuación *razonable*.[63] El cálculo costo-beneficio racional que nos exige la fórmula de Hand, por ejemplo, puede funcionar para el agente individual o para grupos que tienen un solo fin, pero yerra porque no toma en cuenta que las personas valoran diferente cosas diferentes. Por el contrario, dice Keating, el derecho no exige un "cálculo *racional* de riesgos", sino un "calculo *razonable* de riesgos" que buscan aplicarse a personas libres e iguales con fines diversos y aspiraciones, que buscan alcanzar esos logros en términos justos. Por otro lado, también se dicho vale mencionar las múltiples sobre la famosa fórmula de Learned Hand, que ha sido descrita como un "mito" o un criterio "invisible" que

---

otro en aras de garantizar la eficiencia colectiva. En el mismo sentido, la responsabilidad objetiva se explica bajo consideraciones similares de eficiencia. En los casos en que la responsabilidad por culpa fracasa en optimizar el uso de los recursos –es decir, cuando los perjuicios sociales de una actuación dañosa no son evitables mediante las inversiones adecuadas en seguridad, y estos perjuicios colectivos son mayores que el beneficio que obtiene el agente que lo crea–, debe surgir una regla que establezca que el agente debe cubrir con todos los costos sin importar si ha invertido o no adecuadamente en seguridad. Posner, no obstante, incluye una restricción adicional: todo sistema de responsabilidad objetiva debe incluir la posibilidad de valorar la conducta culposa de la víctima para apreciar su participación en el daño, para que también se le generen a ésta incentivos para actuar de forma eficiente. Imaginemos que en un sistema donde existe una regla de responsabilidad objetiva por los perjuicios que los conductores causen a los ciclistas, un ciclista sin aditamentos reflectivos para la noche se atraviesa en la vía y es atropellado. Obligar al conductor a pagar al ciclista sería económicamente ineficiente, pues la mejor respuesta económica es que los ciclistas nocturnos utilicen elementos para alertar a los conductores de su presencia; de otra forma, el conductor debe andar con un cuidado excesivo sin saber si hay ciclistas en la vía, lo cual disminuye los beneficios sociales que trae la velocidad. Esta posibilidad de valorar la conducta de la víctima en la responsabilidad objetiva puede ser traducida al modelo continental de la siguiente forma: A pesar de la preferencia por un sistema general de responsabilidad subjetiva (probada), en algunos casos se debe presumir la culpa. Esta presunción es diferente de la responsabilidad objetiva, pues el dañador puede eximirse demostrando la culpa exclusiva o concurrente de la víctima. Posner, *Economic Structure of Tort Law*, *cit.*, pp. 54-85.

[63] Véase Keating, Gregory, "Reasonableness and Rationality in Tort Theory", donde proporciona esta interpretación. Véase, además, Coleman y Mendlow, "Teorías de la responsabilidad extracontractual", *cit.*, p. 194-5.

nunca nadie, ni siquiera los mismos Hand o Posner en los famosos casos, han podido una realizar aplicación correcta de la fórmula.[64]

4. *Teorías basadas en la justicia*

Las diferentes teorías de la justicia correctiva divergen sobre el mejor modelo de responsabilidad. Algunas teorías, como las Epstein o Weinrib, son monistas, en el sentido de que prefieren un tipo de responsabilidad (objetiva y subjetiva, respectivamente) como la aproximación que mejor encarna el criterio de justicia correctiva. La mayor parte de las teorías, como las de Coleman, la responsabilidad-resultado y el recurso civil, son pluralistas, en el sentido de que intentan acomodar los dos sistemas de responsabilidad. Presentemos el argumento central de estas posiciones.

A. *La defensa de Epstein de la responsabilidad objetiva*

Richard A. Epstein propuso concepción de la justicia correctiva basada en el liberalismo libertario[65] y que defiende un sistema general de responsabilidad objetiva.[66] En esta concepción el elemento relevante de todo caso de responsabilidad extracontractual es que un sujeto A ha infringido los derechos de un sujeto B a su integridad física o moral o a su propiedad. Como los derechos de B son valiosos, *todo* aquel que cause una infracción sobre esos derechos debe compensarla, a menos que pueda demostrar que hay una excusa o justificación en su acto (como, por ejemplo, legítima defensa).[67] Uno de los fines de la responsabilidad es que el demandante asuma la

[64] Wright, Richard W., "Hand, Posner and the Myth of the 'Hand Formula'", *Theoretical Inquiries of Law*, vol. 4, 2003, pp. 146-196; Hilles, Steven "The Invisible Hand Formula", *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, pp. 1015-1054. Para otras críticas Green, Michael, "Negligence = Economic Efficiency: Doubts", *Texas Law Review*, vol. 75, 1997, pp. 605-1644, y Coleman, *Risks and Wrongs*, *cit.*, pp. 486-488. Algunos autores han criticado a Posner por llevar una "doble vida" en su interpretación de la responsabilidad objetiva, pues en los casos que ha decidido como juez ha contradicho los mandatos de su propia teoría. Por ejemplo, véase Rosenberg, David, "The Judicial Posner on Negligence versus Strict Liability: *Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamic Co.*", *Harvard Law Review*, vol. 120, pp. 1210-1222.

[65] Epstein, Richard A.,"A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1971, pp. 151-204 (especialmente p. 165, n. 42). La teoría fue rechazada en escritos posteriores.

[66] Esta exposición resume y reproduce, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 71-74.

[67] Epstein. "A Theory of Strict Liability", cit., p. 274.

pérdida del otro como si fuera propia; es decir, "si el demandado debe [cubrir] todos los costos en aquellos casos donde daña sus propios bienes, también debe [cubrir] los daños que genera en la propiedad ajena."[68] Al ser la infracción de un derecho el elemento más relevante de la responsabilidad extracontractual, el hecho de que el dañador haya actuado de forma dolosa, culpable o inocente es irrelevante. De este modo, el sistema de responsabilidad objetiva es la única manifestación coherente del principio de justicia correctiva, el cual, según Epstein, obliga a todo aquel que cause un daño a indemnizar a su víctima.[69] Bajo este entendimiento, el montañista de nuestro ejemplo, debe pagar los daños que produjo incluso si se encontraba en estado de necesidad; el dueño de la cabaña no debe soportar el daño sencillamente porque la actuación del montañista no fue culposa.

Este argumento se fundamenta en argumentos de filosofía política y moral, inspirados en la concepción libertaria de Robert Nozick.[70] Una de las premisas fundamentales del liberalismo libertario es que una persona tiene derechos inviolables sobre su cuerpo, su reputación y a los bienes que adquiere legítimamente. Los bienes de una persona son suyos y nadie puede quitárselos o dañarlos; y eso incluye a otros ciudadanos y al gobierno mediante impuestos. Las personas son absolutamente libres de actuar en la sociedad siempre y cuando no interfieran con los derechos de los demás; y en caso de que tales interferencias ocurran, el responsable está obligado a compensar. Un modo simple de leer la visión libertaria es el siguiente: Cuando un ser racional decide actuar y tomar riesgos involucrándose en actividades sociales, lo hace en pro de conseguir ganancias; pero al mismo tiempo debe ser consciente que debe responder por las pérdidas que cause a otros. En el mismo sentido en que las ganancias que obtenga de la actividad le pertenecen, ellas hacen parte de sus derechos inviolables y no las debe compartir con nadie (muchos libertarios critican la redistribución mediante impuestos), las pérdidas que se generen y las infracciones que

[68] *Ibidem*, p. 273.

[69] Los argumentos de Javier Tamayo Jaramillo a favor la responsabilidad objetiva en derecho colombiano son muy parecidos a los de Epstein. Para Tamayo Jaramillo, la responsabilidad objetiva no se justifica en la creación de riesgos por actividades peligrosas, sino en el derecho de propiedad, es decir, el derecho a tener y usar bienes, que es vulnerado cuando esos bienes son afectados por otros. El que el causante del daño sea culpable o no es irrelevante. Véase Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil,* 2a. ed., Bogotá, Legis, 2007, pp. 845-857.

[70] Nozick, Robert, "Prohibition, Compensation and Risk", *Anarchy, State, and Utopia*, *cit.*, pp. 54-87.

causen a los derechos de los demás son costos que solamente él debe cubrir, y sería injusto que alguien se los subsidiase. De este modo, cuando A daña a B infringiendo uno de sus derechos inviolables le está causando un perjuicio que B no está obligado a soportar o subsidiar. No se debe valorar si el acto fue doloso o inocente, o si a actuó con culpa o sin ella: lo único que cuenta es la infracción del derecho.[71]

Es importante señalar que la mayor carga de la concepción libertaria ha sido desarrollar la noción de relación de causalidad. Como un agente sólo es responsable por los daños que *causa* a otro, esta versión de la justicia correctiva sólo cobra sentido dentro una comprensión muy fuerte la relación de causalidad, que Epstein construye sobre el "sentido ordinario" del término. Según este entendimiento, cuando un tribunal manifiesta que A fue la causa del daño de B, no se refiere a ningún sentido metafísico de causalidad sino que se basa en nuestras intuiciones y en el sentido común sobre la causalidad, es decir, la idea que una persona ordinaria tiene de la "causa" de un acto y que esta persona común utiliza para embarcarse en ciertas acciones y abstenerse de otras. Este sentido ordinario de la causalidad fue desarrollado por H. L. A. Hart y Anthony Honoré, y, según afirma Epstein, se aplicaba en el antiguo derecho romano.[72] Sin embargo, esta teoría de la causalidad es la principal debilidad de la concepción libertaria de la responsabilidad extracontractual. Stephen R. Perry ha desarrollado una poderosa crítica donde manifiesta que parece haber una concepción de culpa en muchos elementos de la noción libertaria de causalidad.[73] Desde la visión de Perry, los daños en responsabilidad extracontractual requieren la participación causal de ambas partes. Por ejemplo, para que un conductor atropelle a un ciclista en una vía se requiere que el ciclista haya salido esa mañana a pasear; es decir, *ambos* tienen una participación causal en el hecho del accidente. Entonces, no puede entenderse la responsabilidad en sí misma sobre la base de la causalidad pura, pues se debe aislar un criterio normativo diferente para que se atribuya la responsabilidad. Por ejemplo, se puede establecer que como el conductor ha atropellado *imprudentemente* al ciclista, o que como el conductor es *más responsable* que ciclista en la realización del accidente, es él quien debe cubrir los costos. Así pues, dado que el

[71] Para una crítica del argumento libertario en responsabilidad extracontractual, véase Perry, Stephen R., "The Impossibility of General Strict Liability", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 1, 1988, pp. 147-171; y Coleman, Jules L. y Ripstein, Arthur, "Mischief and Misfortune", *McGill Law Journal*, vol. 41, 1995, pp. 91-103.

[72] Epstein, "A Theory of Strict Liability", *cit.*, pp. 162-64.

[73] Perry, "The Impossibility of General Strict Liability", *cit.*, pp. 150-171.

argumento debe apoyarse en concepciones normativas que, arguye Perry, incluyen en ciertos elementos de culpa como un elemento de la relación de causalidad, un sistema general de responsabilidad objetiva parece ser conceptualmente imposible.[74]

B. *La defensa de Weinrib de la responsabilidad subjetiva*

Ernest J. Weinrib ha presentado una de las interpretaciones más detalladas de la justicia correctiva, según la cuál sólo la responsabilidad subjetiva es compatible con ésta.[75] Weinrib sostiene que la idea aristotélica de justicia correctiva tiene como idea central la bipolaridad o correlatividad de la relación entre el dañador y la víctima.[76] La justicia correctiva no es un principio moral, sino una forma de justicia entre las partes, que es diferente de la justicia distributiva. La responsabilidad extracontractual se encarga de un tipo particular de relaciones que ocurren cuando se rompe el equilibrio normativo preexistente entre las partes y se hace necesaria una compensación que obligue a la restauración de este equilibrio. En otras palabras, cuando A le causa un perjuicio a B está rompiendo un equilibrio normativo preexistente entre las partes, por lo cual A está obligado a restaurar ese equilibrio mediante una compensación que debe pagar a B. El elemento central es, entonces, la relación entre A y B y ninguna otra relación es importante. Esta relación hace inteligible que (1) B tiene un derecho

[74] Entre nosotros, Carlos Rosenkrantz ha desafiado la objeción de Perry y ha tratado de defender un sistema general de responsabilidad objetiva. Para Rosenkrantz, el argumento de Perry parte de la premisa infundada de que la causalidad incluye necesariamente una concepción de culpa. Apoyándose en J.J. Thompson, trata de construir un criterio válido de causalidad para la responsabilidad objetiva. Tengo dudas sobre el éxito de la propuesta, pero creo que Rosenkrtanz señala el camino correcto: un sistema de responsabilidad objetiva general sólo es posible si logra construir una teoría adecuada de la causalidad. Véase, Rosenkrantz, Carlos, "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil, cit.*, especialmente, pp. 354-381 y "En defensa de la responsabilidad estricta", *Revista de responsabilidad civil y seguros*, vol. 11, 2009, pp. 3-16

[75] Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, y *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013. Para una presentación sucinta de estas ideas, véase, Weinrib, Ernest J. "Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva" en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil, cit.*, pp. 325-334. Esta exposición resume y reproduce, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 80-6.

[76] Weinrib, "Understanding Tort Law", *cit.*, pp. 485-526.

a que no se vulnere el equilibrio normativo, que es correlativo a un deber de B de no vulnerarlo; (2) la actuación de A es relevante para B sólo y en la medida en que vulnera ese equilibrio y viceversa; y (3) esa actuación genera un deber de A de compensar por las consecuencias de sus actos, que es correlativo a un derecho de B de recibir la compensación. La justicia correctiva es, entonces, la idea de que "la responsabilidad rectifica la injusticia que una persona ha sufrido por otra".[77]

El argumento a favor de la responsabilidad subjetiva depende de un argumento exegético adicional.[78] En todo caso, la noción central es que el equilibrio entre las partes no se vulnera por la simple causación fáctica de un perjuicio, sino que su rompimiento requiere una vulneración *normativa*:[79] sólo se vulnera el equilibrio cuando las personas actúan de una forma que no están legitimadas, es decir, por fuera de sus derechos y violando los deberes que tienen frente a los demás. La vulneración implica que hay pérdidas y ganancias *normativas correlativas* entre el dañador y la víctima: cuando a una víctima se le viola una derecho y con ello sufre una perdida normativa, ésta es a su vez es correlativa a una ganancia normativa del dañador. De esta concepción del "equilibrio normativo" se deriva el argumento que sostiene que la culpa es el único modelo coherente con la justicia correctiva. Debido a que únicamente el incumplimiento de los deberes genera responsabilidad extracontractual, se requiere que la actuación del demandado sea *ilícita*, es decir, que haya vulnerado el estándar relevante ("hombre razonable", "buen padre de familia", etc.). De este modo, el hecho de que una parte haya causado fácticamente un daño en otra por sí mismo no genera responsabilidad extracontractual: se requiere además la violación del criterio normativo. Para fundamentar su tesis como la interpretación adecuada del *common law*, Weinrib sostiene que la ilicitud debe entenderse

[77] Weinrib, "Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice", *cit.*, p. 349.

[78] Para Weinrib, Aristóteles no explica el modo como se debe entender la igualdad previa de las partes que genera el equilibrio normativo. Por ello, Weinrib integra la concepción aristotélica con una noción kantiana-hegeliana de personalidad, para hacer inteligible esta noción de justicia. La filosofía del derecho kantiana parte de la idea de que todos los seres humanos somos libres e iguales, como parte del derecho innato de cada miembro de la humanidad de ser su propio maestro. Desde este modo, la igualdad no se encuentra en una distribución justa de los recursos sociales, sino en la igualdad formal de las "voluntades libres". Las personas y la propiedad son, entonces, la personificación de esta voluntad individual, y tales no pueden ser sujetas a la interferencia intencional o culposa de otras voluntades. Así pues, del hecho de ser iguales y libres surge un equilibrio normativo entre todas las personas. Weinrib. *The Idea of Private Law*, *cit.*, pp. 20-40.

[79] No es una vulneración en el mundo del "*ser*", sino en el mundo del "*deber ser*".

como una "secuencia fáctico-normativa" que se explica por su coherencia interna: una mitad de la secuencia es la infracción del deber de cuidado por el demandante, la otra mitad es la causación fáctica de perjuicio en el demandado. Estos elementos no operan como ítems independientes, sino que sólo constituyen un daño "cuando actúan conjuntamente", dado que la "importancia de uno se entiende en términos del otro".[80] Como en la responsabilidad objetiva, por el contrario, el deber únicamente se hace "operativo" tras la causación del daño y el perjuicio se define en relación con una sola parte, ella "es incompatible con la justicia correctiva" y es "inconsistente con la justicia correctiva y con el concepto de agencia que subyace al Derecho kantiano".[81] Es importante notar, sin embargo, que lo anterior no impide la existencia de sistemas de responsabilidad objetiva o mecanismos administrativos o de seguro que propendan a la eficiencia, pero ellos no pueden ser denominados responsabilidad extracontractual en sentido estricto. La responsabilidad extracontractual es una relación normativa entre dos partes y requiere un juez que verifique el cumplimiento o incumplimiento de los deberes y su efecto correlativo en los derechos de la otra parte, y al no cumplir estos requisitos, estos seguros y mecanismos administrativos son "externos" a la responsabilidad extracontractual.[82]

La posición de Weinrib ha sido criticada –creo que de forma justa– por su exceso de formalismo que elimina cualquier tipo el contenido substantivo en la justicia correctiva[83] y porque termina estudiando el derecho "en pos del derecho",[84] ocupándose de formas y estructuras inmanentes y abandonando las relaciones y los derechos en juego.[85] Además, su posición frente a la responsabilidad objetiva es problemática, pues parece dejar una parte substancial de nuestro concepto ordinario por fuera de la explicación. Sin embargo, no se debe sobreestimar el valor de estas objeciones. Weinrib, entre todos los filósofos de la responsabilidad extracontractual, es quien ha presentado la mejor exégesis de la posición clásica y de los argumentos

[80] Weinrib, *The Idea of Private Law*, *cit.*, pp. 154-160.

[81] *Ibidem* , pp. 171, 203.

[82] *Ibidem*, pp. 171-200.

[83] Wright, "Substantive Corrective Justice", *cit.*, pp. 531-665.

[84] Rabin, Robert L., "Law for Law's Sake", *Yale Law Journal*, vol. 105, 1995, pp. 2261-2283.

[85] Véase Simmons, Kenneth W. "Justification in Private Law", *Cornell Law Review*, vol. 81, 1996, pp. 698-743, y Kress, Kenneth, "Coherence and Formalism", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 16, 1993, pp. 639-689.

kantianos-aristotélicos,[86] los cuales –no sobra decir– son los que han informado la tradición continental de la responsabilidad civil extracontractual.[87] Creo que la exclusión de la responsabilidad objetiva que hace Weinrib no debe ser leída como un punto práctico o un llamado a la reforma, sino que es simplemente un punto de *coherencia conceptual:* si aceptamos el lenguaje aristotélico-kantiano y sus categorías básicas, ese lenguaje excluye a la responsabilidad objetiva como un elemento de la responsabilidad extracontractual. Creo que él está en lo cierto en este punto, y esta es una clarificación importante en nuestro contexto. En Latinoamérica, a veces se suele asumir como correcto el lenguaje de la aristotélico-kantiano que informó la codificación, pero al mismo tiempo, se toman otros argumentos más modernos (como desarrollados con la industrialización sobre las funciones "públicas" de la responsabilidad extracontractual) para fundamentar sistemas de responsabilidad objetiva, generando síntesis heterodoxas y creativas de posiciones argumentativas disímiles. Sin embargo, desde la perspectiva de Weinrib, ambas posiciones son incompatibles y generan estructuras conceptuales incoherentes. Se podría decir que esta incoherencias conceptuales a veces se reflejan en debates sobre si determinadas instituciones "son o no" responsabilidad extracontractual.[88] Para evitar tales discusiones,

[86] Sin embargo, tengo algunas dudas sobre la coherencia de su posición. Mi crítica exegética Weinrib se encuentra en Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 83-6.

[87] Al respecto de la influencia de los argumentos continentales en la tradición del civil law, véase *infra,* sección VI.1, en especial, nota 127.

[88] Un ejemplo muy diciente –al cual volveremos *infra,* sección IV.2.A– es el debate sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por atentados terroristas cometidos por terceros como parte de la responsabilidad civil: algunos sostienen que el Estado debe responder basado en deberes de solidaridad y justicia distributiva; mientras que otros sostienen tales condenas no son posibles, pues la función de la responsabilidad civil es la corrección. (Al respecto de este tipo de responsabilidad, véase, Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil, cit.*, pp. 17-19 y quinta parte, pp. 471-590, además de los textos citados *infra* en notas 137). Lo que algunos de los actores no parecen notar es que en el trasfondo hay un debate sobre la noción misma de la responsabilidad civil: si sostenemos, con el entendimiento ortodoxo de Weinrib, que el punto de la responsabilidad civil es la justicia correctiva, no hay lugar para tales indemnizaciones. Por otro lado, si sostenemos que la responsabilidad civil puede distribuir y ejecutar deberes de solidaridad, no podemos seguir utilizando el entendimiento clásico. Lastimosamente, algunos participantes del debate quieren, al mismo tiempo, mantener el lenguaje un entendimiento ortodoxo de la responsabilidad extracontractual e incluir e categorías más modernas. Ello se nota en las citaciones que utilizan, combinando abruptamente fuentes clásicas y contemporáneas. Estas síntesis incoherentes no sólo muestran que las partes no están de acuerdo en los términos del debate, sino que pone nuevamente de plano la importancia de la filosofía de la responsabilidad extracontractual a la que hicimos referencia en *supra* II.2.

las nuevas teorías pluralistas que señalaremos a continuación, dejan de lado el legado aristotélico-kantiano y se sienten en libertad de repensar la responsabilidad civil extracontractual.

C. *Las tres teorías de la justicia correctiva de Coleman*

Las teorías pluralistas que señalaremos a continuación tratan de responder a las teorías monistas, creando entendimientos de la responsabilidad extracontractual que acomoden a los dos regímenes. Jules Coleman, uno de los principales representantes de la filosofía de la responsabilidad extracontractual, ha desarrollado al menos tres intentos por conceptualizar la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva: la concepción "anuladora," la concepción "mixta" y una variación de la concepción mixta.[89]

La idea principal de la primera concepción, la concepción *anuladora* de la justicia correctiva, es que una persona tiene derecho a ser compensada por las pérdidas ilícitas que sufre, es decir, es un requisito de la justicia correctiva que las pérdidas ilícitas sean anuladas o eliminadas. Si bien considera que este principio moral de justicia correctiva fundamenta un derecho en las personas que han sufrido pérdidas ilícitas (o, como dice Coleman, establece un "fundamento de compensación" para las víctimas); este principio moral no establece un "modo" particular en el cual esta anulación deba realizarse, es decir, no privilegia la responsabilidad objetiva, subjetiva u otros medios, ni establece un obligado particular. La concepción anuladora fue criticada por Stephen R. Perry,[90] quien sostiene que es un error que la concepción anuladora no reconozca la relación entre el dañador y la víctima en una explicación de la responsabilidad extracontractual. Como en la concepción anuladora se afirma que la distribución de las pérdidas es una responsabilidad del Estado, el cual debe señalar los modos de responsabilidad, el problema de la responsabilidad extracontractual se convierte en un problema de justicia distributiva, no de justicia correctiva.

La crítica de Perry motivó a Coleman a desarrollar una segunda teoría, la *concepción "mixta"* de la justicia correctiva. La teoría mixta toma de la

[89] Sobre la evolución de la posición de Coleman, con amplia referencia a la bibliografía secundaria, véase, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 74-80, 87-96.

[90] Perry, Stephen R., "Comment on Coleman: Corrective Justice", *Indiana Law Journal*, vol. 67, 1992, pp. 381-409. Véase otras críticas en Weinrib, Ernest J., "Causation and Wrongdoing", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 63, 1987, pp. 407-450, y "Corrective Justice", *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 403-426 y 444-450.

concepción relacional –la concepción de Weinrib– que la estructura de relaciones entre las obligaciones del dañador y la víctima están en el centro de la justicia correctiva. Así pues, la teoría mixta acepta un elemento de la concepción relacional: la conexión entre el dañador y la víctima. Sin embargo, ello no significa que acepte la explicación aristotélica y estrictamente relacional desarrollada por Weinrib. En la concepción mixta no hay un equilibrio normativo preexistente, ni una equivalencia entre la pérdida de la víctima y una ganancia del dañador. Esto reafirma el elemento más importante de la concepción anulatoria: la justicia correctiva no tiene que ver con ganancias y pérdidas, sino sólo con la anulación de un tipo particular de pérdidas, a saber, las pérdidas ilícitas.[91]

Es importante señalar que, al contrario de lo que ocurre en la propuesta de Weinrib, en la concepción mixta el concepto de deber no lleva implícito un derecho correlativo, ni la noción de ilícito invariablemente determina que el único modo válido de compensación es la responsabilidad por culpa. Por esta razón, en principio, esta aproximación deja espacio para la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva. La mayor parte de la responsabilidad civil, que consiste en responsabilidad subjetiva, es explicada a través de la justicia correctiva. Como la culpa del dañador es la causa de la pérdida ilícita de la víctima, la justicia correctiva le impone al dañador un deber de reparar esas pérdidas. Sin embargo, no todas las pérdidas ilícitas son generadas por culpas. Hay al menos dos tipos de casos que dan lugar a la responsabilidad objetiva que pueden ser explicados a través de justicia correctiva: (i) hay derechos definidos de forma tal que las actuaciones sin culpa del dañador pueden afectarlos, y, (ii) determinadas actuaciones sólo pueden ser realizadas si se compensan los daños causados. Como ejemplo de (i), Coleman tiene en mente principalmente algunos casos del *common law,* como el *tresspass to land* (la invasión de tierras), donde el derecho de propiedad de la víctima está definido de tal forma que la invasión del terreno, aún sin pérdidas materiales, genera una pérdida ilícita en el demandante.[92] Un ejemplo de (ii) son los daños causa-

[91] *Ibíd.*, p. 369.

[92] El *trespass to land* es un "tort" que se comete cuando un individuo u objeto intencionalmente entra en las propiedades de otro sin una justificación. El *trespass to land* es accionable aunque no haya daño. La corte puede ordenar el pago de una compensación o una orden preventiva (injuction) como remedios.

Aunque la teoría de la determinación de derechos está pensada para el *common law,* no se debe restringir la aplicación. Tomemos el siguiente ejemplo de un caso donde la responsabilidad objetiva se deriva del modo como se define un derecho. Se podría definir el derecho constitucional de petición de una forma que genere responsabilidad objetiva: se puede decir,

dos por explosivos: el deber establecido cuando se utilizan explosivos no es el deber de "actuar cuidadosamente", como un "hombre razonable" o un "buen padre de familia"; sino el deber más riguroso de "no dañar en absoluto." Por lo tanto, quién utilice explosivos y dañe a otro está vulnerando los derechos de la víctima ("el derecho a no ser dañado"), y, así, todas las pérdidas que generen en la víctima son ilícitas y el demandado estará obligado a compensarlas aunque su actuación no haya sido culposa.[93] Sin embargo, no todos los casos de responsabilidad objetiva pueden ser explicados por la justicia correctiva. Coleman reconoce que los casos más importantes, como la responsabilidad por los hechos de terceros y la responsabilidad por defectos en productos se escapan a su teoría. La justicia correctiva, dice Coleman en repetidas ocasiones, busca explicar sólo el "núcleo" de la responsabilidad extracontractual –responsabilidad subjetiva– pero muchos casos de no son explicados en términos de justicia correctiva, sino por puras consideraciones de eficiencia.[94]

Vale señalar que hay una tercera manifestación de la posición de Coleman, que defendió con Arthur Ripstein, donde se entiende la cuestión del diseño de un sistema de responsabilidad como un asunto de teoría política.[95] Esta variante, deja poner el énfasis en la acción del sujeto (o la atribución de responsabilidad moral) y lo centra en las prácticas sociales de asignación de costos. Coleman diferencia entre dos preguntas: ¿quién es moralmente responsable de un accidente?, y, ¿a quién se le deben asignar las costos de la "mala suerte"? La mala suerte equivale a los acontecimientos que afectan el patrimonio de una persona imponiéndole costos, ya sea derivados de hechos de la naturaleza (un desastre natural) o de actos de otras personas (actuaciones inocentes, como los ejemplos señalados en

---

por ejemplo, que la administración está obligada a responder en 10 días una petición de un particular, y en caso de que no lo haga, está obligado a cumplir lo solicitado o compensar la suma equivalente. En determinadas situaciones, la administración puede actuar como una persona razonable y proporcionar todos los recursos, pero aún así, será responsable objetivamente por los daños causados por su falta de respuesta.

[93] Coleman y Mendlow, "Teorías de la responsabilidad extracontractual", *cit.*, p. 186.

[94] Véase Coleman, *Risks and Wrongs*, en especial, capítulos 19 y 20 y *Practice of Principle, cit.*, p. 36.

[95] Véase Coleman, Jules, and Arthur Ripstein, "Mischief and Misfortune," *McGill Law Journal,* vol. 41, 1995, pp. 91-130, en mi concepto, uno de los artículos más importantes de la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual. Este sumario del argumento de Coleman y Ripstein está inspirado en Perry, Stephen, "Mischief, Misfortune and the 'Distributive Turn' in Tort Law', *QLR,* vol. 16, 1996, p. 319.

III.2.) La asignación de costos puede depender de la responsabilidad moral.[96] Pero Coleman explora la otra posibilidad: la pregunta de los costos puede responderse desde la filosofía política, es decir, se debe proporcionar una teoría apropiada de la distribución y asignación de riesgos y responsabilidades sociales. La idea motivante es que en un Estado liberal los costos de la mala suerte deben ser asignados de forma "justa" [*fair*]. Desde esta concepción, los problemas de la justicia correctiva y distributiva terminan siendo equivalentes. El argumento es presentado de la siguiente forma: Coleman y Ripstein exploran como diferentes modelos de Estado dan respuesta a la pregunta de la asignación de costos. De entrada, rechazan dos modelos extremos: un modelo sostiene que los costos de la mala suerte deben ser "dejados donde caen" (es decir, deben ser cubiertos por las víctimas y no trasladados a nadie más), el otro modelo extremo sostiene que todos los costos deben ser colectivizados (es decir, las víctimas no deben cubrir los costos de su mala suerte, sino que estos deben ser pagados por la sociedad). Estas posiciones son poco atractivas, pues eliminan el espacio de la idea de "responsabilidad", o sea, la idea de que los individuos deben cargar con los costos de sus acciones y elecciones.[97] Los diferentes modelos políticos liberales tratan de enmendar los modelos extremos, incorporando las reglas de responsabilidad: Los libertarios como Epstein, enmiendan la regla del primer modelo extremo, sosteniendo que la mala suerte debe ser asumida por la víctima a *excepción* de aquellos daños causados por otras personas en su actuaciones. Así, los libertarios, con su defensa de la responsabilidad objetiva, incorporan la noción de responsabilidad al primer modelo extremo. Los liberales de corte igualitario, como Dworkin,[98] buscan añadir la regla de responsabilidad sosteniendo que todos los casos de mala suerte deben ser cubiertos de forma colectiva, a *excepción* de aquellos donde la víctima se haya expuesto voluntariamente a los riesgos o donde sea posible trasladarlos a otra persona. El argumento de Coleman y Ripstein busca mostrar las diferentes concepciones de responsabilidad que generan los modelos políticos libertarios y igualitarios son "estrategias paralelas", pero

[96] Como veremos, es la posición de Honoré y Perry. Véase, *infra*, III.4.D.

[97] La idea de responsabilidad implica que hay una diferencia fundamental entre un hecho de la naturaleza que impone costos (un huracán, un terremoto) y un acto humano que impone costos (como los ejemplos citados en II.2.). La crítica de Coleman y Ripstein es que los dos modelos extremos desconocen tal diferencia.

[98] Dworkin desarrolló una teoría igualitaria de la responsabilidad extracontractual en Dworkin, Ronald, "What is Equality? Part 2: Equality of Resources," *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, 1981, pp. 283-345, reimpreso en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality,* Cambridge: Harvard University Press 2000, pp. 65-119.

ninguna es exitoso. Ambas fracasan porque sus conceptos de agencia, elección y causalidad son en últimas indeterminados.[99] Además, hay un problema adicional: Tanto el libertarianismo como el igualitarismo sostienen una concepción de los costos, según la cual, los individuos pueden fijar el costo de sus actividades, o que este depende de conceptos como agencia o control. Coleman y Ripstein rechazan este entendimiento de los costos y sostienen que la medida adecuada de la noción de costos de una actividad se deriva de una concepción política de lo que nos debemos los unos a los otros. Esto se convierte en una noción de deber, que es informada por nociones políticas, e implican "concepciones sustantivas y debatidas de lo que es necesario o importante para vivir en una cultura política liberal".[100]

Esta noción de deber se "traduce"[101] en un particular entendimiento de la responsabilidad extracontractual y de la culpa. Coleman y Ripstein asignan los costos a dañadores que han fracasado en ejercitar "cuidados razonables" sobre los derechos de los terceros. Esta noción de culpa no depende de la noción de agencia, elección o causalidad (como en los modelos igualitarios y libertarios), sino que explica porqué estos son importantes. Pero el punto más importante es el siguiente: Lo que ha de tenerse por "cuidado razonable", si bien es objetivo en tanto no le permite a las partes fijar su propio concepto de costos, depende de una determinada concepción política; es decir, la idea de responsabilidad –la noción de que las personas deben cubrir los costos de sus actividades– sólo tiene sentido en relación con visiones sobre la importancia de las varias actividades. En ese sentido, la noción de culpa no mira a las actividades "de forma moralmente neutral", sino que incorpora una concepción particular del *valor* de las actividades. Esto generará una concepción del valor de las actividades parecida a la explicación rawlsiana de bienes primarios. En últimas, cualquier visión va a ser controversial, pues depende de elecciones que son "puramente políticas" sobre la importancia de unos bienes primarios en la consecución de fines y, por tanto, relacionan de forma inextricable a las consideraciones de justicia correctiva con las de justicia distributiva.

[99] Como vimos en la crítica de Perry al modelo libertario. Véase, *supra*, III.4.B. Como las estrategias con similares, parte de esta crítica también aplica al modelo de elección del igualitario. Coleman y Ripstein, "Mischief and Misfortune", *cit.*, p. 95.

[100] Coleman y Ripstein, "Mischief and Misfortune", *cit.*, p. 97.

[101] De nuevo, sigo aquí a Perry, Stephen, "Mischief, Misfortune and the 'Distributive Turn' in Tort Law', *QLR*, vol. 16, 1996, p. 319.

Las posiciones de Coleman han estado sometida a numerosos debates. No es mi objetivo reseñarlos todos aquí[102] y me centraré en lo que respecta a la cuestión de la responsabilidad objetiva y subjetiva. En este aspecto, la teoría de Coleman de la responsabilidad objetiva parece ser problemática. La "objeción central" de los teóricos de la justicia correctiva al AED es los últimos que son incapaces de explicar satisfactoriamente los conceptos centrales de la responsabilidad civil, como obligación y causalidad en particular, la relación bilateral que la caracteriza.[103] Sin embargo, cuando se trata de la responsabilidad objetiva, la teoría más importante de Coleman –la de *Riesgos y Daños*– dice que la justicia correctiva no explica algunos de los casos representativos de la responsabilidad civil.[104] Pareciera que los teóricos de la justicia correctiva estuvieran renunciando a describir el derecho existente, qué es lo que han reclamado como su principal ventaja teórica. Así, la responsabilidad objetiva parece convertirse en un problema teórico para la justicia correctiva: si, por un lado, la justicia correctiva genera deber de reparar sólo en los casos cuando el causante es moralmente responsable por el daño, entonces no es del todo claro surge el deber de reparación en la responsabilidad objetiva; si, por otro lado, la justicia correctiva implica que se deben compensar por todos los daños –como en la concepción de Epstein– la causalidad es la noción más problemática. Los teóricos de la justicia correctiva no abordan el problema directamente, sino que renuncian a proporcionar una explicación: Weinrib dice que la responsabilidad objetiva es "externa" a la responsabilidad civil; Coleman dice que no es el "núcleo" de la responsabilidad civil. La lección, en especial para el lector latinoamericano interesado en repensar la responsabilidad civil, es que el reto de las teorías de la justicia correctiva parece seguir siendo su capacidad de explicar coherentemente la responsabilidad objetiva; o, por lo menos, hacer un balance de consideraciones que permita incluir consideraciones distributivas o económicas a favor de la responsabilidad objetiva. Este es un desafío que aún no ha sido resuelto.

[102] Para una perspectiva general de las críticas a la posición de Coleman, véase, Fabra Zamora, "Estudio Preliminar", *cit.*, pp. 91-2 y 94-6.

[103] Véase, *supra* nota 57.

[104] Adapto esta objeción de Gregory Keating, "Strict Liability Wrongs", Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, *cit.*, p. 294.

D. *La responsabilidad-resultado de Honoré y Perry*

Las aproximaciones de Honoré y Perry se apartan de la teoría de la justicia correctiva y proporcionan un interesante enfoque a los problemas de la responsabilidad objetiva y subjetiva. La teoría de Honoré se central en lo que él denomina "responsabilidad-resultado" [*outcome-respondibility*].[105] Para Honoré, la responsabilidad-resultado es el tipo más básico de responsabilidad (la responsabilidad jurídica, civil y penal, y la responsabilidad moral son tipos particulares de responsabilidad-resultado) y es una parte esencial de lo que nos identifica como seres humanos: Los seres humanos son responsables-resultado por sus acciones en el mundo; si A elige actuar, A es responsables por las consecuencias positivas y negativas de esa acción. En la teoría de Honoré, la responsabilidad moral se basa solamente en la culpa [*fault*]; una persona sólo es moralmente responsable si se le puede reprochar su acción. Sin embargo, no toda la responsabilidad moral genera un deber de reparar –responsabilidad jurídica–. La responsabilidad jurídica puede ser objetiva o subjetiva (en los términos desarrollados en III.1), y tiene consideraciones diferentes en sus variantes penal y civil.

Expongamos el argumento que presenta en "Responsibility and Luck" para la responsabilidad extracontractual.[106] La afirmación central de la

[105] La idea de "responsabilidad-resultado" surge de la famosa clarificación de H. L. A. Hart (con quién Honoré escribió el clásico, *Causation in the Law*) de diferentes sentidos de la noción "responsabilidad". (véase Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2a. ed. 2008, pp. 210-30, proponiendo esta clasificación para el derecho penal) Hart distinguió entre: (i) "role-responsibility" ("responsabilidad-rol"), que se refiere a los deberes que se derivan de ciertos roles (*e. g.*, un capital de barco es "responsable" de la seguridad del mismo); (ii) "capacity-responsibility" [responsabilidad-capacidad], que se refiere las capacidades que son necesarias para atribuir responsabilidad a alguien, como razón, auto-control y similares (i.e., las condiciones que vuelven a un hombre en "responsable" por sus actos), (iii) "causal-responsibility" ["responsabilidad-causal"], que se refieren a adscripciones de causas y efecto, donde un efecto A es la causa de una consecuencia B (debe notarse que la responsabilidad causal no se limita a las personas, pues eventos o cosas pueden ser la causa de otros eventos, por ejemplo, "el aumento de los salarios es responsable del aumento en la inflación"), y (iv) liability-responsability, con lo que Hart denomina la responsabilidad moral y jurídica (civil y penal) de los agentes por las consecuencias de sus actos (la palabra 'liability' es comúnmente traducida como responsabilidad). Honoré denomina "outcome-responsibility" al este último tipo de responsabilidad. Esta aclaración es pertinente, pues en otros lugares, se ha traducido "outcome-responsibility" por "responsabilidad por los resultados."

[106] Hay una traducción de este importante artículo, Honoré, Anthony M., "Responsabilidad y suerte. La base moral de la responsabilidad objetiva", en Owen *et al.*, *Teoría de la*

teoría de responsabilidad-resultado es que a un agente le pertenecen por igual las consecuencias favorables y desfavorables que generen sus actos. Así pues, cuando una persona elije un curso de conducta implica que ha considerado las probabilidades de varios resultados posibles y ha confiado en sus habilidades, por lo que las consecuencias que se generen son parte de su marca en el mundo y le pertenecen. Para Honoré, actuar es similar a hacer una apuesta.[107] Si una persona hace un cruce peligroso con su carro se considera que ella ha considerado los posibles escenarios y le pertenecen las consecuencias positivas (el tiempo que gana) y negativas (los perjuicios que causa a terceros) que resultan de tal actividad. Eso hace que el primer fundamento de la responsabilidad-resultado es la causación de un daño. Por ejemplo, si una persona que hizo el cruce peligroso con su carro atropella a un ciclista, el conductor es responsable-resultado por su acto. Ahora bien: el que una persona sea responsable-resultado no equivale a que esa persona tenga un deber jurídico de indemnizar a la víctima, sino que este deber surge dependiendo de las prácticas sociales de atribución de la responsabilidad. Por ejemplo, que si el régimen de responsabilidad es subjetivo, y la persona actuó de forma no negligente, el conductor no debe pagar los perjuicios, sino que sólo deba disculparse o llamar a una ambulancia – que son otros modos posible de asumir *su* responsabilidad. Se requiere, por ello, un segundo paso: la atribución de los perjuicios, que se hace siguiendo unas prácticas sociales. Para Honoré, para asignar los perjuicios conforme a la responsabilidad-resultado se deben tener en cuenta las siguientes condiciones: la asignación debe ser imparcial, recíproca, beneficiosa para todas las personas, y se debe aplicar a todas las personas que posean una capacidad mínima de elección y acción. Así, Honoré considera que en la mayor parte de los casos se utiliza un régimen subjetivo de atribución, es decir, una persona tiene un deber de compensar por un acto por el cual es responsable-resultado si su acto fue culposo.[108] Según este criterio, si era previsible para una persona evitar el perjuicio, y, pudiendo hacerlo no lo hizo, es correcto atribuirle tal perjuicio como parte de su marca en el mundo y debe compensación a la víctima. Sin embargo, también habrá casos en los cuales una persona responde por determinados resultados que implican riesgos especiales, por lo se permite que se le atribuyan los perjuicios sin

responsabilidad civil extracontractual, cit., pp. 243-286. La versión original se publicó, Honoré, Anthony M., "Responsibility and Luck", en *Responsibility and Fault,* Oxford, Hart Publishing, 1999, pp. 14-40.

[107] Honoré, *Responsibility and Fault*, *cit.,* p. 25.

[108] Honoré, sin embargo, posee un entendimiento particular de la culpa.

valorar su conducta. En estos casos, "se aplica un argumento consecuencialista sobre la evitación de daños graves que refuerza un argumento no-consecuencialista para la imposición de responsabilidad-resultado".[109] Algunos ejemplos que Honoré menciona son la responsabilidad que surge por generar riesgos especiales por perseguir sus intereses propios y la responsabilidad que surge por el hecho de terceros.[110] La elección entre responsabilidad objetiva o subjetiva es, a grandes rasgos, una asignación de las consecuencias a los actos.

La interpretación de Perry del principio de responsabilidad-resultado, aunque inspirada en la de Honoré, tiene su propio carácter.[111] En esta versión, una persona es responsable-resultado de las acciones que están bajo su control. Así, los dos conceptos fundamentales de su noción de responsabilidad-resultado son *previsibilidad* y *evitabilidad*. Para introducir estas ideas, Perry cita a Oliver Wendell Holmes: "El único propósito posible de introducir [el elemento de que el demandado haya tomado una decisión] es hacer que el poder de evitar el injusto sea una condición de la responsabilidad. No hay tal poder donde el injusto no podía ser previsto".[112] Al igual que en la versión de Honoré, no todos los casos de responsabilidad generan deber de responder, sino que es necesario un segundo paso: la atribución. Una vez hayamos identificado quién o quiénes son responsables-resultado de una consecuencia porque podían preverla y evitarla, debemos determinar a quién atribuirle un deber de responder. En la mayor parte de los accidentes, dice Perry, dado que surgen de la interacción de actividades y no de acciones de un agente único, ambas partes cumplen las condiciones para ser consideradas responsables-resultado por éste, dado que en cierto sentido ambas pudieron preverlo y evitarlo. Por ejemplo, utilizando el ejemplo citado en varias ocasiones en este escrito, los daños que surgen de un accidente de tránsito tienen contribución causal de ambas partes: si el ciclista-víctima no hubiera salido a pasear ese día, probablemente no hubiera sido dañado (así que, en un sentido, el ciclista también tuvo un grado de control); si el paciente-víctima no hubiera solicitado una operación, el médico-dañador no hubiera causado el daño. El segundo paso de la posición de

[109] *Ibidem*, pp. 27-8.

[110] *Ibidem*, pp. 81-3 y 28.

[111] La presentación más clásica es Perry, Stephen R.,"The Moral Foundations of Tort Law", *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 449-514. Esta presentación está influenciada por Perry, "Tort Law", *cit.*, pp. 87-88, donde el mismo Perry resume su teoría.

[112] Holmes, *The Common Law*, *cit.*, p. 185; Perry, "Tort Law", *cit.*, p. 88.

Perry es complementar la responsabilidad-resultado con otros criterios adicionales que limitan las personas que pueden estar sujetas al deber de compensar los daños. En la mayoría de sistemas de responsabilidad extracontractual estos criterios adicionales son la existencia de culpa del agente o una imposición irrazonable de riesgo. Por ejemplo, si tenemos dos responsables-resultado de un accidente y uno es inocente y el otro actuó con culpa, le atribuiremos el deber de compensación al negligente. En otros casos, en especial relacionados con riesgos inusuales, la regla adecuada es la responsabilidad objetiva. Este segundo paso de atribución de responsabilidad, según explica Perry, es un tipo de "justicia distributiva localizada".

Las teorías de Honoré y Perry tienen el atractivo especial de combinar las virtudes de la atribución de la responsabilidad moral, con las virtudes de la asignación de costos basada en la justicia distributiva. Sin embargo, las teorías que fundamentan la responsabilidad-resultado han sido criticadas por los teóricos de la justicia correctiva[113], quienes han dicho que la responsabilidad-resultado es indiferenciable de la justicia correctiva, y que, por el contrario, depende de ella, dado que no establece un verdadero criterio normativo para la atribución de la responsabilidad[114]. Esta objeción tiene algo de valor. Las teorías de la responsabilidad-resultado no parecen representar un cambio radical de la postura estándar de la justicia correctiva, y sus visiones son ampliamente compaginables.

E. *La teoría del recurso civil de Goldberg y Zipursky*

La teoría del recurso civil de John Goldberg y Benjamin Zipursky tiene una posición totalmente diferente, dado que se enfoca en presentar la responsabilidad extracontractual no como la encarnación de un principio moral, sino como un recurso procesal para obtener compensación por los daños.[115] En otras palabras, el incumplimiento de un deber primario de no dañar a otros le genera dañador un deber de compensar, sino que genera una *facultad* en la víctima: la de acudir ante el Estado para reclamar la

[113] Véase Ripstein, Arthur, "Private Law and Private Narratives", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 683-701.

[114] Coleman, *The Practice of Principle*, *cit.*, pp. 50-51.

[115] La posición clásica Zipursky, Benjamin "Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts", *Vanderbilt Law Review*, vol. 51, 1998, pp. 1-100 y "Civil Recourse, not corrective justice", *cit.* Para la defensa más reciente, véase, Goldberg, John C. P. y Zipursky, Benjamin, "Tort Law and Responsibility", en Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, *cit.*, pp. 17-37.

compensación. En este modelo, entonces, la responsabilidad extracontractual trata de los "recursos civiles" con los cuales la persona que ha sido dañada está legitimada para actuar contra el dañador. La relación relevante es entre la víctima y el Estado. Por un lado, la víctima no está legitimada para buscar la reparación de su perjuicio por sus propios medios, sino que debe utilizar las avenidas procesales que le proporciona el Estado. Por otra parte, el Estado no está legitimado para imponer la condena por propia iniciativa, sino que lo hace en respuesta a una actuación del demandante. Además, es el Estado el que señala las condiciones en las cuales una persona puede ser considerada legalmente dañada, habilitando para algunos daños una vía procesal y para otros no, o señalando las condiciones en las cuales se genera tal avenida, como la culpa del dañador. En una palabra, la idea central de la teoría del recurso civil es que la responsabilidad extracontractual es un poder, un recurso de acción, que se otorga a los demandantes para actuar contra aquellos que han cometido un ilícito frente a ellos. Bajo estas consideraciones, no es difícil ver que, frente al problema de la responsabilidad objetiva y subjetiva, la teoría del recurso civil sostiene que el Estado puede elegir. Sin embargo, esta debe ser una elección justificada. Como la responsabilidad civil es muy parecida a la responsabilidad moral, la culpa parece jugar un papel relevante. Sin embargo, es válido para el Estado desviarse de la responsabilidad moral y puede proporcionar justificaciones relevantes para ello.

La teoría del recurso civil ocupa un lugar central en las discusiones contemporáneas sobre la responsabilidad extracontractual. Ha sido criticada por que se considera parásita de la justicia correctiva, o porque implica una dignificación del derecho de venganza privada. El lector latino-americano podría objetar de una forma diferente, señalando que esta teoría confunde los derechos procesales con los derechos substantivos.[116] A pesar de estos defectos, creo debe reconocerse esta aproximación intenta recoger una intuición válida: no todo daño es fundamento de responsabilidad civil, y el

[116] La teoría del recurso civil pareciera que está diseñada para la tradición del *common law,* donde existen una lista pre-establecida de *torts* y no una norma general que da potestad para demandar. Sin embargo, esta teoría tendría aplicabilidad limitada en los sistemas continentales. En particular, en nuestra tradición jurídica, los grandes procesalistas que convirtieron al derecho procesal en la rama dogmáticamente respetable elaboraron una diferenciación entre el derecho de acción (un derecho público) y los derechos sustantivos particulares. Si esta división es acertada, parecería que la teoría del recuso civil uniera ambas nociones.

Estado tiene algún papel relevante en la formulación de los sistemas. Esto puede ocurrir *antes del daño*, a través del diseño de normas generales, o *posterior al daño*, a través del reconocimiento judicial de ciertas conductas que legítimamente deben ser compensadas y generan un precedente. Por ejemplo, la ruptura de un noviazgo es sin duda "dañosa" en muchos aspectos relevantes, pero en circunstancias ordinarias no genera responsabilidad civil en la mayoría de ordenamientos jurídicos. Además, el Estado puede señalar objetivos más generales en el diseño de determinados recursos civiles para la compensación de daños, a través de políticas públicas o diseñando mecanismos administrativos.

5. *Repensando los problemas morales y políticos del debate responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva: Atribución de responsabilidad y asignación de costos*

A. *Dos preguntas*

Parece que un las defensas actuales de los sistemas monistas (de solo responsabilidad objetiva o de solo responsabilidad subjetiva) no son adecuadas pues no capturan nuestras prácticas existentes de responsabilidad civil. Por esta razón, una mejor descripción parece implicar un modelo que permita tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva dentro de una fundamentación coherente. En la presente sección, trataré de considerar los diferentes factores que se deben tener en cuenta para tal modelo. Tendré en cuenta las lecciones que nos dejan los argumentos expuestos anteriormente para el diseño de un sistema de responsabilidad extracontractual, y trataré de considerar el problema desde la posición del creador de un sistema de responsabilidad civil –la persona que tiene que una perspectiva externa y general, y que está encargada de diseñar fines, objetivos y principios de la responsabilidad extracontractual.[117]

[117] Esta perspectiva es, en principio, la del legislador o el doctrinante. Pero no se debe olvidar que por la doble función de la responsabilidad extracontractual (*supra* nota 12), el juez también toma esta posición. Debido a la función de la responsabilidad civil de generar normas de deberes de cuidado, los jueces también toman esta posición al ver las consecuencias de sus decisiones. El juez –como veremos en la sección siguiente– puede tomar una norma general de responsabilidad extracontractual y convertirla en normas particulares para un tipo de personas o actividades (conductores, peatones, montañistas, doctores, sea creando sub-reglas o eligiendo un régimen de responsabilidad). Hay un importante aspecto creativo que no puede ser soslayado.

El mejor modo de guiar nuestra exploración es utilizar una distinción formulada por Jules Coleman[118] entre dos preguntas generales que señalan dos perspectivas posibles para abordar los problemas de la responsabilidad extracontractual. Por un lado, encontramos la pregunta de la *atribución de responsabilidad,* es decir, el interrogante sobre "¿quién es el responsable por el accidente?" Desde esta perspectiva, el problema de la responsabilidad extracontractual se trata como una situación entre individuos particulares. Por otro lado, encontramos la pregunta de la *asignación de costos,* es decir, la pregunta sobre "¿a quién debe la sociedad asignarle el costo del daños?". Desde esta posición, comúnmente se tratan los accidentes como situaciones que ocurren en la vida en común y cuyos costos deben ser asignados de una forma que sea justa y beneficiosa a los intereses colectivos –y esos costos deben ser trasladados a terceros solo si es beneficioso para esos intereses. En una palabra, es una dicotomía entre la responsabilidad individual y las reacciones sociales al daño. Como veremos en un momento, las dos preguntas no deben confundirse con las perspectivas de las teorías basadas en la justicia y el AED, ni con la dicotomía entre justicia correctiva y distributiva.

B. *Atribución de responsabilidad*

La perspectiva atributiva ha sido la visión clásica de la responsabilidad civil que ha nutrido la mayor parte de nuestra tradición jurídica. Desde esta visión, comúnmente la tarea del derecho es reconocer la existencia de derechos y deberes entre las partes y condenar a los respectivos responsables de las violaciones. Los argumentos atributivos pueden tomar dos formas. Los principales argumentos son de tipo moral, en el sentido de que buscan hacer efectiva la responsabilidad moral que es previa a las instituciones de responsabilidad extracontractual. Este tipo de argumentos comúnmente se centran en la libertad de acción y autonomía de los individuos, como en muchas de las teorías basadas en la justicia: los seres humanos somos seres libres que tenemos capacidad de elegir nuestros actos y prever sus efectos, por que debemos responder por las consecuencias que nos son previsibles o debimos haber previsto *(i.e.*, de las que somos responsables). Bajo esta perspectiva "moral", el derecho se encarga de regular nuestras interacciones

[118] Esta distinción se encuentra en Coleman, Jules, "Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method", en Postema (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts, cit.*, p. 201. La siguiente exposición se encuentra fuertemente influenciada por la formulación de Coleman del problema en este y otros lugares.

sociales, tratando a cada individuo como un ser racional y libre y asignándole la responsabilidad cuando sus actos afectan a otros seres racionales y libres. Sin embargo, no se debe olvidar que existen otros argumentos atributivos que son de carácter "político", en el sentido de que buscan dar efecto a afirmaciones de responsabilidad individual derivadas de ciertas concepciones del Estado. Por ejemplo, el argumento libertario a favor de la responsabilidad objetiva de Epstein tiene una concepción de la responsabilidad extracontractual como la salvaguarda de unos derechos de propiedad, que deben ser protegidos por el Estado frente a las infracciones voluntarias o involuntarias de otros. La responsabilidad moral de los dañadores es menos importante aquí que los derechos morales de las víctimas que deben ser protegidos en todos los casos.

Entonces, la cuestión atributiva no sólo tiene en cuenta argumentos basados en la responsabilidad moral o la justicia correctiva, sino que consideraciones de justicia distributiva y condiciones sensibles del contexto de recursos que pueden tener influencia en atribución de la responsabilidad civil. Consideremos, por ejemplo, la situación de la distribución: Si nos oponemos al modelo de Weinrib, donde la restauración del equilibrio normativo es una cuestión formal, y pasamos a verificar la distribución de recursos en la sociedad donde la rectificación del injusto opera o los recursos y el estatus de las partes, vamos a tener una visión diferente de la atribución de responsabilidad. Puede ser, por ejemplo, que no se deba atribuir responsabilidad civil y deber de reparación en situaciones donde la distribución de recursos –el *status quo* que se quiere restaurar– sea injusto.[119] Por otro lado, puede que el estatus de la partes también afecte las consideraciones atributivas. Si una persona extremadamente pobre –a la cual la sociedad no le ha cumplido con sus bienes básicos– ha causado un daño inocentemente a una persona extremadamente rica –a Donald Trump o Bill Gates–, es posible que si situación precaria puede ser tenido en cuenta en la atribución de

[119] Este argumento ha sido desarrollado por James Nickel, "Justice in compensation", *William and Mary Law Review*, vol. 18, 1976, pp. 379-388. El argumento puede ser expuesto de la siguiente forma: La justicia correctiva se encarga de restaurar el equilibrio existente entre las partes, es decir, el *status quo* que fue afectado por la conducta dañosa del demandado. Pero, ¿qué pasa si este *status quo* es injusto, por ejemplo, cuando ocurre una distribución anormalmente injusta de recursos en la sociedad? ¿Puede el Estado proceder a restaurar tal situación injusta? La línea de argumento que es comúnmente identificada con Nickel responde de forma negativa esta pregunta. En esta concepción, la justicia correctiva sólo puede proceder cuando existe una distribución de recursos justa, o al menos mínimamente justa, de acuerdo con nuestros criterios de justicia distributiva -es decir, la corrección depende de una distribución justa previa.

responsabilidad moral y civil. Se han intentado diversas modos de ver este potencial problema, pero no voy a referirme a ellas en esta exposición.

Ahora bien, los argumentos atributivos comúnmente tienen una conexión con la causalidad que debe resaltarse y que genera efectos problemáticos. En principio, sólo se puede atribuir responsabilidad a un dañador por los perjuicios que éste *causa.* Esto puede parecer fácil en algunos casos, incluso en aquellos donde existen diferentes contribuciones causales de dañador y víctima (piénsese el conductor y el ciclista, que hemos citado varias veces). Sin embargo, no todos los casos son tan claros. No es siempre del todo fácil entender cuál es la *causa* de algo en muchas complejas situaciones que surgen en el mundo contemporáneo. Si se piensa en un accidente donde una fábrica vierte un líquido tóxico en un río causando daños a los habitantes locales, se verá que muchas podrían ser las causas y a veces no se puede individuar a una persona natural o jurídica: culpa de los operarios de la empresa, o de los responsables de mantenimiento o supervisión de las máquinas, o de los diseñadores o fabricantes de las máquinas, pero también puede haber participación causal de los directivos que dieron determinadas instrucciones, del Estado por su falta de control y regulación, e, incluso, podría haber participación de los mismos residentes por no mudarse lejos de una fábrica donde se tratan líquidos tóxicos. En estas preguntas sobre la causalidad hay una interacción entre los filósofos de la responsabilidad civil y la filósofos generales y expertos en otras ciencias. No es exagerado decir que en muchos casos la posibilidad de la atribución de responsabilidad depende del desarrollo una concepción plausible de la causalidad.

C. *Asignación de costos*

La perspectiva asignativa es diferente. En ésta no se ve la responsabilidad extracontractual como un problema individual, sino como un problema social o colectivo, es decir, como situaciones que deben ser reguladas para que el funcionamiento de la sociedad sea posible, distribuyendo los riesgos entre los miembros de la comunidad, estableciendo expectativas de conducta y asignando los costos. Los accidentes hacen parte de un tipo especial de "mala suerte" de la vida y generan unos costos que deben ser asignados de formas justas y benéficas. Algunos de los costos de la "mala suerte" deben ser cubiertos en principio por la víctima (una inundación, una enfermedad) o, en otros casos, pueden ser trasladados parcialmente al Estado en forma de ayudas (*e. g.*, el Estado puede proporcionar alguna ayuda a los damnificados del desastre) o mediante determinados servicios públicos (en

un estado de bienestar, la enfermedad es un costo que debe ser asumido por la seguridad social pública). Sin embargo, cuando sea benéfico para ciertos intereses colectivos, los costos pueden ser trasladados a *otros individuos*, y la pregunta asignativa se centra en estos. Si la inundación fue causada por una persona natural o jurídica (los administradores de una hidroeléctrica, o la enfermedad fue causada por la exposición accidental cierto tipo de radiación en un hospital), es benéfico trasladarle los costos a esas personas (por que lo causaron, porque se lucran de la actividad, por que estaban en mejor posición de evitarlos, etc.). A veces los argumentos para trasladar los costos se parecen a la responsabilidad moral (i.e., un operario fue negligente en el cuidado de la represa), pero a veces los argumentos se derivan de otro tipo de consideraciones (*e. g.*, si no hubiera culpa de los agentes de la hidroeléctrica –por ejemplo, la falla se deriva de defectos de fabricación de las piezas de la represa–, aún hay argumentos para atribuirle responsabilidad a ella, pues, después de todo, la hidroeléctrica se lucra de la actividad y debe cubrir los costos, la hidroeléctrica creó un riesgo del cual se lucra, o debemos crear incentivos para que no se generen tales riesgos en el futuro, etc.).

Ver la responsabilidad extracontractual como un problema colectivo nos da una perspectiva diferente. Los asuntos de responsabilidad extracontractual no están limitados a la asignación abstracta responsabilidad con base en criterios morales o políticos (a "culpar" a alguien de los accidentes); sino que hay un componente importante en la distribución de riesgos y creación de incentivos de comportamiento y expectativas legítimas necesarias para el funcionamiento social. En el mundo actual, los cálculos de probabilidad nos permiten saber que la construcción de una represa genera un número determinado de decesos entre los constructores, o que el tráfico diario genera un número determinado de víctimas, y esos costos pueden ser modificados por las reglas adecuadas que generen incentivos hacia la realización de gastos que generen mayor seguridad. Además, esos cálculos e incentivos son vitales para la viabilidad de las actividades económicas, muchas de las cuales requieren una asignación previa de los costos que generan. Pensemos, por ejemplo –para actualizar el ejemplo de Posner–, en la aviación comercial. Si la aviación comercial debiera pagar por *todos* los costos de la "mala" suerte en su actividad, incluyendo accidentes y retrasos (Juan no llegó al matrimonio de su hija, Pedro perdió una importante reunión de negocios, etc.), la actividad sería inviable económicamente y nadie invertiría en ella. Por tal razón se consideró prudente *ex ante* asignar los costos de la actividad (*inter alia*, mediante los Convenios de Varsovia y Montreal), para permitir que una actividad con tantos beneficios sociales sea posible, incluso cuando los causantes de los daños (las aerolíneas, los

operarios, los pilotos, etc.) sólo asuman una parte de los costos y las víctimas deban cargar con parte de ellos de los mismos.

Se puede decir que la posición asignativa se nutre de tres tipos de argumentos o consideraciones: Primero, argumentos morales que expresan criterios de justicia sobre como esa distribución de costos y riesgos debe proceder (e.g., en muchos casos, se considera que es socialmente útil que se le asignen los costos a aquellas personas que fueron *causalmente responsables* de los mismos); segundo, hay argumentos políticos que justifican la interferencia estatal en tales ejercicios de autoridad, o incluso, la asunción de la responsabilidad por el mismo Estado (e.g., por determinadas razones políticas como el principio de solidaridad o la distribución de las cargas se soslaya el requisito causal y se les asigna a determinadas personas ciertos costos), y, finalmente, hay argumentos empíricos que verifican la viabilidad y aplicabilidad de los argumentos morales y políticos en la práctica (e.g., análisis de costos y de generación de incentivos).

El mejor ejemplo de la posición asignativa es la teoría de Calabresi, donde la responsabilidad civil se ve enteramente como un problema de distribución de costos de los accidentes, los cuales deben ser asumidos por aquel que esté en mejor posición para evitarlos. En la teoría de Calabresi y todas las teorías del AED, se establece un objetivo normativo (eficiencia) y las reglas se de asignación de costos se hacen teniendo en cuenta tal objetivo. Sin embargo, la asignación de costos puede tomar un camino distinto a la eficiencia y no requiere ser una teoría instrumental. Dos ejemplos son la primera teoría de Coleman o la teoría igualitaria de Dworkin. La concepción anuladora, que se centra en la anulación de pérdidas ilícitas, asigna los costos de las pérdidas ilícitas bajo la idea de mantener los derechos existentes de los individuos.[120] La teoría Dworkin de la responsabilidad civil, por otro lado, sostiene que los costos de los accidentes deben ser distribuidos en la sociedad de forma tal que desplieguen igual preocupación por los individuos y mantengan una distribución justa de los recursos sociales.[121]

D. *Posiciones mixtas*

Las posiciones atributivas y asignativas no deben verse como alternativas excluyentes. Existen algunas posiciones –como las posiciones de Coleman y

[120] Véase, *supra* III.4.C.
[121] Véase, *supra* nota 98.

Ripstein, por un lado, y las de Honoré y Perry, por el otro– que combinan aspectos de ambas perspectivas. Para Coleman-Ripstein, la justicia correctiva es en parte un principio atributivo que se enmarca en unas prácticas sociales, pero estas prácticas sociales dependen de un teoría política sobre la asignación de riesgo y la responsabilidad.[122] Honoré-Perry, por su parte, ven a los principios sociales de distribución del riesgo y asignación de responsabilidad como dependiente de la responsabilidad-resultado.[123]

Ambas posiciones se diferencia radican en la prioridad explicativa a los pasos atributivo y asignativo: Coleman-Ripstein ponen a la cuestión política del papel estatal en primer lugar (asignación), y estos principios determinan los criterios relevantes de responsabilidad (atribución); Honoré-Perry hacen lo contrario, ponen la pregunta moral de la atribución de responsabilidad en primer lugar, y luego establece que el criterio asignativo en segundo lugar. Si bien ambas posiciones son plausibles, la lección más importante es que nos muestran como la lección de un punto de partida (asignativo o atributivo) puede llevar a condiciones diferentes y conclusiones prácticas sobre la responsabilidad extracontractual.

E. *La complejidad del problema*

Esta re-conceptualización del debate en términos de atribución de responsabilidad y asignación de costos, si bien no nos da una guía substantiva de la solución, sí revela algunos elementos que se deben tener en cuenta desde la posición general del creador del sistema para su resolución. Se puede apreciar que establecer el régimen adecuado implica, por un lado, preguntas sobre la atribución, que se relacionan con responsabilidad moral y preguntas políticas que llevan intrínsecas cuestiones de libertad, elección e incluso, cuestiones metafísicas sobre la causalidad; y, por otro lado, las preguntas sobre la asignación, que conciernen con criterios políticos, morales y económicos de distribución del riesgo, las costos y las cargas, además de la creación de incentivos y la legitimidad de intervención estatal.

Además, estas consideraciones hacen parte de un universo más complejo de consideraciones que deben ser tenidas en cuenta. Si queremos presentar el problema en todo su esplendor, teniendo en cuenta todas las consideraciones expuestas en las secciones anteriores, se puede decir que la construcción de un sistema adecuado de responsabilidad debe solucionar

[122] Véase, *supra* nota 95.
[123] Véase, *supra* III.4.D.

tensiones y relaciones entre dañadores y víctimas, entre responsabilidad individual y utilidad social, entre libertad y bienestar, entre eficiencia y equidad, entre justicia correctiva y justicia distributiva, entre instrumentalismo y no-instrumentalismo; además de otros conflictos relacionados con la rectificación de los daños pasado e incentivos adecuados hacia el futuro; entre las particularidades del caso particular y las generalidades de los tipos de caso, la seguridad y estabilidad que establecen las reglas generales y la adaptabilidad a nuevas circunstancias a manos de los jueces. Todo este debe responderse dentro un marco que tenga cierto grado un criterio que tenga coherencia conceptual, y que sea metodológicamente transparente para los participantes y que balancee diferentes principios morales en conflicto en búsqueda de un equilibrio reflexivo. El reto del creador de un sistema, tomado seriamente, es complejo y apasionante y su solución requiere un debate detallado y concienzudo. Y la filosofía, aunque no soluciona todas las preguntas, es un elemento fundamental del debate al hacer claras las preguntas, además de los conceptos y los supuestos que informan las soluciones.

IV. Los debates de la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual en Latinoamérica

El principal mensaje de este escrito es que los debates de la responsabilidad extracontractual solo se hacen inteligibles en relación a principios y valores explicados por consideraciones filosóficas más abstractas. No es mi objetivo generar un nuevo entendimiento comprehensivo de la responsabilidad extracontractual, ni estoy en capacidad de producir una perspectiva novedosa sobre estos perennes problemas filosóficos y dogmáticos. Sin embargo, sí creo que es relevante hacer un llamado al debate sobre los principios últimos de la responsabilidad civil en Latinoamérica y el papel que la filosofía juega en ello. En esta última sección, voy a centrarme en plantear algunos comentarios generales sobre la forma en la que creo esta reflexión puede ser adelantada. Comenzaré por aclarar algunas ideas que creo compartidas por todos los que abogamos por la aproximación filosófica a la responsabilidad extracontractual. Seguidamente, presentaré el núcleo de una objeción al modo como se adelantan las discusiones en nuestro contexto, centrada en la legitimidad de la sede judicial. Esta objeción, cuyo desarrollo completo será dejado para una próxima oportunidad, es un ejemplo adicional de como la filosofía puede iluminar a la responsabilidad extracon-

tractual. Finalmente, presentaré algunos puntos en los cuales debe darse el debate desde nuestra tradición jurídica.

1. *La filosofía de la responsabilidad extracontractual como un llamado al debate*

En la sección anterior, presenté el estado del arte en el debate "responsabilidad objetiva vs. responsabilidad subjetiva" en el *common law*, y sostuve que del mismo se pueden obtener varias lecciones acerca de cómo enmarcar las preguntas fundamentales de la responsabilidad extracontractual y las diferentes consideraciones que pueden ser tenidas en cuenta para su resolución. El jurista práctico latinoamericano, sin embargo, podría permanecer escéptico. Podría objetar, por ejemplo, que "los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* son tan incompatibles que las consideraciones filosóficas sobre las primeros no pueden iluminar aspectos conceptuales de los segundos." O, por otro lado, podría pensar que "el proyecto de estudiar la aproximación anglosajona de la responsabilidad extracontractual es simplemente otra importación de ideas o trasplantes jurídicos, con todo los problemas de interpretación y adaptación que estos procesos generan". Aunque tienen algo de valor, no creo que estas objeciones sean decisivas, y darles respuesta me permitirá proporcionar una mejor visión de la propuesta del enfoque filosófico de la responsabilidad extracontractual.

Por un lado, si bien es cierto que existen diferencias entre el *civil* y el *common law*, debe reconocerse que Occidente comparte en muchos aspectos una tradición jurídica propia fundada en los postulados de un modelo similar de Estado y con un mismo sistema económico, por lo que las distancias entre los sistemas no son tan grandes como tradicionalmente se cree.[124] En

[124] El profesor James Gordley, refiriéndose a ello en la filosofía de los contratos (pero que es aplicable a la responsabilidad extracontractual), manifiesta: "Con la promulgación del Código Civil Chino, los sistemas de derecho privado de tipo occidental gobiernan casi todo el mundo. Los sistema jurídicos occidentales, además, son mucho más similares. Los sistemas del 'common law' tales como Inglaterra, Estados Unidos y los sistemas del 'civil law', tales como Francia, Italia y Alemania tienen una estructura similar basada en conceptos jurídicos similares. Ellos dividen el derecho privado en grandes campos tales como propiedad, derecho de daños y contratos y analizan los problemas de una forma similar… La organización del derecho y sus conceptos más amplios son similares incluso si sus reglas particulares no lo son. De acuerdo con lo anterior, aunque las respuestas pueden diferir, el problema si un niño es responsable por dañar a un compañero de juegos o si un vendedor es responsable por los defectos en su mercancía es analizado en casi la misma forma en Hamburgo, Montpelier, Manchester y Tucson; e incluso en Nueva Dehli, Tel Aviv, Tokyo y Jakarta". Véase, Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 1.

particular, en áreas como la responsabilidad extracontractual, las diferencias entre el *common law* y el *civil law* no son tan profundas pues ambas se construyeron sobre similares nociones jurídicas del derecho romano y concepciones de filósofos de la antigüedad y la modernidad. Además, y de forma más importante, gran parte del contenido de la filosofía de la responsabilidad extracontractual no está dirigido a una dogmática determinada, sino que tiene un alcance universal. Nociones como justicia correctiva, justicia distributiva, causalidad o responsabilidad moral no se encuentran delimitadas a jurisdicciones particulares, sino que superan las fronteras de los sistemas jurídicos.

Y, por otro lado, si bien ciertamente la exposición anterior implica cierta aprobación de la profundidad y sofisticación de los debates de la responsabilidad civil que se han dado en el *common law,* es equivocado pensar que esta defensa de la filosofía equivale a pretender una "importación", "trasplante" o "copia" del modelo anglosajón. De hecho, no hay nada en lo anterior que asuma que el sistema del *common law* sea correcto o sea más coherente que el *civil law*.[125] El objetivo de este trabajo es mucho más modesto y centrado: es un *esfuerzo por rescatar una concepción filosófica de la responsabilidad extracontractual.* Quienes hablamos de esta área estamos tratando de recuperar una característica fundamental del modelo continental que, en una medida importante, ha quedado olvidada. Tal vez tenga razón Horacio Spector al decir que con la codificación, la ciencia jurídica del *civil law* perdió el nivel de vitalidad intelectual que alcanzó con los filósofos modernos.[126] Sin embargo, debemos recordar que el fundamento de la filosofía de la responsabilidad extracontractual es eminentemente continental y proviene de Aristóteles y de los grandes filósofos de la Edad Moderna; y que solo en la última mitad de siglo XX ha tenido un desarrollo anglosajón, tomando como base, en gran medida, nociones aristotélicas y kantianas.[127] Como aptamente lo describe Villey, "[la] *responsabilidad civil es un regalo que nos ha hecho, a los juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna… La*

[125] Es posible que el sistema de responsabilidad civil de los países del *common law*, como muchos teóricos críticos han sostenido, sea profundamente incoherente. Véase , una crítica al estado del arte del *common law*, Alexander, Larry y Ferzan, Kimberly "Confused Culpability, Contrived Causation, and the Collapse of Tort Theory" en Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, *cit.*, pp. 406-425.

[126] Véase, *supra,* nota 22.

[127] Respecto de la influencia de la doctrina continental de la responsabilidad civil extracontractual en el *common law,* véase, Gordley, James, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichement,* Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 174-200.

historia demuestra la dependencia de nuestras definiciones técnicas con relación a los grandes sistemas generales de filosofía[128]." Así, rescatar la filosofía de la responsabilidad extracontractual no es sólo estudiar unos conceptos que trascienden a las tradiciones jurídicas, sino que es retomar una tarea que los filósofos continentales se tomaron en serio hasta la codificación. En otras palabras, el objetivo de quienes proponemos el estudio de la filosofía anglosajona de la responsabilidad extracontractual –y creo que esta defensa también podría incluir a otros quienes defienden posiciones similares– no es nada cercano a una importación o un trasplante de conceptos; sino que es un llamado a una algo mucho más débil: un concepción *más* filosófica de la responsabilidad extracontractual, es decir, más atenta a los supuestos e implicaciones morales y políticas de nuestras doctrinas jurídicas. En esto, el desarrollo anglosajón cuando más puede servir como un punto de partida o un ejemplo de discusiones recientes, pero nunca será –nada en filosofía lo es– una respuesta definitiva.

Quienes defendemos la visión filosófica nos oponemos a parte del estado del debate actual en Latinoamérica. Aún tiene mucha fuerza hoy entre académicos, jueces y abogados una visión tradicional puramente dogmática de la responsabilidad extracontractual, donde la "interpretación" de los textos legislativos y las "teorías" que representan tienen un papel central.[129] Lastimosamente, la buena doctrina de derecho de daños no es la regla general y lo que abunda son libros y artículos sobre la sistematización de la ley con recopilaciones jurisprudenciales y reseñas a los conceptos de autores franceses, italianos y alemanes de diferentes épocas con una mínima labor crítica. En muchos casos, desde la visión tradicional se obvian las consideraciones morales, políticas y económicas relevantes, y lo que se debate son las "definiciones" de los conceptos clave (qué entender por "daño", "causalidad", etc., según los autores clásicos), o disputas técnicas sobre las normas codificadas (por ejemplo, sobre si la culpa debe ser relevante en la interpretación de cierto artículo del Código Civil). Contra esta posición, el filósofo de la responsabilidad extracontractual desea romper el molde y pensar los fundamentos últimos del área como unas preguntas donde, parafraseando a Berlin, "no existen diccionarios, enciclopedias, compendios de conocimiento, ni expertos, ni ortodoxia, a los cuales se pueda referir con la confianza de poseer la autoridad incuestionable o el conocimiento de tales

[128] Villey, Michael, "Esquema histórico de la responsabilidad", Carlos Sanz (ed.) *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Ohersi, Buenos Aires, 1980, pp. 69 y ss.

[129] Este diagnostico se complementa en *infra*, sección IV.2.A., donde se sostiene que la mayor parte de los debates se centran en la sede judicial.

materias".[130] El filósofo no se sonroja de traer cuestiones políticas, morales y metafísicas a la responsabilidad extracontractual, y de unirlas con consideraciones más prácticas sobre costos y eficiencia. El filósofo busca clarificar los conceptos, formular preguntas más amplias, tener en cuenta los supuestos e implicaciones de las posiciones y, en general, intenta explicar donde el dogmático calla o asume. Defender la filosofía de la responsabilidad extracontractual es en buena parte, entonces, oponerse a la visión tradicional.

Sería injusto, sin embargo, presentar todo el estado del debate en Latinoamérica como uno capturado por el formalismo o pensar que los filósofos son los únicos que se han levantado frente a la postura tradicional. Además de la escasa doctrina crítica en materia de responsabilidad extracontractual, un tipo de ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO se ha consolidado como la teoría de vanguardia y como el principal paradigma para repensar el derecho privado. Pero la recepción del análisis económico en nuestras tierras no es uniforme y se pueden identificar al menos dos variantes. Existe un ala "modesta" –la que hemos expuesto como una de las teorías de la responsabilidad extracontractual– que es consiente de las limitaciones de su enfoque y que se ve como una herramienta para la evaluación y la revisión de nuestras instituciones jurídicas.[131] El filósofo y analista económico se oponen la visión tradicional: Ambos sostienen que las teoría clásicas no son constructos inmodificables, y que la autonomía del derecho privado no significa que todo lo externo (la moral, la economía, la sociología, etc.) es impuro a la estructura formal e inmanente del derecho. Por el contrario, sostienen que el derecho y las teorías del derecho no son fines en sí mismos, sino que se deben conectar con realidades sociales y principios morales. Sin embargo, no todo el AED de Latinoamérica es modesto. Existe en nuestro contexto un ala "radical", que es aún más extrema que los analistas económicos anglosajones más drásticos. El analista radical afirma que la eficiencia es el *único* criterio para estudiar el derecho –bajo el supuesto, a veces inconsciente, de que el consecuencialismo es la única teoría moral válida. Es decir, el AED radical se ve como una teoría imperialista y excluyente que proporciona los únicos criterios de explicación y justificación del

[130] Véase, *supra* nota 10.

[131] Por ejemplo, autores como Bullard (ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, vol. I) o Hugo Acciarri (véase, "El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general", en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *Filosofía de la Responsabilidad Civil, cit.*, pp. 427-429) presentan aproximaciones modestas y conscientes de las limitaciones de su enfoque.

derecho, y todos los demás estudios son visiones del pasado, o cuando más, su validez se mide en tanto puedan proporcionar elementos al análisis económico de las instituciones jurídicas. El filósofo, si bien se une con el analista modesto, se opone al analista económico radical: el análisis económico no es la única herramienta válida, y la eficiencia es sólo uno más de los varios criterios posibles para entender el derecho. En ese sentido, el filósofo de la responsabilidad extracontractual busca proporcionar un contrapeso al analista económico radical, mostrando otros problemas que trascienden a la institución y otras consideraciones morales aparte del consecuencialismo, y con ello contrarrestando el imperialismo explicatorio.

De este modo, puede enmarcarse la filosofía de la responsabilidad extracontractual como una respuesta al dogmatismo y análisis económico radical. Los defensores de la filosofía de la responsabilidad extracontractual pretendemos presentar los problemas y supuestos conceptuales, morales y políticos que trascienden a la institución; para superar el análisis meramente dogmático del problema y contener la pretensiones utilitaristas y monistas del análisis económico radical. Otro modo de poner el punto es el siguiente: La idea de una filosofía de la responsabilidad extracontractual es simplemente tomarnos *más en serio* las consideraciones teóricas, morales y políticas de la institución –ver más allá la aproximación dogmática– y *menos en serio* las consideraciones puras de eficiencia –ver más allá el análisis económico radical. Se pretende volver a pensar la responsabilidad civil más filosóficamente, como ocurrió en la tradición histórica del *civil law* hasta la codificación y como ha ocurrido en el mundo del *common law* en los últimos cincuenta años. En una palabra, *la filosofía de la responsabilidad extracontractual es un llamado al debate sobre los fundamentos de esta institución jurídica.*

2. *Modificando los términos del debate actual: Contra la centralidad de la sede judicial*

Hasta ahora hemos dicho que quienes defendemos la filosofía de la responsabilidad extracontractual estamos llamando al debate sobre los fundamentos de esta institución, pero no hemos dicho nada acerca de ese debate. En esta sección se intenta responder a la pregunta sobre los sujetos relevantes de la discusión, es decir, *quienes* deben debatir (diré algo sobre el contenido del debate en la sección siguiente). Trataré de sostener que, en nuestro contexto, los principales debates sobre la responsabilidad extracontractual están centralizados en *la sede judicial y que tal foco de debate es inadecuado* pues obscurece las consideraciones relevantes. En mi concepto, el foro judicial no solo es un instrumentalmente deficiente, sino que, de forma más importante, no tiene la legitimidad democrática requerida. Estas objeciones, im-

portadas y adaptadas de la FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, se condensan en la idea que los jueces no tienen legitimidad para diseñar los principios y objetivos del sistema de responsabilidad extracontractual (las normas de textura abierta). El argumento será presentado en su forma más dramática y fuerte, con el objetivo de maximizar la oposición con la visión contraria. Sin embargo, la visión que se defiende no implica que la creación judicial se elimine totalmente. Trataré de señalar la existencia de un diálogo entres los creadores de las normas y los jueces y otras consecuencias importantes para la interpretación y aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual.

A. *La centralidad de la sede judicial*

Los debates dogmáticos sobre la responsabilidad extracontractual a los que hicimos referencia anteriormente[132] se dan principalmente en sede judicial. A pesar de que en Latinoamérica nos preciamos de tener un sistema de derecho continental romano-francés, las cortes han sido las mayores creadoras y reguladoras de la responsabilidad extracontractual, y la doctrina ha debatido sobre las creaciones judiciales. Para explicar esta idea de la centralidad de la sede judicial, permítase simplificar la estructura de los debates de la responsabilidad extracontractual en tres características: (i) En términos generales, las normas sobre la responsabilidad extracontractual en Latinoamericana se encuentran en los Códigos Civiles, en muchos casos, inspirados en el movimiento codificador del siglo XIX y principios del XX. A pesar de que temas particulares han recibido regulación especial más recientemente (en general, regímenes de responsabilidad civil objetiva, como riesgos profesionales, responsabilidad por productos defectuosos, aviación, residuos peligrosos, algunas formas responsabilidad comercial, etc.), la mayor parte de los debates de la responsabilidad extracontractual giran sobre la interpretación de las normas codificadas. (ii) Los jueces se encargan de la interpretación autoritativa de las normas codificadas, y no es extraño que *vía* interpretación, ellos hayan determinado las modificaciones más importantes del sistema de responsabilidad. Por ejemplo, aunque el redactor del Código Civil –un sabio del siglo XIX– no pudo imaginarse la conducción de automotores, a través de la interpretación las cortes han

[132] Véase, *supra* nota 129 y texto que la acompaña.

determinado que ésta es una "actividad peligrosa" para efectos de una norma codificada, y le han atribuido consecuencias jurídicas (*e. g.*, si ello implica una presunción de culpa o de responsabilidad). (iii) La doctrina de los dogmáticos y teóricos tradicionales de la responsabilidad civil se encarga de sistematizar las "teorías" contenidas en el Código, comúnmente contrastando el sentido original (lo que los escritores del código tenían en mente) con la evolución y los diferentes avances jurisprudenciales. El doctrinante comúnmente comenta y critica la jurisprudencia de las cortes, o busca hacerla consistente con otras normas, o propone una interpretación alternativa. Para tomar un ejemplo colombiano, el debate sobre responsabilidad objetiva y subjetiva (de la que nos ocupamos anteriormente) es principalmente sobre el fundamento legislativo adecuado de la responsabilidad objetiva y la evolución de las interpretaciones en la jurisprudencia a lo largo del tiempo. En Colombia, el fundamento de la responsabilidad objetiva es diferente de la regla general de artículo 2341 (que establece una regla general de responsabilidad derivada de dolo o culpa); por lo que algunos fallos y doctrinantes lo buscan en el artículo 2356 (que enumera algunas actividades peligrosas), mientras otros lo encuentran el artículo 669 (que define la propiedad). La doctrina se dedica principalmente a ver cómo la interpretación de estas normas ha evolucionado en los distintos fallos de las altas cortes. Con estas tres características en mente, la sede judicial es central porque el Código (a pesar de su vejez) regula la responsabilidad civil, la jurisprudencia lo interpreta y lo actualiza, y la doctrina discute los principales desarrollos interpretativos y jurisprudenciales –sin cuestionar la legitimidad del Código o el papel de los jueces–.

Voy a ejemplificar estas características con dos ejemplos colombianos, que espero que sean representativos para otros países. En agosto de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Colombia modificó el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356. En este momento, el magistrado William Name manifestó en nombre de la mayoría que "el fundamento y criterio de imputación de la responsabilidad es el riesgo que el ejercicio de una actividad peligrosa comporta por el peligro potencial e inminente de causar un daño a los bienes e intereses tutelados por el ordenamiento, por lo que la culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración".[133] Con

[133] Nos referimos a la Sentencia de la CSJ SC, 24 ago. 2009, rad.-2001-01054-01, p. 61. (Nota: En Colombia, citados según la Circular 04 de 2014 de la Corte Suprema de Justicia. Hasta esta circular, no existía en Colombia un estándar oficial para la citación jurisprudencial) Véase, *http://www.filosofiadelderechocolombia.net/2014/05/citacion-de-jurisprudencia-de-la-corte.html*).

estas palabra, la Corte estaba cambiando una tradición centenaria de considerar el régimen de la responsabilidad civil por actividades peligrosas como una presunción de culpa. Sin embargo, en menos de un año, la posición cambió totalmente. En un nuevo fallo de casación, escribiendo en nombre de la mayoría, la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda desestimó la interpretación anterior, y estableció que el "criterio hermenéutico" de la Corte era "encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular en condición de guardián jurídico de la cosa", debido a "la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo".[134] En una palabra, en menos de un año, la Corte Suprema de Colombia *interpretó* el artículo 2356 del Código de dos formas diferentes: en la primera, creó un sistema de responsabilidad objetiva basada en el riesgo; en la segunda, volvió a su interpretación de que es una sistema subjetivo con una presunción de culpa donde el riesgo no juega un papel relevante. La discusión doctrinal sobre este punto se ha centrado sobre si esta es una interpretación correcta, [135] pero casi nadie se ha cuestionado si los jueces tenían el poder para hacer ese cambio. El punto importante para apreciar es, en todo caso, cómo la sede judicial es el centro del debate: *la Corte Suprema colombiana estableció unilateralmente el régimen responsabilidad objetiva y subjetiva, y los delicados balances políticos y morales que ello conlleva.*

La situación es más compleja en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado. En Colombia, toda la responsabilidad estatal se rige por una norma constitucional[136] que es interpretada por el Consejo de Estado, el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa (jurisdicción que se encarga de los litigios frente al Estado) el cuál ha creado en sus sentencias –de forma unilateral y sin tener en cuenta casi ningún criterio proveniente de sede democrática– las normas y los regímenes de responsabilidad extracontractual. Durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado sostuvo que la noción de "daño antijurídico" implicaba una responsabilidad estricta y absoluta, posi-

[134] CSJ SC, 26 de ago. 2010, rad. 2005-00611-01.

[135] Al respecto, Mantilla, Fabián y Ternera, Francisco, "La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano" *Temas de responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídicos.* Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 211-249.

[136] El artículo 90 que establece que "el Estado responderá patrimonialmente por los *daños antijurídicos* que le sean imputables".

ción que se fue morigerando. Posteriormente, el Consejo de Estado retomó los entendimientos que había construido desde los años sesenta y setenta, restableciendo una compleja doctrina donde existen varios regímenes: unos regímenes subjetivos de "falla en el servicio" *(i. e.*, culpa del ente estatal en la cumplimiento de sus función, culpa que algunos casos puede ser presumida, *e. g.*, en el uso de armas oficiales) y un conjunto de regímenes de responsabilidad objetiva, que pueden ser "daño especial", –que surge por ejemplo, cuando hay desequilibrios en las cargas públicas (*e. g.* cuando un bien particular es destruido en una operación militar)–, o "riesgo excepcional" –que, en términos generales, se refieren a actividades peligrosas creadas por el Estado (*e. g.*, automotores, servicios públicos como electricidad, etc.) – o casos de responsabilidad estricta (*e. g.*, responsabilidad por pérdida de bienes en bodegas oficiales).

Sin embargo, esta evolución se ha dado a través de casos concretos, sin hace transparente las consideraciones políticas y morales que informan la distinción, y de forma no siempre coherente. Tomemos el controversial ejemplo de la responsabilidad del Estado por actos terroristas cometidos por terceros, para ver los problemas de esta evolución.[137] En aras de proteger a las víctimas de atentados terroristas de las guerrillas y otros actores armados ilegales (que, por supuesto, no pueden ser llamados a sede judicial), se ha establecido que, por principio de solidaridad, el Estado está obligado a dar compensación en responsabilidad civil por estos daños.[138] La idea parece buena, pero su aplicación ha sido difícil. Se puede aplicar un régimen subjetivo u objetivo para resolver estos casos, casi a elección del juez. Si se elige un régimen subjetivo, el problema no es sólo la ausencia de una definición de "falla en servicio" (es decir, no hay un entendimiento claro la "culpa estatal", un problema extendido en el todo el derecho administrativo colombiano[139]) y, sino que se piden unos requisitos muy exigentes para la declaración de responsabilidad estatal (como, por ejemplo, que el hecho debe ser "previsible", es decir, debía haber amenazas previas)

[137] Al respecto, véase, Peláez, Juan Carlos, *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, y M'Causland, María Cecilia, "Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros" en Bernal y Fabra (ed.), *Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual,* Bogotá, Universidad Externado, 2013,

[138] En el lenguaje introducido en la sección III.V.A., se podría decir que le han asignado los costos de estos daños al Estado, en virtud de determinados argumentos políticos (el Estado Social de Derecho y el Principio de solidaridad).

[139] Peláez, *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo, cit.*, pp. 33-6.

y que la falla sea "grave". En últimas, se termina en una aplicación *ad hoc* y demasiado severa incapaz de proteger a las víctimas.[140] Pero la situación no mejora si se elije la responsabilidad objetiva. Como anota M'Causland, la jurisprudencia ha utilizado las tres teorías de la responsabilidad objetiva indistintamente, e incluso, en otro conjunto de casos, el alto tribunal ha unido las teorías de la responsabilidad objetiva entre ellas o con el régimen subjetivo de falla presunta.[141] Pero lo curioso es que en otro grupo de casos similares, ha dejado sin compensación a personas en circunstancias muy similares.[142] Por ello, los doctrinantes colombianos han criticado fuertemente la jurisprudencia administrativa. Por ejemplo, Juan Carlos Peláez ha dicho que la jurisprudencia administrativa colombiana "carece de un estatuto epistemológico", sufre de "falta de cohesión, coherencia y claridad" ,[143] "carece de una política jurisprudencial definida", y de una "adecuada técnica jurídica en algunas ocasiones, lo cual no facilita la determinación precisa del fundamento utilizado".[144] De forma similar, M'Causland concluye que el régimen de responsabilidad está "lleno de imprecisiones", al punto que no existe una "distinción entre los distintos fundamentos de la responsabilidad del Estado", lo que "genera inseguridad jurídica" y otras "consecuencias negativas aún no superadas por la jurisprudencia".[145] Y el asunto de los regímenes de responsabilidad es sólo el elemento más representativo de los muchos aspectos problemáticos de la responsabilidad extracontractual del Estado.[146] En cualquier caso, el punto claro es que la responsabilidad civil del Estado se mueve a los vaivenes de la jurispruden-

[140] *Ibidem,* pp. 38-63.

[141] Véase M'Causland, "Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros", *cit.*, pp. 531-544.

[142] M'Causland, *ídem.*

[143] Peláez, *Reflexiones, cit.,* p. 127.

[144] Peláez, *Reflexiones, cit.,* p. 117.

[145] M'Causland, "Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros," *cit.*, pp. 544-545.

[146] El Consejo de Estado no sólo determina los "regímenes" de responsabilidad, sino que ha determinado cuáles perjuicios han de ser indemnizados. El observador externo se sorprenderá con el modo en que la indemnización de los daños no patrimoniales en Colombia ha evolucionado. El Consejo de Estado ha concedido diferentes tipos de perjuicios no patrimoniales diferentes de los daños morales ('daño a la vida en relación', 'daño a las condiciones de existencia', 'perjuicio fisiológico') inspirado en la doctrina extranjera y se ha debatido incesantemente para crear un criterio que resuelva estos conflictos. Por fuera de estos debates, el punto es que el Consejo unilateralmente ha establecido cuales criterios son indemnizables y no existe posibilidad de revisión y corrección de errores.

cia del Consejo de Estado. Aquí también la sede judicial es el centro de los debates.

B. *La legitimidad de la sede judicial*

Los dos ejemplos anteriores generan innumerables problemas filosóficos y prácticos, que comúnmente son obviados por el dogmático. [147] Me centraré para efectos de mi crítica en un solo problema: *la legitimidad de los jueces para la fijación de los fines de la responsabilidad civil.* Como dejan claro los ejemplos, los jueces en Colombia (y creo que en otras jurisdicciones) han tenido la libertad para crear, a través de la interpretación, los regímenes de responsabilidad civil, y con ello, hacer los delicados balances políticos y morales a

[147] Pensemos en algunos de estos problemas: (1) Por ejemplo, si tenemos en cuenta que en muchos casos los códigos civiles son documentos antiguos, surgen interesantes preguntas de interpretación: ¿Qué se debe tener una interpretación "correcta" de una norma de responsabilidad civil promulgada hace más de doscientos años? ¿Deben ser interpretadas según el significado que le pusieron sus creadores originales o sus redactores latinoamericanos? ¿O esta interpretación debe basarse en los valores y principios morales que expresan? ¿Pueden interpretarse de forma evolutiva en el tiempo? ¿Si es así, qué criterios deben tenerse en cuenta? El lector no debería perder de vista las similitudes en ese debate sobre el originalismo (que puede ser vista como una forma de exégesis) y el árbol en filosofía del derecho constitucional. Véase POSITIVISMO JURÍDICO y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL). (2) Hay problemas relacionados la IGUALDAD de los ciudadanos frente a la ley –la "virtud soberana de la democracia". En Colombia, debido a los vaivenes jurisprudenciales, los ciudadanos que sufrieron los mismos daños no tienen ninguna garantía de obtener la misma indemnización. Las personas sujetas cuyas peticiones fueron resueltas en las sentencias de 2009 y 2010 de la Corte Suprema, incluso si tuvieron la misma situación fáctica, pudieron haber recibido diferente respuesta. ¿Cómo interpretar ese hecho? ¿Cómo hacerlo consistente con el Estado de Derecho? ¿Tiene alguna consecuencia? (3) Y, por otro lado, están los problemas de la mora judicial –que en Colombia en algunos casos es de más de 10 años– en la decisión de un caso. Más allá de la afectación de los derechos individuales, (el procesalista Eduardo Couture decía "el tiempo, en los procesos, más que oro, es justicia". Couture, Eduardo J. Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina,1979, p. 392); el problema teóricamente más interesante es sobre la aplicación de los criterio jurisprudenciales en el tiempo. La sentencia proferida en 2014 juzga hechos que ocurrieron en el año 2000, pero se aplica la jurisprudencia vigente a 2014, sin tener en cuenta la posición de los agentes y sus expectativas al momento de la realización de los hechos. Tal vez, una teoría de la "vigencia de los precedentes en el tiempo" sea necesaria para que las doctrinas contenidas en los fallos judiciales cumplan el principio de legalidad. (4) Un último problema se centra en la responsabilidad del Estado. Dejando de lado la cuestión de quién es el competente para establecer el régimen, ¿qué consideraciones políticas deben tenerse en mente para construir una responsabilidad del Estado? ¿Tienen nuestros sistemas jurídicos teorías coherentes de justifiquen la asignación de costos al Estado?

los que hicimos referencia anteriormente. El primer punto a notar es que la legitimidad de ese poder es rara vez cuestionada. En responsabilidad civil entre particulares, las críticas se trataban de si la interpretación de la Corte era la correcta; no sí ella estaba legitimada para hacer esos cambios. En responsabilidad civil del Estado, es aún más dramática la ausencia de esta crítica como un elemento central. Un ejemplo muy claro son las posiciones de Peláez y M'Causland, que mencionamos anteriormente,[148] quienes critican la coherencia de la jurisprudencia, pero en ningún momento se preguntan si el Consejo de Estado es el ente encargado del diseño de las políticas o los regímenes respectivos. De hecho, toda la doctrina administrativista parece que asumiera que ese es un poder legítimo del Consejo de Estado. Esta situación es problemática por la especial importancia política de esas doctrinas, que regulan una porción substancial del uso del presupuesto nacional[149] (y que es equivalente a unos puntos porcentuales del PIB)[150], sobre las cuales no hay ningún tipo de control democrático o criterio legislativo –en otras palabras, los jueces parecen ser una autoridad que determina unilateralmente el destino de los impuestos sin representación o responsabilidad. En ambos casos, entonces, se actúa bajo la presunción de que la Corte Suprema y el Consejo de Estado están legitimados para establecer los regímenes de responsabilidad civil y del daño indemnizable.[151]

[148] Véase, *supra* nota 137.

[149] Sólo en 2013, el Estado colombiano pagó en condenas (de todo tipo) la suma de $1.19 billones de pesos (1U$ equivalente a $2000 COP). Las estadísticas por el pago de condenas en Colombia comúnmente se cuentan en billones de pesos, según se aprecia en el informe de la recientemente creada Agencia de Defensa del Estado (*http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Lists/Informe%20de%20Gestin%20Judicial%20de%20la%20agencia%20para%20cons/Attachments/1/informe_actividad_litigios.pdf*).

[150] En Colombia, los pasivos continentes del Estado derivados de condenas judiciales (pago de posibles condenas) al año 2010 equivalían a USD$48.750.000.000, equivalente al 18.4% del PIB. Fuente, Grafe, Fernando, *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado? Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina*, Documento de Debate No. IDB-DP-338, Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, p. 15.

[151] Cuando la legitimidad de los jueces para la creación judicial de normas se critica, estas objeciones comúnmente se formulan de forma confusa. La pregunta a veces es puesta en términos del debate entre el "nuevo derecho" y el "derecho tradicional". Tamayo Jaramillo ha sido el un representante de esta posición, defendiendo una aproximación formalista basados en argumentos democráticos y de separación de poderes. Creo que la posición de Tamayo yerra no sólo por mezclas diferentes fenómenos bajo una sola etiquetas confusas y por que presenta lecturas idiosincráticas de los autores debatidos; sino, de forma más importante, porque carece de un argumento convincente sobre la legitimidad de su propia con-

El principal objetivo de esta sección es intentar una crítica a la legitimidad de los jueces para hacer ello. La objeción contra la legitimidad de la sede judicial (la resolución de casos por los jueces), se inspira en desarrollos de la filosofía del derecho constitucional,[152] y asciende a lo siguiente: la sede judicial en los sistemas del *civil law* no es un foro *instrumentalmente adecuado y democráticamente legítimo para debatir los fines, objetivos y principios de la responsabilidad extracontractual*. De entrada, debo hacer tres de clarificaciones sobre los tres límites de mi objeción: (i) mi objeción ataca la *legitimidad* de determinadas decisiones tomadas por los jueces, y no otros aspectos; (ii) la objeción se centra en la capacidad de los jueces para definir *los fines y objetivos del sistema de responsabilidad extracontractual*, y no otras normas de creación judicial, y (iii) la crítica tiene aplicación para sistemas de *civil law*. Respecto a (i), se debe reconocer que los jueces han tomado esta vocería por razones prudenciales, y, en muchos casos, por proactividad y en aras de resolver los casos de forma justa. Como muestran los ejemplos, en derecho civil, ante normas con más de dos siglos de antigüedad, han debido modificar el sistema de responsabilidad para poder ejecutar satisfactoriamente su trabajo; o, en derecho administrativo, han perseguido objetivos loables, como tratar de permitir el resarcimiento de víctimas que de otras formas no podrían ser compensadas. Además, los jueces en algunos casos han hecho esfuerzos para limitar sus propios poderes, estableciendo criterios unificados que contrarresten la falta de certeza.[153] Pero el centro de la crítica es *legitimidad*

---

cepción jurídica. Es de notar, Tamayo tampoco nota la forma en los jueces del viejo derecho también "crean" derecho en un sentido relevante y la creación judicial –como veremos– hace parte importante de la responsabilidad civil. Tamayo Jaramillo ha defendido esta posición en, entre otros, "La constitucionalización del derecho privado en Colombia", *Derecho y Justicia*, año 2, núm. 3, 2009; "Hermenéutica constitucional y legal. Al rescate de la pureza del Derecho" (2009) Disponible en: *http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JTJ/T1_JTJ_LIBRO.pdf*; y *La decisión judicial*, Medellín, Diké, 2013, *passim*.

[152] Sobre estas objeciones, véase, en esta *Enciclopedia*, FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEMOCRACIA, y CONSTITUCIONALISMO *VS.* DEMOCRACIA. Véase, además, Jorge Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo (eds.) *Filosofía del Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2014, sección II, en especial, el capítulo 8, Jeremy Waldron, "El núcleo del argumento contra el control judicial de constitucionalidad sobre la legislación". Ejemplos de la aplicación de esta objeción a la responsabilidad extracontractual, véase, Richard Abel, "Questioning the Counter- Majoritarian Thesis: The Case of Torts", *DePaul Law Review*, vol. 48, 1999, pp. 533. Para la misma conclusión, de que el proceso político es una mejor defensa para la modificación de la responsabilidad civil, véase, Peter Cane, "Taking Disagreeement Seriously: Courts, Legislatures and the Reform of Tort Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 3, 2005, pp. 393-417.

[153] Por ejemplo, recientemente la Sección Tercera (encargada de la responsabilidad civil) del Consejo de Estado, aprobó mediante Acta No. 28 de agosto de 2014, el "Documento

(es un argumento moral sobre la posición de la corte para solucionar determinados conflictos), no sobre las motivaciones de los jueces ni su sabiduría o sobre la necesidad o deseabilidad de su intervención. Los elementos (ii) y (iii) serán explicados con mayor detalle en la sección siguiente. Entre tanto, lo importante es enfatizar, por un lado, que mi crítica se centra en las normas fundamentales de la responsabilidad extracontractual, como aquellas que señalan el régimen de responsabilidad debe ser objetivo o subjetivo y, por el otro, que la objeción como no aplica a países donde el diseño de los objetivos del sistema de responsabilidad extracontractual fue dejado a los jueces –como en los países del *common law*–.

La objeción que defiendo se apoya en argumentos instrumentales y argumentos no instrumentales. Los argumentos instrumentales son bien conocidos desde la teoría del RAZONAMIENTO JURÍDICO, y han sido resumidos magistralmente por Andrei Marmor.[154] Siguiendo y adaptando a Marmor, son dos las razones principales por las cuales los jueces no deben estar legitimados a crear las normas generales de la responsabilidad extracontractual. Por un lado, la sede judicial es "insular", los jueces están enfocados en tomar las decisiones en los casos concretos, y no pueden ver toda la complejidad social, económica y moral de las cuestiones. En el sistema adversarial –incluso mitigado por reglas inquisitivas y por el principio de *iura novit curia*– los jueces están limitados al problema específico y peticiones de las partes. Como los jueces no responden ni deben responder al punto de vista de la sociedad, el sistema de adjudicación caso por caso no permite la consecución de determinados fines generales u otros balances más sutiles que el sistema requiere para beneficiar a la sociedad entera. Además, proferir justicia en un caso concreto, generando normas vinculantes para el futuro vía precedente, puede no ser el mejor modo de resolver la tensión entre dañadores y víctimas para el futuro, o puede crear incentivos nocivos a largo plazo. Y, por otro lado, las decisiones judiciales son auto-perpetuantes y carecen de mecanismos de retroalimentación. El único modo

ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales." Este documento establece una tipología de los perjuicios indemnizables y los montos correspondientes con que deben ser indemnizadas. La objeciones que se presentarán a continuación también aplican a este tipo de acuerdos, pues ellos no son más que recopilaciones de posiciones desarrolladas en la jurisprudencia.

[154] Lo siguiente lo adapto de: Marmor, "¿Son legítimas las constituciones?" en Fabra y García Jaramillo, *Filosofía del Derecho Constitucional,* cit., sección III.4.D.

de cambiar un precedente es a través de una demanda, y puede que tal demanda no ocurra. Además, como bien anota Marmor, si hay un precedente bien establecido en un área del derecho, existe un fuerte incentivo a no demandar, puesto que no todas las personas están en la posición de gastar dinero en litigios sin futuro y asumir costas si la demanda no le es favorable. Y si la demanda llegara a ocurrir, no es seguro que llegue a la instancia adecuada capaz de generar precedentes vinculantes que modifiquen la regla pertinente, e.g., porque el tipo de caso no sea susceptible de apelación, no hay suficiente evidencia, hay nulidad por otras razones, etc.

Estas objeciones instrumentales, sin embargo, son susceptibles a refutación empírica. Queda la posibilidad de probar empíricamente, por ejemplo, que los jueces tienen una mejor posición que el regulador para resolver determinados casos o en determinados contextos; o que la carencia de mecanismos de retro-alimentación es algo bueno. Aunque puede haber plausibilidad en estas líneas de respuesta creo que, incluso si las objeciones instrumentales son erradas, los jueces no deberían tener el poder para diseñar los fines de la responsabilidad extracontractual. Ello ocurre por una razón no instrumental y no susceptible de refutación empírica, que se refiere a que los jueces carecen de *legitimidad democrática*. Como se ha sostenido a lo largo de este escrito, establecer un régimen de responsabilidad civil implica tomar un número importante de decisiones sobre complicados asuntos morales, políticos y económicos. Siguiendo una versión fuerte y algo radical del argumento presentada por Waldron,[155] sobre esta clase de asuntos morales y políticos existen desacuerdos radicales entre diferentes sectores sociales. No se trata sólo que las personas discrepan sobre la posible respuesta, sino que también están en desacuerdo sobre cuáles deben ser las consideraciones relevantes y cómo deben ser perseguidas y aplicadas. Como ninguna persona tiene la verdad sobre estos asuntos, el mecanismo más legítimo para solucionar este tipo de desacuerdos es la participación democrática: Si tenemos una comunidad democrática adecuadamente constituida y reglas justas de participación,[156] se esperaría que las diferentes facciones y opiniones debatieran las posiciones en pugna y se alcanzara un acuerdo que, aunque no sea compartido por todos, sí pudiera ser considerado legítimo por todas las partes. Dejar las decisiones en manos de los

[155] Waldron, "El núcleo del argumento contra el control judicial de constitucionalidad sobre la legislación", *cit.* El argumento es puesto en su versión más fuerte y dramática para efectos ilustrativos.

[156] Se debe resaltar que la presencia de reglas adecuadas de participación es una condición necesaria para que el argumento democrático de Waldron funcione.

jueces, según esta línea de pensamiento, es peligroso e inmoral. Por un lado, los jueces no son "reyes platónicos" con una comunicación directa con la verdad sobre asuntos morales, políticos y económicos. Además, los jueces no responden de ninguna forma a los deseos de los electorados ni representan grupos políticos. Y, por otro lado, los asuntos de la responsabilidad extracontractual (justicia, costos, riesgos, utilización de nuestros impuestos) son delicados asuntos morales y políticos que nos interesan a todos, y sobre los cuales todos tenemos un derecho de participación. Incluso, diría Waldron, los jueces le están quitando a los ciudadanos algunos de sus derechos de participación política: le están impidiendo que su voz sea escuchada directa o indirectamente en la regulación de estos asuntos morales importantes que se relacionan con la responsabilidad extracontractual.

La contraposición a las objeciones democráticas parecen demostrar que lo que llamaré "regulador democrático" es el foro adecuado para debatir y establecer los fines y objetivos de la responsabilidad civil extracontractual. El regulador democrático puede ser el órgano legislativo, un ente puramente político, pero también puede incluir entidades reguladoras especializadas respaldadas democráticamente e, incluso, a grupos de expertos con algún tipo de representatividad o refrendación democrática. En el aspecto instrumental, el regulador democrático puede apreciar la complejidad social, económica, moral y política que tiene la creación general de normas. El regulador puede escuchar a diferentes puntos de vista y adaptarse a nuevas circunstancias. En el aspecto no instrumental, idealmente (a veces no aplica para los legislativos latinoamericanos), los reguladores pueden representar a diferentes facciones de la sociedad con visiones políticas y morales disímiles, deliberar sobre las consideraciones relevantes y producir una decisión que sea considerada legítima por todos los participantes. Esta legitimidad procedimental democrática debe moderarse por algunos aspectos substantivos. En responsabilidad extracontractual no se trata sólo de un acuerdo político y moral, sino que también hay aspectos técnicos y económicos. En estos últimos, no todo puede estar en las mejores manos si se deja a legisladores o políticos profesionales. Sin embargo, el punto democrático aquí es que, incluso si deja la decisión en mano de expertos para que fijen los fines y objetivos de la responsabilidad extracontractual siguiendo algún compromiso político-moral (por ejemplo una comisión de notables para que fijen la responsabilidad extracontractual siguiendo a la Constitución), la legitimidad última de las decisión o decisiones que fijen los fines de la responsabilidad extracontractual debe tener algún tipo de refrendación democrática.

La decisión no (sólo) es legítima porque la dicten los más sabios, sino porque sea aceptada o refrendada en seno democrático.

C. *La normas de generales de textura abierta*

En todo caso, las anteriores objeciones deben ser más sutiles en la responsabilidad extracontractual. Pretender que los jueces sean las "bocas" del legislador es una teoría ingenua de la decisión judicial todas las áreas del derecho, y, es especialmente errónea en responsabilidad extracontractual. La objeción adaptada a la responsabilidad extracontractual se limita a la afirmación de que los jueces en la tradición de derecho continental *no* pueden crear el sistema de responsabilidad civil, ni establecer los fines, objetivos y principios del mismo. Sin embargo, los jueces conservan un papel fundamental en la creación de normas más particulares o sub-reglas, las cuales siempre permiten a un alto nivel de discreción. Permítase explicar esta distinción introduciendo la noción de "normas de textura abierta".

El derecho regula la conducta estableciendo reglas generales, ya sea formalmente (mediantes leyes y decretos, y, en cierta medida, mediante precedentes) o mediante costumbres y prácticas sociales. Las reglas generales son necesarias pues establecen nuestras expectativas sociales, coordinan nuestra conducta y todas las demás ventajas de lo que se conoce como "principio de legalidad." En algunos casos, los creadores de las normas pueden regular la conducta en términos exactos: "sólo las personas mayores de 18 años se consideran mayores de edad", "la policía debe llevar al imputado ante un autoridad judicial en menos de 24 horas" o "toda persona conduciendo con más de 40mg de alcohol en la sangre se encuentra sujeta a una multa". En otros casos, los creadores de normas pueden formularlas en términos más generales: "el castigo impuesto debe ser *proporcional* a la ofensa", "la policía judicial debe llevar al imputado ante la autoridad judicial competente en un plazo *razonable*", o, en responsabilidad civil, "las personas son responsables de los daños accidentales que hayan causado cuando no ejercieron el cuidado que *un buen padre de familia* hubiera ejercido." Las palabras en cursiva son ejemplos de lo que H. L. A. Hart llamó "textura abierta", es decir que tienen un área cuyo significado es indeterminado.[157] En estos casos, el legislador se basa en la vaguedad e indeterminación del lenguaje natural para dejar en manos de los jueces la resolución del conflicto en el caso concreto, teniendo en cuenta las particularidades

[157] Hart, H. L. A., *El concepto de derecho,* Abeledo-Prelot, Buenos Aires, 1963, pp. 159 y 60.

del mismo. Las reglas señalan unos criterios generales, y los jueces, aunque están limitados por el significado del "centro" de la norma, tienen una discrecionalidad en la aplicación; es decir, es el juez quién determina que es "proporcional", "razonable" o "quién es un buen padre de familia" en el caso concreto.[158] La textura abierta y la discrecionalidad que ella conlleva no deben verse como características nocivas. Sin importar la sabiduría del legislador, no es posible regular todas las particularidades de la conducta a través de normas generales. Por ello, en algunas ocasiones, los legisladores optan por dejar que, dentro de ciertos límites, el significado de las normas se adapten a diversos casos y se modifiquen a diversas circunstancias. En ese sentido, la textura abierta permiten un equilibrio entre *rigidez* y *seguridad*, por un lado, y *flexibilidad y adaptabilidad* por el otro. [159] Lo primero viene del centro de la norma que establece unos criterios que deben ser cumplidos por los jueces; lo segundo de la discrecionalidad del juez de acomodarse a las particularidades del caso y las circunstancias cambiantes. Con este modelo, Hart responde por igual al formalismo y al REALISMO: no es cierto que toda la labor judicial sea la aplicación de criterios preestablecidos, pero tampoco es cierto que los jueces estén ilimitados en la creación del derecho.

Bajo este entendimiento podemos aclarar los límites de la objeción democrática en la responsabilidad extracontractual de los países continentales. Mientras en los países del *common law* se ha decidido dejar el desarrollo de las reglas generales a los jueces –por supuesto, bajo diseños institucionales diferentes y otras presiones políticas y académicas sobre ellos–, en los países del *civil law* a los jueces no se le confían esos asuntos, sino que dependen de determinaciones democráticas previas. Asumiré que tal característica es central en nuestra tradición jurídica.[160] De este modo, en los sistemas

[158] Entender este punto de Hart deja claro que la crítica de Dworkin en "Modelo de las Reglas I" no es del todo acertada. Para Hart, las reglas no son estándares "todo-o-nada". Gran parte de lo que Dworkin considera principios Hart los puede encuadrar como normas de textura abierta.

[159] Una teoría del derecho constitucional que pone en un lugar central este equilibrio entre flexibilidad y seguridad es la teoría del "árbol vivo" de la interpretación constitucional. véase, Waluchow, FILOSOFÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

[160] En nuestros sistemas, sin embargo, los jueces a veces son los primeros en manifestar, bajo un manto de falso formalismo, que están actuando de acuerdo "el imperio de la ley," o "interpretando el verdadero sentido de la ley" para escaparse de la responsabilidad de decir que en muchos casos la ley es vaga o amplio y en realidad están creando nuevas normas jurídicas. Lo curioso es que, en responsabilidad civil, los jueces más activistas y creativos son al mismo tiempo los que comúnmente defienden vehementemente la separación de poderes

continentales han establecido que la regulación de la responsabilidad civil, incluyendo sus principios, fines y objetivos, debe hacerse a través de reglas generales. Estas normas son de textura abierta. La objeción democrática, entonces, está limitada de la siguiente forma: los jueces no están legitimados para crear normas generales de textura abierta que fijen los principios, objetivos y fines de la responsabilidad extracontractual; esta es la labor del "regulador democrático". Entre más general sea la norma, mayor es la presunción de que no se debe debatir y crear en sede judicial. Pero los jueces son confiados con un gran poder de crear las sub-reglas que dan aplicación a las normas de textura abierta. Ello no sólo es inevitable, sino que es deseable para alcanzar un equilibrio entre seguridad y flexibilidad en responsabilidad extracontractual.

En esa medida, va a ocurrir un *diálogo creativo* entre los reguladores democráticos, que crean las normas y establecen los objetivos y los fines generales, y los jueces que las aplican y crean normas más particulares, adaptando las generales a nuevas circunstancias. En este modelo dialógico, los jueces no pierden su capacidad de crear reglas mediante precedentes, sino que las normas que crean son especializadas para determinadas conductas o tipos de conductas. Así, los jueces están atados a los principios y objetivos que han sido establecido por el regulador democrático;[161] pero los reguladores también deben estar atentos a los casos que reciben los jueces, pues, en cierto sentido, ellos son un foro institucional que puede conducir a la modificación de los principios más generales.

Lo anterior es sólo un intento de descripción de las características más generales de la aplicación e interpretación de las normas de textura abierta en la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no se trata de una teoría comprehensiva de la misma.[162] De hecho, una teoría completa de la

---

y la democracia. Parte de la crítica, como veremos más adelante, busca aclarar el papel judicial en los países del *civil law*.

[161] Surge entonces la cuestión de cómo las reglas de creación judicial pueden cumplir con la publicidad requerida por el principio de legalidad. Nótese que en este modelo dialógico, los jueces tienen un poder importante para determinar las consecuencias jurídicas de las normas en los casos concretos. Pero, ¿cómo puede el ciudadano que no es parte del proceso conocer esas normas que también son vinculantes a él? Es posible que los jueces deban compilar sus sub-reglas o publicarlas de forma similar a como las leyes son publicadas.

[162] Esta doctrina no explica, por ejemplo, bajo cuáles condiciones el juez debe aceptar las normas democráticas (su sentido original) o si estas nociones son adaptables a través de la evolución, y si este es caso, cuáles consideraciones son válidas y cuales no. Tampoco se explica cuando una interpretación evolutiva es "aceptable", o cuando se transforma en una "modificación" o suplantación de las normas (como creo que ocurre en los ejemplos del derecho civil colombiano), ni los casos de la desviación judicial justificada, *i. e.*, los casos en

creación, aplicación e interpretación de las normas de textura abierta sigue siendo un asunto pendiente en la dogmática y filosofía de la responsabilidad. Aunque la imagen completa falte, lo dicho es suficiente para los propósitos de limitar el alcance de la objeción democrática. Mi objeción no es eliminar la discrecionalidad de los jueces en la interpretación de la normas de responsabilidad extracontractual, ni posibilidad de crear sub-reglas que especifiquen las reglas generales. Tampoco el punto es que las normas de creación judicial no están sujetas a crítica. El punto es que, al menos en lo que se refiere a las normas de textura abierta, el debate debe ser técnico, deliberado y representativo, donde los actores sociales puedan concurrir y presentar sus divergentes visiones morales y se alcance el consenso moral y político sobre estas materias. En un palabra, *las complejas decisiones morales y políticas que están implícitas en la normas de responsabilidad extracontractual no deben ser el monopolio de unos cuantos jueces, sino que deben ser deliberadas públicamente y deben ser legitimadas democráticamente*.

3. *El debate sobre las normas de textura abierta*

Con estos elementos en mente podemos aclarar la modesta contribución de esta defensa de la filosofía de la responsabilidad extracontractual: Los problemas de la responsabilidad civil han estado algo oscurecidos por un modo particular de ver el área. Por un lado, los debates centrales han sido vistos como cuestiones puramente dogmáticas, obviando importantes dimensiones morales y políticas que las mismas tienen. Y, por otro lado, estas consideraciones han sido oscurecidas por la centralidad de la sede judicial, que no sólo no hace transparentes las consideraciones relevantes bajo un manto de formalista, sino que posiblemente no sea instrumental ni democráticamente el mejor foro para crear las normas de textura abierta que estructuran nuestra responsabilidad civil. Bajo estas consideraciones podemos ver el humilde pero importante papel que juega la filosofía de la responsabilidad extracontractual: es *un llamado al debate sobre las normas de textura abierta con atención a los supuestos políticos y morales que las informan.* La idea aquí no se trata de que la filosofía proporciona respuestas, sino que proporciona algunas

---

los que los jueces deben apartarse de los criterios generales para generar justicia la situación concreta (pues ello parece posible y adecuado en algunas circunstancias, siempre cuando y la mejor posición para la desviación judicial es que sea consciente, argumentada, y pública).

preguntas que nos permitirán pensar mejor nuestras instituciones de responsabilidad civil.

Permítase, además, añadir un paso adicional a este modesto papel que juega la filosofía en la responsabilidad extracontractual, que será la última contribución de este escrito. Creo la tradición jurídica latinoamericana, si se toma en serio la complejidad de la labor y se empodera de una perspectiva propia, puede hacer un contribución importante a los debates globales sobre la responsabilidad extracontractual. Ya sabemos que la responsabilidad extracontractual no se agota en el limitado universo del derecho privado, sino que hay una multiplicidad de consideraciones morales y políticas que influyen en la adecuada constitución de nuestros sistemas. El punto clave es que los diferentes balances de consideraciones políticas y morales cambian en el tiempo y en las tradiciones jurídicas. Por un lado, los diferentes balances normativos cambian ante nuevas circunstancias y nuevos modos de percibir problemas que nos conllevan a pensar soluciones a asuntos que fueron resueltos en el pasado. Pero, por otro lado y de forma más importante, cada sociedad y tradición jurídica puede hacer sus propios balances de los principios morales y políticos teniendo en cuenta su historia cultural, ideales políticos, objetivos colectivos y necesidades particulares. Ello no significa que se defienda un relativismo absoluto –puesto que esto eliminaría la reflexión filosófica y la crítica externa–, sino que los balances de los principios morales y políticos pueden ser llevados de formas diferentes en cada cultura. Se puede explicar esta idea adaptando una noción de la filosofía tomista –la *determinatio* de lo justo natural–: Los principios morales son abstractos y permiten diferentes "especificaciones", es decir, diferentes aplicaciones justas (*e .g.* aunque la moral dice que hay que diferenciar entre adultos y menores de edad, no dice cual es la edad correcta para ello y hay varias formas válidas de hacerlo –pueden ser 16, 18, 21, 25, años–). Cada una de éstas determinaciones es un ejemplo válido del principio moral, pero que generan diferentes consecuencias que pueden adaptarse a diferentes grupos o circunstancias. Esas determinaciones son las que crean caminos para que la justicia se realice en el mundo real.

La idea que quiero sostener es que en Latinoamérica, si estamos conscientes de las preguntas y los supuestos que las informan, podemos realizar nuestras propias determinaciones de los principios morales y políticos. Hasta ahora, a veces se piensa que entre más doctrina extranjera introduzcamos, mejor es nuestra tradición jurídica; es decir, somos un punto de recepción de las determinaciones que hacen otros según su historia y sus necesidades. Pero esta posición puede no ser la correcta. Incluso si estamos en la misma tradición jurídica y trabajando con los mismos conceptos uni-

versales (justicia correctiva, causalidad, etc.), es una alternativa viable explorar nuestras propias respuestas al tomar en serio los problemas morales y políticos que trascienden a la institución. De este modo, la comunidad jurídica latinoamericana debe tener en cuenta las particularidades de nuestro contexto para realizar nuestras propias determinaciones de los conceptos comunes: En general, nuestras sociedades son multiculturales, con sistemas jurídicos constitucionalizados, con contextos de pobreza y desigualdad, con problemas institucionales, ávidas de desarrollo económico, con bajo cumplimiento de las normas, con amplias economías informales, en algunos casos con amenazas bélicas o problemas sostenidos de delincuencia común, pero al mismo tiempo con deseos de reconciliación, etc. Esto parecería dar lugar, sino para nuestras propias innovaciones teóricas, al menos para una perspectiva diferente de los mismos problemas. Al igual que actores europeos (y sus "European Principles of Tort Law") y los estadounidenses (y su "Third Restatement"), en Latinoamérica también deberíamos pensar seriamente, desde nuestras particularidades, sobre *qué* entendemos por responsabilidad extracontractual, *cuáles* objetivos morales y políticos perseguimos con nuestras normas, y *cómo* esas normas afectan nuestra realidad. [163] Incluso si los resultados no son radicalmente diferentes, esta exploración puede resultar en que Latinoamérica ponga su parte a los debates globales de responsabilidad extracontractual.

Con elementos que espero haber introducido en este escrito, se aumentan los retos que deben ser estudiados. Creo que es un buen momento para repensar la noción misma de responsabilidad civil y los valores y funciones que le atribuimos; los conceptos dogmáticos de daño y riesgo y los supuestos morales que los informan; se debe desarrollar una nueva teoría de la CAUSALIDAD; se debe actualizar la noción de culpa, sus estándares y unificación; se debe proporcionar una justificación coherente de la responsabilidad objetiva; se debe de proporcionar un entendimiento coherente de los perjuicios indemnizables; y se debe prestar atención a los problemas de

[163] Que tenga conocimiento, hay varios esfuerzos sistemáticos para proporcionar una perspectiva latinoamericana al derecho privado: Por ejemplo, el "Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano" promovido por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani del CNR-Università di Roma 'Tor Vergata' [*www.cideci.org/portal/modules/news/index.php?storytopic=3*]), o el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos es de Universidad Diego Portales y la Fundación Fernando Fueyo Laneri y por la Fondation pour le Droit Continental (para *www. fundacionfueyo.udp.cl/index.php*), entre otros. Pero ninguno, que sepa, se aproxima desde la visión filosófica defendida aquí.

responsabilidad colectiva y los daños masivos. Además, hay que desarrollar una teoría de la creación e interpretación de las normas de responsabilidad extracontractual; de la publicidad de las sub-reglas de creación jurisprudencial para garantizar el principio de legalidad; del diálogo legislativo-judicial en el derecho de daños, además del papel de la narración y el estudio de la evidencia relevante que nos permite resolver los procesos. Finalmente, hay otros puntos un poco más locales que merecen atención: la relación entre la responsabilidad extracontractual, el constitucionalismo y los postulados del Estado social; la representación democrática en la creación de normas de responsabilidad extracontractual (en especial, en contextos poco representativos); el papel de la distribución en la responsabilidad civil y la influencia de condiciones de pobreza e injusticia social en los deberes de reparación; la responsabilidad civil y la promoción de la libertad económica y la generación de desarrollo; el funcionamiento de la responsabilidad civil frente a violaciones de derechos humanos y en procesos de transición; una fundamentación política para la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad civil frente al PLURALISMO JURÍDICO en sociedades multiculturales. En estos aspectos hay lugar para el desarrollo e innovación, es decir, para determinaciones y respuestas que se acomoden a nuestras particularidades. Los estudiosos latinoamericanos deben ser participantes activos de nuestros propios debates –y no meros receptores– y potencialmente podrán generar perspectiva una diferente que pueda enriquecer los debates internacionales sobre la responsabilidad extracontractual. Y creo, por supuesto, que la filosofía tiene un papel relevante en esta transformación.

V. CONCLUSIONES

La responsabilidad civil solo se hace inteligible con relación a principios y valores explicados por consideraciones filosóficas más abstractas. Por un lado, el problema de la responsabilidad civil es un problema cotidiano y bien delimitado que invita a los "abogados y ciudadanos a pensar filosóficamente".[164] Es claro que estos problemas no surgen en los casos ordinarios. Sin embargo, cuando el jurista está en la posición de diseñar un sistema de responsabilidad extracontractual o una política particular, o de identificar o solucionar un caso difícil, o de repensar enteramente su tradición jurídica, estas consideraciones necesariamente salen a la luz. Por otro

[164] Zipursky, "Filosofía de la responsabilidad extracontractual", *cit.,* p. 230.

lado, la filosofía del derecho de daños es difícilmente banal en términos filosóficos. Las consideraciones filosóficas necesarias para entender la responsabilidad extracontractual se relacionan con algunos de los problemas más profundos de filosofía jurídica, política y moral.[165] Se puede decir, entonces, tomando la formulación de Zipursky, que *la filosofía de la responsabilidad extracontractual no vuelve esotérica la realidad del derecho, sino que la define; ni banaliza la filosofía, sino que la hace práctica y real.*

Estas consideraciones son particularmente relevantes y oportunas en el contexto latinoamericano, dominado por cierto dogmatismo en la visión más tradicional, y algún extremismo economicista en las visiones más avanzadas. Pensar filosóficamente la responsabilidad extracontractual implica ver más allá del texto e historia de la normas, y tratar de traer a la luz todas los supuestos e implicaciones que son relevantes para entender la institución. El llamado por una filosofía de la responsabilidad extracontractual es un llamado al debate sobre los principios y fundamentos de nuestro derecho de daños. Esta labor, si es tomada en Latinoamérica con debida seriedad y como un esfuerzo local por entender los problemas desde nuestras particularidades, puede ser fructífera para nuestros sistemas jurídicos y una contribución para el debate global de la responsabilidad extracontractual.

Un último mensaje: Lo anterior no debe dar la impresión de que el éxito de la filosofía se mide en tanto sea capaz de generar consecuencias prácticas, o modificar de la realidad, o que la filosofía está atada a contextos particulares. La filosofía puede tener una profunda influencia en el mundo, pero procede de una forma indirecta: clarificando los objetos de estudio, y esta clarificación puede ser punto de partida de otras investigaciones o desarrollos prácticos. Sin embargo, para ponerlo en términos kantianos, la filosofía no debe verse como un medio para fines adicionales, sino que es un fin en sí mismo. Por ello, es una actividad valiosa aún cuando se sabe de antemano que no hay una respuesta última ponga término sus debates. La filosofía, tomando nuevamente de Berlin, esa "actividad socialmente peligrosa, intelectualmente difícil y a menudo agonizante y desagradecida" de resolución de aquellas preguntas que "no son susceptibles a los métodos de las ciencias o a la observación diaria," sobre las cuales "no existen diccionarios, enciclopedias, compendios de conocimiento, ni expertos, ni ortodoxia a las cuales se pueda referir con la confianza de poseer la autoridad incuestionable o el conocimiento de tales materias," tiene siem-

[165] *Idem.*

pre el mismo papel: *ayudar a los seres humanos a entenderse a sí mismos y así operar en una forma abierta, y no en la oscuridad*.[166] Este escrito hace parte de un esfuerzo por promover entre los juristas latinoamericanos la misión de ver la responsabilidad extracontractual desde la perspectiva de la filosofía. De este punto de vista, el derecho de daños genera el tipo de preguntas que Berlin magistralmente explicó, y su resolución es, igualmente, una "actividad socialmente peligrosa, intelectualmente difícil y a menudo agonizante y desagradecida." Pero es una tarea valiosa porque, como toda la filosofía, podrá ayudar a los seres humanos –juristas y ciudadanos en general– *a entenderse a sí mismos y a sus normas jurídicas y a su responsabilidad extracontractual*, *y así operar en una forma abierta, y no en la oscuridad.*

VI. Bibliografía Recomendada

1. *Bibliografía Fundamental*

Bernal Pulido, Carlos y Fabra Zamora, Jorge, (eds.) *La Filosofía de la Responsabilidad Civil: Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Cooper-Stephenson, Ken y Gibson, Eliane (eds.), *Tort Theory*, Toronto, Captus, 1993.

Englard, Izhak, *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot, Dartmouth Company, 1993.

Gordley, James, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Lucy, William, *Philosophy of Private Law,* Oxford, Oxford University Press, 2007.

Oberdiek, John (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, Oxford, 2014.

Owen, David (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law,* Oxford, Clarendon Press, 1995.

Owen, David; Schroeder, Christopher H. y Honoré, Anthony, *Teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual* (Pablo Suárez, ed.), Bogotá, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 2014.

[166] Esta es la famosa elucidación de Berlin, a la que hemos hecho referencia varias veces en este texto. Véase, *supra* nota 10.

PAPAYANNIS, Diego M., *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

POSTEMA, Gerald (ed.), *Philosophy and the Law of Torts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002

ROSENKRANTZ, Carlos (ed.), *La responsabilidad extracontractual: Donde la filosofía, el derecho y la economía se juntan*, Barcelona, Gedisa, 2006.

2. *Introducciones a la filosofía de la responsabilidad extracontractual*

BERNAL PULIDO, Carlos "Presentación", Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.

COLEMAN, Jules L. Coleman y MENDLOW, Gabriel, "Teorías de la responsabilidad extracontractual" en Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.

FABRA ZAMORA, Jorge Luis, "Estudio introductorio: Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual", Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.), *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.

FLETCHER, George P., "Remembering Gary - And Tort Theory", *UCLA Law Review*, vol. 50, 2002.

GOLDBERG, John C. P., "Twentieth Century Tort Theory", *Georgetown Law Journal*, vol. 91, 2002.

HONORÉ, Anthony, "La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas", Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil*.

MURPHY, Jeffrie y COLEMAN, Jules L., *Philosophy of Law*, Nueva York, Westview, 1990.

MURPHY, Mark C. *Philosophy of Law: The Fundamentals*, Oxford, Blackwell, 2007.

OBERDIEK, John, "Philosophical Issues of Tort Law", *Philosophy Compass*, vol. 3/4, 2008.

OWEN, David G., "Why Philosophy Matters to Tort Law?", Owen (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.

PAPAYANNIS, Diego Martín, "Teorías de la responsabilidad extracontractual" en Hevia, Martín (ed.) *Teoría y crítica del derecho civil y comercial*, Fontamara, México, 2012.

_____, "Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología", *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, vol. 37, 2012.

PERRY, Stephen R., "Tort Law", Denis Patterson (ed.), *Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2010.

POSTEMA, Gerald, "Introduction", Postema (ed.), *Philosophy and the Law of Torts,* Nueva York, Cambridge University Press, 2002.

RIPSTEIN, Arthur, "Philosophy of Tort Law," Jules L. Coleman y Scott Shapiro (eds.)*Oxford Handbook of Jurisprudence,* Oxford, Clarendon Press, 2001.

SCHWARTZ, Gary, "Tort Scholarship", *California Law Review,* vol. 73, 1985.

SUÁREZ, Pablo, "Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual", Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil.*

_____, "Mapa de la responsabilidad", Owen *et al, Teorías de la responsabilidad extracontractual.*

WILLIAMS, Bernard. "Afterword: What Has Philosophy to Learn from Tort Law?", *Philosophical Foundations of Tort Law.*

ZIPURSKY, Benjamin, "La filosofía de la responsabilidad extracontractual: entre lo esotérico y lo banal", Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil.*

3. *Análisis Económico de la Responsabilidad Civil Extracontractual*

ACCIARI, Hugo, "El análisis económico del derecho de daños. Una aproximación general," Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil.*

_____, *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, Berkeley, University of California at Berkeley Law and Economics Center, 2008.

BORGO, John, "Causal Paradigms in Tort Law", *Journal of Legal Studies*, vol. 10, 1979.

BULLARD, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.* Lima, Palestra, 2003.

CALABRESI, GUIDO, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970.

CALABRESI, Guido, *Un vistazo a la catedral*, Lima, Perú, 2011.

COASE, Ronald, "The problem of social coast", *Journal of Law and Economics,* vol. 3, 1960.

COLEMAN, Jules L. "The Economic Structure of Tort Law", *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988.

GEISTFELD, Mark, "Economics, Moral Philosophy and the Positive Analysis of Tort Law", Postema (ed.) *Philosophy of the Law of Torts.*

_____, "Fault Lines in the Positive Economic Analysis of Tort Law" Jennifer Arlen (ed.) *Research Handbook on the Economics of Torts*, Edward Elgar Press, 2013.

KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, "Fairness versus Welfare", *Harvard Law Review,* vol. 144, 2002.

LANDES, William N. y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law,* Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1987.

MURPHY, Jeffrie y COLEMAN, Jules L., *Philosophy of Law*, Nueva York, Westview, 1990.

PAPAYANNIS, Diego Martín, "El Enfoque económico del derecho de daños", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* vol. 32, 2009.

_____, "La responsabilidad civil como asignación de pérdidas", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2014, 2014.

_____, *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires (ARG), AdHoc, 2009.

POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 7a. ed., New York, Aspen, 2010 [1972].

_____, "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972.

ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994.

SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

_____, "Strict Liability versus Negligence", *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980.

_____, "Responsabilidad extracontractual por accidentes en el análisis económico del derecho", Bernal Pulido y Fabra Zamora, *Filosofía de la Responsabilidad Civil.*

SPECTOR, Horacio, *Elementos de análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Rubinzal, 2004.

SCHWARTZ, Gary T., "Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?", *UCLA Law Review,* vol. 42, 1994.

4. *Teorías Basadas en la Justicia*

COLEMAN, Jules L., "Tort Law and the Demands of Corrective Justice", *Indiana Law Journal*, vol. 67, 1992.

_____, *Market, Morals and The Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 1989.

_____, *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 [*Riesgos y Daños* (Diego Papayannis, trad.) Madrid: Marcial Pons, 2010].

_____,*The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

_____, "The Mixed Conception of Corrective Justice", *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992.

COLEMAN, Jules L. y RIPSTEIN, Arthur, "Mischief and Misfortune", *McGill Law Journal*, vol. 41, 1995.

EPSTEIN, Richard A. "A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973.

FLETCHER, George, "Fairness and Utility in Tort Theory," *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972.

GOLDBERG, John C.P. y ZIPURSKY, "Tort law and responsibility", Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*.

_____, "Torts as Wrongs", *Texas Law Review*, vol. 88, 2001.

HONORÉ, "Responsabilidad y Suerte", en Owen *et al., Teorías de la responsabilidad civil extracontractual,* 2014.

_____, *Responsibility and Fault*, Oxford, Hart, 1999.

KEATING, Gregory C., "A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents", en Postema (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.

_____, "Reasonableness and Rationality in Negligence Theory", *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996.

PERRY, Stephen R., "The Impossibility of General Strict Liability", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 1, 1988.

_____, "The Moral Foundations of Tort Law", *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992.

_____, "Responsibility for Outcomes, Risks, and the Law of Torts", Owen (ed.) *Philosophy and the Law of Torts*.

_____, "Risk, Harm, and Responsibility", Postema (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.

_____, "Tort, Risks and Responsibility", Oberdiek (ed.) *Philosophical Foundations of the Law of Torts*.

RIPSTEIN, Arthur *Equality, Responsibility and the Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 1998.

ROSENKRANTZ, Carlos, "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", Bernal Pulido y Fabra Zamora (eds.) *La filosofía del a responsabilidad civil*.

STONE, Martin, "On the Idea of Private Law", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9, 1996.

WEINRIB, Ernest, *Corrective Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

_____, *The idea of private law,* Oxford, Oxford University Press, 2012 [1995].
_____, *Tort Law*, Aldershot, Ashgate, 2002.
_____, "Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva", Bernal Pulido y Fabra, *Filosofía de la responsabilidad civil.*
ZIPURSKY, Benjamin, "Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts", *Vanderbilt Law Review*, vol. 51, 1998.
_____, "Civil Recourse, Not Corrective Justice," *Georgetown Law Journal,* vol. 91, 2003.

5. *Otras lecturas recomendadas*

A.A.V.V., *Hofstra Law Review,* vol. 8, 1980.
A.A.V.V., "Values in Tort Law", *Law and Philosophy,* vols. 2 y 3, 1982-1983.
A.A.V.V., *Journal of Law and Public Policy,* vol. 15, núm. 3, 1992.
A.A.V.V., *Theoretical Inquiries in Law,* vol. 3 y 4 , 2003-2004.
A.A.V.V., *Iowa Law Review,* vol. 77, núm. 4, 1992.
A.A.V.V., *Harvard Journal of Law and Public Policy,* vol. 16, núm. 3, 1993.
A.A.V.V., *Florida State University*, vol. 39, núm. 1, 2011
A.A.V.V., *Diritto y Questione Pubbliche*, vol. 12, 2012,
ABEL, Richard, "A Critique of American Torts", *British Journal of Law and Society*, vol. 8, 1981.
ARAMBURO, Maximiliano, "¿Es útil la filosofía del derecho para el derecho de la responsabilidad civil?" *Responsabilidad Civil y del Estado,* vol. 31, 2012.
BERNAL-PULIDO, Carlos, "Is Tort Law a Practice of Corrective Justice?", *Diritto e Questione Pubbliche*, vol. 12, 2012.
CALNAN, Allan, *Justice and Tort Law,* Durham, Carolina Academic Press, 1997.
CANE, Peter, *The anatomy of Tort law,* Oxford, Hart, 1997.
CANE, Peter y GARDNER, John (eds.) *Relating to Responsibility: Essays for Tony Honoré on His Eightieth Birthday,* Oxford, Hart, 2001.
CHAPMAN, Bruce. "Pluralism in Tort and Accident Law: Towards a Reasonable Accommodation", Postema (ed.) *Philosophy and the Law of Torts*.
COLEMAN, Jules L., "Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits: Part I", *Law and Philosophy*, vol. 1, 1982.

_____, "Moral Theories of Torts: Part II", *Law and Philosophy*, vol. 2, 1983.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1986, pp. 276-310 [hay traducción al español, *El Imperio de la Justicia,* Barcelona, Gedisa, 1992].

ENGLARD, Izhak, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern America Tort Theory", *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 [1980.

FRIED, Charles, *An Anatomy of Values,* Cambridge, Harvard University Press, 1970.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual", Bernal Pulido y Fabra, *Filosofía de la responsabilidad civil*.

_____, "Responsabilidad jurídica", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 1, 2011.

GARDNER, John, "What is tort law for?", *Law and Philosophy,* vol. 11, 2011.

HART, H. L. A. y HONORÉ, Tony, *Causation in the law,* Oxford, Oxford University Press, 1985.

HERSHOVITZ, Scott, "Harry Potter and the Trouble with Tort Theory", *Stanford Law Review*, vol. 63, 2010.

HEVIA, Martín, FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTRACTUAL (vol. III).

HONORÉ, Tony, CAUSALIDAD EN DERECHO (vol. II).

KEREN-PAZ, Taschi, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice,* Darthmouth, Ashgate, 2007.

LARRAÑAGA, Pablo, RESPONSABILIDAD (vol. III).

PERRY, Stephen R.,"On the Relationship between Corrective and Distributive Justice", Jeremy Horder (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence (Fourth Series)*, Oxford, Clarendon Press, 2007.

SPECTOR, Horacio, "Justicia y Bienestar: una perspectiva de derecho comparado", *Doxa,* vol. 26, 2003.

SCHWARTZ, GARY T. "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", *Texas Law Review*, vol. 75, 1997.

SHEINMAN, Hanoch, "Tort Law and Corrective Justice", *Law and Philosophy*, vol. 22, 2002.

ROSENKRANTZ, Carlos, "El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas

de una difícil relación", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 4, 1999.

_____, "A Compensatory Conception of Corrective Justice Revisited", *Diritto e Questione Pubbliche*, vol. 12, 2012.

WALDRON, Jeremy "Moments of Carelessness and Massive Loss", Owen (ed.) *Philosophical Foundations of Tort Law*.

WRIGHT, Richard, "Rights, Justice, and Tort Law", Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*.

CAPÍTULO 68

EL CONCEPTO LEGAL Y ECONÓMICO DE SOCIEDAD COMERCIAL

Sergio A. MURO*

SUMARIO. I. *Distintas formas jurídicas de entender a una sociedad comercial.* II. *Teorías económicas de la firma*. III. *Conclusión*. IV. *Bibliografía complementaria*.

Las sociedades comerciales han existido en cuanto tales por varios siglos.[1] A pesar de haber sido resistidas en distintos momentos y lugares, su utilización se ha expandido enormemente a partir del siglo XIX. Las causas de esta expansión han sido muy diferentes, pero sin dudas están asociadas a la creciente complejidad que les hemos sabido dar a nuestras sociedades y a la habilidad de las sociedades comerciales de llevar adelante proyectos complejos. Muy a pesar de este estado de situación, nuestro entendimiento acerca del concepto de sociedad comercial es relativamente endeble.

Desde el punto de vista jurídico, el desafío de conceptualizar correctamente a las sociedades comerciales ha sido tempranamente reconocido dado sus importantes consecuencias prácticas. ¿Es la sociedad una cosa? ¿O es en realidad una persona? ¿O puede ser que se la piense como persona y como cosa? Y si a la sociedad comercial se la puede pensar como a una persona, ¿tiene los mismos derechos que cualquier otra persona legalmente reconocida? A raíz de ello, numerosas teorías han sido elaboradas para intentar dilucidar si una sociedad comercial tiene o no el carácter de persona jurídica.

* Profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella.

[1] La historia de las sociedades comerciales es de muy larga data. Hay referencias a sociedades comerciales, las llamadas "naruqqum", existiendo en la antigua Asiria en el siglo XIX AC. Véase Iwai, Katsuhito, "Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance", *American Journal of Comparative Law*, vol. 47, núm. 4, 1999, p. 588. En cuanto a sociedades comerciales con personalidad jurídica, quizás la más conocida entre las primeras es la aún existente *East India Company*, que fue creada en 1600. Para mayor información acerca de la *East India Company* puede consultarse su sitio web en http://www.theeastindiacompany.com/ .

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2619- 2638.

Aun cuando las consecuencias teóricas sean igualmente relevantes, otras ciencias no necesariamente comparten similares consecuencias prácticas de su conceptualización de sociedad comercial (o su equivalente en términos de denominación en cada disciplina). Sin embargo, algunas de estas ciencias han desarrollado formas de entender a las sociedades comerciales que han alcanzado un importante nivel de maduración.

En este trabajo, se explorará interdisciplinariamente el concepto de sociedad comercial a partir de la exposición y análisis de las principales teorías que se han ideado para entenderlo. En este sentido, el trabajo comenzará por discutir las principales teorías legales relativas al concepto de persona jurídica, que como veremos es el concepto fundamental desde el punto de vista jurídico. En una segunda sección, se presentarán las teorías económicas relativas al concepto equivalente en dicha disciplina, el concepto de la firma. El objetivo de este trabajo es permitir entender de una manera más acabada a las sociedades comerciales modernas de tal forma de poder apreciar más acabadamente la importancia de cada uno de sus elementos centrales y de sus diferentes atributos. A su vez, una mejor comprensión acerca de qué es una sociedad comercial permitirá discernir qué pueden hacer las sociedades y cuáles pueden ser las consecuencias de dichas acciones.

I. Distintas formas jurídicas de entender la sociedad comercial

El estudio acerca del significado de "sociedad comercial" está íntimamente relacionado a la pregunta acerca de qué constituye una persona jurídica. Esta conexión aparece por dos razones diferentes. Por un lado, surge debido a que, en general, los ordenamientos jurídicos le otorgan a cada sociedad comercial la calidad de ser una persona jurídica.[2] Esta calidad se adquiere habitualmente en el preciso instante en que se realiza un acuerdo de voluntades que cumple con aquellos requisitos legalmente exigidos. Esto sugiere que los distintos sistemas legales han tendido a optar por un entendimiento esencialmente derivativo acerca de lo que es una sociedad comer-

[2] Nótese que hay ciertas sociedades comerciales que carecen del atributo de ser persona jurídica, por ejemplo las sociedades irregulares o de hecho. Estas sociedades, sin embargo, constituyen la excepción y no la regla. De hecho los distintos ordenamientos jurídicos se esfuerzan en regular figuras que identifiquen el concepto de sociedad comercial con el de persona jurídica.

cial. Por otro lado, el ancla conceptual en el término "persona jurídica" se da por las inconsistencias en las definiciones de sociedad comercial. Un ejemplo notorio está dado por el requisito de pluralidad de personas para constituir una sociedad comercial. Algunas legislaciones lo requieren, por ejemplo la argentina,[3] mientras otras jurisdicciones lo han dejado de lado hace tiempo.[4] A raíz de ello, en la exposición que sigue se buscará reproducir las teorías principales que buscan explicar el concepto de persona jurídica.

Para analizar el concepto de persona jurídica, convendrá detenerse preliminarmente en el vínculo existente entre capacidad y persona jurídica, dada la cercanía de ambos términos. "Persona" es definido legalmente como aquel ente susceptible de contraer derechos y obligaciones.[5] Al mismo tiempo, "capacidad" es definida como la aptitud para contraer derechos y obligaciones, lo cual genera cierta perplejidad. El origen de la distinción puede encontrarse en las Institutas de Justinianeo, donde eran únicamente capaces aquellas personas que no estaban sujetas al poder de otro.[6] Tras el largo camino recorrido hacia la abolición de la esclavitud, las nociones de capacidad y persona han tendido a asemejarse. El acoplamiento ha sido muy importante, a tal punto que al expandirse la noción de persona para incorporar también la idea de persona jurídica, el concepto de capacidad también se le atribuyó a esta última categoría.[7]

La idea de capacidad juega un rol central para el derecho. Es quizás por esto que algunas de las diferencias más importantes entre las distintas teorías acerca del significado de persona jurídica se concentran en este punto. En las secciones que siguen, se examinarán entonces las principales teorías acerca del significado de "personalidad jurídica".

[3] Véase articulo 1o. ley 19550, disponible en *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm*.

[4] En Colombia, por ejemplo, se permiten desde la sanción de la ley 1014 de 2006.

[5] Véase, por ejemplo, artículo 30 del Código Civil de la República Argentina, disponible en *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S1_ tituloI.htm*.

[6] En ese tiempo, la esclavitud era una práctica habitual y legalmente permitida. Los esclavos eran claramente personas, reconocidos como tales por el derecho romano religioso. Sin embargo, no tenían aptitud tal como la entendemos. Véase Magadant S., Guillermo, *Derecho privado romano*, México, Esfinge, 1988, p. 20.

[7] Más allá de esta identidad, las diferencias surgen cuando se incorpora el concepto de capacidad para obrar, la que algunas personas tienen por sí mismas y otras, como las jurídicas, no.

1. *Las teorías negacionistas de la personalidad jurídica*

Toda persona legalmente reconocida como tal es un *sujeto* con las características que cada ordenamiento legal le otorga. Como resultado, no sólo las personas físicas (los seres humanos) pueden ser sujetos de derechos. Para algunos académicos,[8] pensar de esta manera es incorrecto ya que esto lleva en general a equiparar a ciertas entidades al nivel de los seres humanos. Estas teorías, también llamadas agregacionales, contractuales o asociativas,[9] parten de la base de la necesidad de un acuerdo previo de personas físicas para darle forma. Es en función de esto que las sociedades son vistas como meras agregaciones de individuos que contratan para obtener un fin de beneficio común.[10] Así, estas teorías postulan que la persona jurídica no tiene una existencia separada de las personas que la conforman y los actos realizados por ella son en realidad manifestaciones de las acciones conjuntas de las personas reales que la constituyen.[11]

Esta forma de pensar en personas jurídicas fue aplicada jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Estados Unidos en el famoso caso *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad Company*. En este caso, la *Southern Pacific Railroad Company* (a partir de ahora SPRC) se enfrentaba a una disposición de la Constitución del estado de California que le negaba la posibilidad de obtener ciertos beneficios impositivos que, en cambio, sí eran otorgados a personas físicas. SPRC se basó en que la enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos impide que los estados nieguen una protección igualitaria a las distintas personas.[12] Aun cuando la decisión no se resolvió en base a esos argumentos, el Juez Waite manifestó en la audiencia previa lo siguiente: "Esta Corte no desea oír argumentos relativos a si la enmienda 14 de la

[8] Véase Duguit, Leon, *L´Etat, le droit objectif, et la loi positive*, París, Dalloz, 2003; y de Labroue de Vareilles- Sommières, Gabriel, *Les personnes morales*, París, Librairie Cotillon, F. Pichon, 1902.

[9] Véase Kim Ripken, Susanna, "Corporations Are People Too: A Multi-dimensional Approach to the Corporate Personhood Puzzle", *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 109 y 110.

[10] Véase Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., 7a. reimp. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 227.

[11] Véase Cressey, Donald R., "The Poverty of Theory in Corporate Crime Research", en Laufer, William S. y Adler, Freda (eds.), Advances in Criminological Theory, vol. 1, 1989, p. 36.

[12] Véase Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, disponible en *http://www.law.cornell.edu/constitution/*.

Constitución… se aplica a las corporaciones. Todos compartimos la opinión de que lo hace".[13]

El razonamiento subyacente de la Corte sostiene que SPRC era en realidad propiedad de los accionistas y, por tanto, si éstos eran protegidos individualmente en sus derechos, dicha protección no podía desaparecer si ellos actuaban de manera conjunta. En definitiva, la Corte se manifestó a favor de la reificación de la sociedad comercial.

Tal como surge del caso anterior, las teorías negacionistas destacan el interés privado de las personas que conjuntamente deciden llevar adelante una actividad. A raíz de ello, el rol del estado en la formación y definición de una persona jurídica, específicamente de una sociedad comercial, es limitado.

Con el correr de los años, muchas personas jurídicas tuvieron un desarrollo que las alejó de aquellas intuiciones cercanas al concepto sugerido por las teorías negacionistas.[14] A partir del siglo XX, comenzó a ser evidente que muchas sociedades comerciales crecían tanto que, por ejemplo, generaban una separación entre las personas que ejercían el control y las personas que eran propietarias de las acciones.[15] En este tipo de personas jurídicas es difícil mantener la relación de identidad entre los accionistas, que suelen rotar producto de la compra-venta de acciones, con la persona jurídica sociedad donde también las personas en control cambian a lo largo del tiempo. Al cambiar las personas, es más difícil asociar la idea de sociedad comercial con una idea meramente contractual.[16] Como veremos a continuación, algunas de las otras formas de pensar en el concepto de personas jurídicas no comparten este tipo de complicación.

[13] Véase 118 US 394, 396 (1886).

[14] Es altamente probable que las intuiciones asociadas a las teorías negacionistas estén relacionadas a la larga historia de empresas asociativas que podemos descubrir desde la antigüedad. Por ejemplo, en el siglo XIX AC, en la vieja Asiria, había contratos asociativos de largo plazo –naruqqum- que permitia llevar adelante el intercambio mediante caravanas que recorrían largas distancias. Véase Iwai, Katsuhito, *op. cit.*, nota 1, p. 588.

[15] Esta situación, que tuvo paralelos en distintos lugares del mundo, fue expuesta de manera muy iluminadora por dos académicos americanos, Adolf Berle y Gardiner Means, de las universidades de Columbia y Harvard, respectivamente. Véase Berle, Adolf A. y Means, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, New Brunswick, London,Transaction Publishers, ed. Reimp., 1991.

[16] Por ejemplo, si no hay persona jurídica de por medio, el cambio de una persona por otra en un contrato multilateral requeriría la aprobación de cada una de las demás personas.

2. *Teorías realistas*

Quizás en el polo opuesto al de las teorías negacionistas se encuentran las teorías realistas. Estas teorías postulan que no solo los seres humanos son personas para el derecho, ya que hay otras entidades *cuya realidad* obliga a concebirlas como personas propiamente dichas. Por lo tanto, dichas entidades - de manera independiente de los seres humanos que las componen - deben ser también consideradas personas jurídicas.[17]

Algunas de estas teorías basan la *realidad* de estas personas jurídicas en el hecho de que estas *personas colectivas* adquieren una *voluntad social* distinta de la de cada uno de los miembros que la componen. Específicamente Otto Gierke, pionero en el desarrollo de este tipo de teoría, cree que las personas jurídicas son entes supraindividuales cuya alma está en la voluntad común y su cuerpo en el organismo asociativo.[18] Esto permite para Gierke descubrir la *realidad* de dichas entidades de una manera objetiva.[19]

Las teorías realistas no sólo distinguen la realidad de estos entes de las personas que los componen. También diferencian esa realidad del reconocimiento que el estado pueda dar a la persona jurídica al constituirse.[20] Ese reconocimiento ocurre posteriormente y es dependiente meramente del tipo de ordenamiento jurídico disponible en cada estado. Ese reconocimiento por tanto es completamente independiente de cada entidad –más allá de lo que disponga la regulación especifica de cada estado-, cuya realidad viene dada por su especial voluntad común.

Al entender que la persona jurídica posee una voluntad propia obtenemos importantes consecuencias. Tal vez el aspecto más importante a destacar es que al ser los actos de la persona jurídica cualitativamente diferentes a los de cada uno de sus miembros, las atribuciones de responsabilidad también se independizan –ya que ninguno de sus miembros puede ser con-

[17] Véase Krannich, Jess M., "The Corporate "Person": A New Analytical Approach", 37 *Loyola University Chicago Law Journal*, vol., 37, núm. 1, 2005, p. 80.

[18] Véase Molina Sandoval, Carlos A., "Apostillas sobre la Personalidad Jurídica Societaria en el Derecho Argentino", 3 *Revista e-Mercatoria*, vol. 3, núm. 1., 2004, pp. 18-40. Véase también Iwai, Katsuhito, *op. cit.*, nota 1, p. 616 (destacando la idea de "unidad psico-espiritual" esgrimida por Gierke).

[19] Véase Iwai, Katsuhito, *ibidem*, p. 584: "The corporate realists believe that the corporation is a full-fledged organizational entity whose legal personality is no more than an external expression of its real personality in the society.")

[20] Véase Kim Ripken, Susanna, *op. cit.*, nota 9, pp. 112-113: "Rather than being a creature of the state, the corporation is a naturally existent entity "which has compelled the law to grant it official recognition."").

siderado responsable por la acción unificada de la persona jurídica–. Esto lleva por tanto a permitir incluso que ciertas condenas criminales puedan recaer sobre la persona jurídica.

El caso paradigmático de esta interpretación en Estados Unidos es *New York Central & Hudson River Railroad Co.* vs. *United States*.[21] En este caso la *New York Central & Hudson River Railroad Co.* (a partir de ahora NYCHRR) fue acusada junto a uno de sus agentes de pagar un reembolso a uno de sus clientes cuando dicho reembolso estaba estrictamente prohibido y penado. La Corte Suprema de Estados Unidos decidió extender la responsabilidad criminal a NYCHRR en virtud de sostener que se le podía imputar el conocimiento de las acciones de sus empleados. De otra manera, razonó la Corte, no se podría eficazmente limitar los abusos de NYCHRR o de otras corporaciones. En definitiva, la corte entendió a NYCHRR como una persona real no solo con voluntad propia sino también con la capacidad de controlar tanto sus acciones como la de sus agentes.

Las teorías realistas presentan algunas ventajas desde el punto de vista positivo. Fundamentalmente, reconocen como personas jurídicas aquellas entidades a las que los distintos ordenamientos jurídicos tienden a reconocer.[22] En este sentido, el contraste con las teorías negacionistas es inmediato. Al mismo tiempo, estas teorías dejan muchas preguntas sin responder. Quizás las más importantes son aquellas que intentan encontrar referencias empíricas respecto de aquellas entidades *dotadas de realidad*. Estas referencias no surgen claramente de las definiciones propuestas y, por tanto, las limitaciones de estas teorías surgen producto de la dificultad en entender qué es aquello que tiene voluntad, qué conforma esa voluntad, en qué sentido el organismo asociativo es un cuerpo, etc.

3. *Teorías de la ficción*

Las teorías de la ficción reducen el concepto de persona jurídica al de una mera construcción legal. Estas teorías se remontan al menos a los escritos del Papa Inocencio IV.[23] De todas formas, el exponente más reconocido de dichas doctrinas ha sido el académico alemán Federico Carlos de Savigny. A diferencia de las teorías realistas, Savigny postuló la idea de que desde el punto de vista empírico, las únicas personas son los hombres.[24] A pesar de

[21] Véase *New York Central &Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 US 481 (1909).

[22] Esto es así aun cuando el solapamiento no sea perfecto.

[23] Sinibaldo dei Fieschi, más conocido como Inocencio IV, trabajó esta doctrina en su *Apparatus (Commentaria) un quinque libros Decretalium*, publicado en Estraburgo en 1477.

[24] Véase Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 10, p. 228.

ello no defendió postulados negacionistas sino que por el contrario admitió la existencia de personas jurídicas independientes de sus miembros aunque dependientes del sistema legal.[25]

Este último punto es central. Aparece básicamente como una derivación de aquello que Savigny cree que son las personas jurídicas: invenciones humanas creadas para algún tipo de uso específico. En virtud de ello las sociedades comerciales son consideradas desde este punto de vista como personas jurídicas *por conveniencia* y de ahí la idea de estar frente a una ficción. En palabras de Savigny:

> La capacidad jurídica fue demostrada por nosotros como coincidente con el concepto de hombre singular. Nosotros la consideramos ahora como extendida a sujetos artificiales, creados por una simple ficción. Tal sujeto es llamado por nosotros persona jurídica, es decir persona que es solamente admitida para una finalidad jurídica. En ésta encontramos un nuevo sujeto de relaciones de derecho además del hombre singular.[26]

Al hacer depender de una autorización del estado el reconocimiento como tales de estas invenciones, a estas teorías también se las conoce como teorías basadas en la concesión.[27]

El impacto de las ideas de Savigny fue muy fuerte, permitiendo que esta forma de ver el problema de persona jurídica se convirtiera en dominante en los Estados Unidos y buena parte del mundo occidental durante la primera parte del siglo XIX. Una de las descripciones más famosas acerca de esta forma de comprender a las personas jurídicas fue expresada en el caso *Trustees of Darmouth College v. Woodward*.[28] Este caso surgió a partir de un intento de intervención por parte del gobierno estadual sobre *Darmouth College* (de ahora en adelante DC). DC había sido fundado en 1769 a través de un estatuto otorgado por el Rey de Inglaterra Jorge III. Años más tarde, en 1816, el estado de New Hampshire aprobó una ley que efectivamente modificaba el estatuto de DC, dándole al gobernador la posibilidad de designar al presidente de dicha universidad. El caso llegó a la Corte Suprema de

[25] Véase Kim Ripken, Susanna, *op. cit.*, nota 9, p. 106.

[26] Véase Savigny, M.F.C. de, quien trata el tema de la persona jurídica en su obra *Sistema de derecho romano actual*, tomo II, citado por Fernández Sessarego, Carlos "Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica", *Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 52, 1998/1999, pp. 251-269.

[27] Véase Blumberg, Phillip I., "The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations", *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 15, núm. 2, 1990, pp. 292-3.

[28] Véase *Trustees of Darmouth College* vs. *Woodward*, 17 US 518 (1819).

Estados Unidos, la que lo resolvió en base a la idea de la *santidad de los contratos*. Al decidir el caso el Juez Marshall describió la teoría de la ficción:

> Una corporación es un ser artificial, invisible, intangible, y existe sólo en contemplación de la ley. Siendo meramente una criatura del derecho, posee sólo aquellas propiedades que el estatuto de su creación le ha conferido…[29]

Las teorías de la ficción, al hacer de las personas jurídicas meros artificios técnicos con las limitaciones que el derecho establezca, generan implicancias muy importantes para el derecho. Por ejemplo, las teorías de la ficción no pueden permitir que una persona jurídica sea condenada por un delito debido a que las personas jurídicas sólo tienen autorización y, por tanto, sólo pueden jurídicamente hacer aquellas cosas *lícitas* para las que están habilitadas.[30] Adicionalmente, estas teorías tienen la desventaja de dejar al concepto de persona jurídica como algo indeterminado y sólo determinable de acuerdo al arbitrio de cada estado a la hora de definir su sistema legal.

4. *La teoría de Kelsen*

La teoría de la personalidad jurídica de Kelsen es en alguna medida cercana a la propiciada por Savigny, aunque como se verá va mucho más allá. Kelsen presenta en su teoría pura del derecho una visión de la persona jurídica hermanada en el positivismo jurídico.[31] Su teoría general parte de la base de que el derecho es un sistema de obligaciones legalmente determinadas de un sujeto legalmente reconocido a otro.[32] Es en función de ello que tanto las personas físicas como las personas jurídicas tienen las mismas características para la teoría kelseniana. Es decir, que tanto uno como otro tipo de persona es una unidad de normas que especifican derechos y obligaciones.

Para Kelsen, este conjunto de normas es de alguna manera personificado por conveniencia por el sistema jurídico. La ventaja radica en la posibilidad de imputarles –dicho conjunto de normas– actos de ejercicio de derechos y cumplimiento o incumplimiento de obligaciones. Esta técnica, de todas formas, podría ser omitida aunque agregándole un alto grado de

[29] Véase *Trustees of Darmouth College v. Woodward*, 17 US 518, 636 (1819).

[30] Véase Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 10, p. 228.

[31] Véase Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 26.

[32] Véase Riles, Annelise, "Too Big to Fail", en Edwards, Jeanette y Petrovic-Steger, Maja (eds.), Recasting Anthropological Knowledge, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 34

complejidad a cada referencia ya que habría que referenciar directamente a cada una de las personas que la componen (y a cada uno de ellos en su debida medida).

Kelsen reniega de la idea de que los derechos subjetivos son anteriores al derecho objetivo[33] y esto le permite eliminar las diferencias entre las personas físicas y las jurídicas para el derecho. La única diferencia que resta es referencial, ya que en el caso del conjunto de normas que tratan de una persona física la referencia es hacia una persona individual mientras que en el caso de personas jurídicas la referencia suele dirigirse a un conjunto de personas.[34]

Las relaciones jurídicas dentro de la teoría kelseniana se dan a través de un conjunto de normas relacionándose con otro conjunto de normas.[35] La relación principal se da originalmente entre el orden legal general (el estado) y el orden legal parcial (la sociedad comercial). En esta relación, el estado delega ciertas capacidades, potencialidades y obligaciones en cada persona jurídica. Al mismo tiempo, es una responsabilidad de la sociedad comercial, en tanto orden jurídico parcial, completar quienes serán las personas que ejercitarán los derechos y deberes.[36]

La teoría de Kelsen estableció una nítida estructura lógica para entender a las personas jurídicas (incluyendo a las personas físicas en lo que respecta a su accionar jurídico). De todas formas, dos aspectos centrales van en detrimento de la teoría de Kelsen. Por un lado, Kelsen fuerza el lenguaje al predicar acciones de un conjunto de normas. Por otro lado, difícilmente podamos comprender lógicamente cómo a un conjunto de normas se le imputan derechos y deberes, cuando estos derechos y deberes derivan a su vez del conjunto de normas.[37]

5. *La teoría constructivista de Hart*

Las teorías anteriores representan esfuerzos ontológicos notables. Sin embargo, no todos comparten la utilidad o el sentido de dicho esfuerzo. De hecho, para Hart dicho esfuerzo está mal orientado, ya que la definición de persona jurídica no tiene que ver con su esencia sino con el significado de

[33] Véase Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 26.
[34] Véase Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 10, p. 229.
[35] Véase Riles, Annelise, op. cit., nota 32, p. 35
[36] Véase Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 26.
[37] Véase Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 10, pp. 230-231.

las palabras.[38] El significado de persona jurídica refiere entonces para Hart, y a diferencia de las teorías anteriores, a una construcción lógica que cumple funciones dentro del lenguaje jurídico.[39]

Hart cree que no tiene sentido preguntarse por cosas o hechos que denoten a la persona jurídica. Lo que se debe hacer es realizar un esfuerzo por entender la función que cumple el concepto de persona jurídica en los distintos enunciados. En esos enunciados habrá referencias a normas, a aserciones y a conclusiones de derecho.[40] El concepto de persona jurídica en ese marco cumplirá entonces una función adscriptiva de derechos y obligaciones a determinados sujetos.

La teoría de Hart es notoriamente distinguible de las anteriores. Difiere fundamentalmente de las negacionistas al reconocer la existencia de las personas jurídicas. A la existencia de un ente real con características empíricas no verificables (como proponen las teorías realistas) le opone una teoría en base a construcciones lógicas. Difiere de las teorías de la ficción en tanto no hay nada fingido en la personalidad jurídica, sino una significación funcional. Y, por último, es distinta de la teoría kelseniana en tanto no hay una necesidad de encontrar la definición en conjuntos normativos.[41]

Como puede apreciarse, la teoría constructivista lógica de Hart evita muchos de los problemas que se le pueden achacar al resto de las teorías, que de acuerdo a Hart caen en la trampa de la búsqueda ontológica. Sin embargo, es precisamente allí donde se encuentran las virtudes teóricas de la idea hartiana que podemos encontrar las debilidades de esta propuesta. Específicamente, la idea de una construcción lógica le resta contenido contingente al concepto de persona jurídica. Y esta ausencia de contenido se suple de una manera circunstancial al buscarse la función que cumple el concepto de persona jurídica dentro de los distintos enunciados. De hecho, esta forma de definirlo nos brinda un grado de flexibilidad tal que no sólo ahueca al concepto sino que también deja indefinido el contorno.

Leído a su mejor luz, podría sostenerse que dada la cantidad y diversidad de personas jurídicas existentes, dicha flexibilidad es mucho más una ventaja que un problema, ya que dentro de la categoría "persona jurídica" encontramos entes tan diversos como una sociedad comercial, una entidad religiosa o un estado soberano. Pero aun si esto fuera cierto, en el caso

[38] Véase Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 26, citando a Pintore, Anna, "Il concetto di persona giuridica nell´indirizzo filosofico analitico".

[39] Véase Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 10, p. 232.

[40] Véase Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, nota 26.

[41] Véase Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 10, p. 231.

específico de las sociedades comerciales encontramos el mismo grado de potencial flexibilidad dentro de una diversidad mucho menor. El reconocimiento de este punto allana el camino a un entendimiento interdisciplinario del concepto de sociedad comercial, donde la definición pueda ser acotada a las necesidades de este tipo de entidad. Es por esto que resulta de especial interés buscar el complemento con las ideas provenientes del enfoque económico.

II. Teorías económicas de la firma

El derecho comenzó a preguntarse acerca del significado de persona jurídica, y por añadidura de sociedad comercial, mucho antes de que la economía hubiera nacido como ciencia social.[42] De hecho, el interés de la economía por la pregunta acerca de qué constituye una firma –una suerte de equivalente económico del concepto jurídico "sociedad comercial"– no tiene más de 75 años. Los economistas no se interesaron por estudiar qué es la firma antes de ese momento, sino que centraron su atención en la firma como función de producción.[43] En ese entonces, la firma era una suerte de caja negra –nadie sabía bien lo que había dentro, o sea, lo que era– en donde se podía investigar ciertas peculiaridades relacionadas con la función de producción, tales como la economía de escala o la economía de alcance.[44] En lo que sigue, se describirán las dos principales teorías que surgieron al focalizarse la ciencia económica en la pregunta de qué es una firma (véase, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO).

1. *Teoría Coaseana de la firma*

Cuando en 1937 Ronald Coase escribe una de sus obras seminales, *La Naturaleza de la Firma*, abre una nueva línea de investigación académica en economía. Hasta ese momento se pensaba que la firma formaba parte de un *organismo*: el sistema económico. En palabras de J. A. Salter, "el sistema

[42] Tradicionalmente se asocia el nacimiento de la ciencia económica con la célebre obra de Adam Smith *La Riqueza de las Naciones*.

[43] Véase Winter, Sidney G., "On Coase, Competence, and the Corporation", *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 4, núm. 1, 1988, p. 164.

[44] Véase Milgrom, Paul R. y Roberts, John, *Economics, Organization & Management*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1992, pp. 73-77.

económico se trabaja a sí mismo... No necesita de control central para operar… La oferta se ajusta a la demanda y la producción al consumo, mediante un sistema que es automático, elástico y eficaz".[45]

El sistema al que Salter hacía referencia no era otro que el basado en el mecanismo del precio. Este mecanismo, básico para la ciencia económica, permite asignar recursos entre distintos usos de una manera eficiente dado que permite que las personas intercambien bienes y servicios en función de pensar que el precio de un bien esta por encima o por debajo de su propia valuación de ese bien o servicio. Es decir, si alguien considera que un determinado bien es más valioso que el precio que tiene, lo adquirirá; y si alguien considera que un bien es menos valioso que el precio que tiene lo venderá. En otras palabras, el precio funciona como un mecanismo de coordinación de tal forma de permitir que los recursos se asignen a quienes más los valoran.

El genio de Coase fue permitirse indagar si las firmas funcionan también en base a ese mecanismo. A su modo de ver, en una firma si un empleado deja de hacer una función *X* para pasar a realizar otra *Y* no es debido al mecanismo de precio. En el caso de las firmas, Coase advirtió la existencia de un segundo mecanismo de coordinación en juego: la autoridad. Es que las firmas son para Coase una especie de "islas de poder consciente"[46] basadas en un planeamiento central, no respondiendo necesariamente al mecanismo del precio.

Esta observación de Coase dejaba abierta una pregunta central: si el mecanismo de precio permite asignaciones eficientes de recursos, ¿por qué tenemos firmas reemplazando el mecanismo de precio? Coase advirtió algo novedoso: hay costos que surgen producto del uso del mecanismo de precio.[47]Esos costos fundamentalmente están relacionados a la averiguación de cuáles son los precios de los bienes que se desean adquirir, a la negociación de contratos distintos para cada transacción que se vaya a llevar adelante y a costos relacionados a realizar contratos de largo plazo.[48] La firma, al uti-

[45] Citado en Coase, Ronald H., "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, núm. 16, 1937, p. 387.

[46] *Ibidem*, p. 388.

[47] Coase realiza esta afirmación más allá de reconocer la existencia de otras razones – como fallas de mercado- por las que el mecanismo de precio no brinda la solución eficiente.

[48] Los costos de los contratos de largo plazo aparecen al realizar contratos que no prevéen todas las posibles contingencias, así como tampoco los cambios en las condiciones subyacentes, de tal manera de convertir en menos eficiente el acuerdo.

lizar a la autoridad como mecanismo alternativo de coordinación, permite evitar esos costos, dándole una razón sólida a su existencia.[49]

A Coase no se le escapó tampoco el hecho de que usar firmas como mecanismo de coordinación también puede conllevar un costo. Por ejemplo, al sumar transacciones dentro de una firma se empieza a perder la habilidad de poner los recursos al mejor uso. Es por ello que Coase planteó que la coexistencia temporal de ambos mecanismos de coordinación se explica en función de que las personas eligen usar aquel mecanismo de coordinación que brinde una eficiencia relativa mayor para la actividad que se quiera llevar adelante.

La teoría de Coase generó un antes y un después en la teoría económica de la firma. Los postulados de su teoría se mantuvieron como la norma de la ciencia económica por varias décadas. Quizá lo más trascendente de esta teoría fue postular la existencia de una diferencia desde el punto de vista económico entre la firma y el mercado, encontrando dicha diferencia en el concepto de autoridad. A partir de la teoría de Coase muchas preguntas quedaron de todas formas sin responder. Quizá las más importantes reflejaron la preocupación por entender entonces qué es esa autoridad que Coase dio por sobreentendida y por qué existe de manera diferente dentro de la firma. La siguiente evolución del concepto de firma para la teoría económica parte de este punto.

2. *Teoría del nexo de los contratos*

Las ideas de Coase se mantuvieron con relativa firmeza por varios años en parte gracias a haber mostrado que usar el mecanismo de mercado tiene un costo y que se pueden buscar alternativas que reduzcan esos costos. Las firmas para Coase cumplían esa función a través del uso del mecanismo de la autoridad. Es en 1972, 35 años después del trabajo de Coase, cuando los profesores Armen Alchian y Harold Demsetz consiguen avanzar en el entendimiento de qué es una firma.[50]

El principal problema que Alchian y Demsetz encontraron en la teoría de Coase radicaba precisamente en el concepto de autoridad. "Autoridad" es un concepto elusivo, y por ello Alchian y Demsetz decidieron preguntar-

[49] Esto más allá de que Coase reconociera que existen otros elementos exógenos que también llevan a crear firmas, como el diseño del sistema impositivo.

[50] Véase Alchian, Armen A. y Demsetz, Harold, "Production, Information Costs and Economic Organization", *American Economic Review*, vol. 62, núm. 5, 1972, pp. 777-795.

se acerca del contenido de esa autoridad llevado adelante tanto dentro como fuera de la firma. Para ellos, la autoridad dentro de una firma –en tanto función disciplinaria- opera de la misma manera que lo hace en el mercado. Cuando las personas contratan en el mercado, una de ellas puede "castigar" a la otra en caso de algún tipo de incumplimiento básicamente de dos maneras: a través de solicitar ayuda de las cortes para que se honre un acuerdo de intercambio, o a través de limitar futuros intercambios de tal forma de impedirle ganar en el futuro. Lo interesante, de acuerdo con Alchian y Demsetz, es que esto es exactamente lo que puede hacer un empleador con un empleado. Puede echar a un empleado (limitando los futuros intercambios) o hacerle juicio, de la misma manera en que uno puede "despedir" a su almacenero, al dejar de comprarle en el futuro, o hacerle juicio como consumidor por venderle, por ejemplo, productos defectuosos.

Un segundo contenido del concepto de autoridad es el de dirección –esto es, el poder de asignar a trabajadores a distintas tareas-. También aquí encuentran Alchian y Demsetz identidad entre la autoridad existente en el mercado y aquella disponible en la firma. Un consumidor tiene, en un sentido amplio, el poder de asignar a su almacenero a distintas tareas. Por ejemplo, el consumidor puede –eligiendo comprar un producto respecto de otro- asignar a su almacenero a la tarea de vender lo que sea que el consumidor pueda inducirlo a vender a un precio aceptable para ambos. Y aunque parezca contra-intuitivo, esto es precisamente todo lo que un empleador puede hacer frente a un empleado.[51] Quien administra, dirigiendo o asignando empleados a distintas tareas, está continuamente involucrado en renegociar contratos en términos que deben necesariamente ser aceptables para ambas partes. Decirle a un empleado que escriba esta carta en desmedro de que archive determinado documento es como decirle a mi almacenero que me venda este tipo de marca de atún en vez de aquel tipo de pan. No tengo contrato para seguir comprando del almacenero y tampoco el empleador y el empleado están obligados contractualmente a seguir con esta relación.

Al entender que aquí no hay diferencias entre el mercado y la firma, Alchian y Demsetz se concentraron en la idea de medición. En el mercado los problemas de medición se resuelven, tal como fuera expuesto anteriormente, a través del uso del mecanismo del precio. La utilización de este mecanismo de coordinación en general produce una correlación positiva importante entre productividad y recompensa; por ejemplo, a mayor productividad mayor recompensa. Sin embargo, existen muchas ocasiones

[51] *Ibidem*, p. 777.

en las que el mecanismo de precio no es lo suficientemente sutil como para evaluar de una manera precisa la productividad de los recursos y determinar entonces las recompensas. El problema surge porque en general el sistema de precios evalúa únicamente cada producto final y no le asigna un precio a cada uno de los recursos necesarios para llegar a producir cada producto final. Por ejemplo, el sistema de precios es adecuado para determinar el valor de cargar un conjunto de bultos a un camión, llevarlos y descargarlos en su destino, mas no nos dice nada acerca de cómo medir la contribución individual de cada persona (o, de forma general, de cada recurso) al producto que se obtenga. El problema es mayor en todos aquellos casos donde producir requiere de trabajo en equipo, ya que en estos casos el valor del producto final es mayor a la suma del valor de cada una de las partes.[52]

Es en estos casos donde Alchian y Demsetz encuentran la razón de ser de una firma: reemplaza al mecanismo de precio donde éste no funciona muy bien. Es decir, en aquellos casos donde el mecanismo de precio no es preciso a la hora de medir productividad y, por tanto, no es adecuado para establecer recompensas óptimas, la firma permite mejorar la situación. Para hacerlo la firma se instala como el *nexo de contratos* entre los participantes (proveedores, trabajadores, consumidores, etc.). La firma representa la contratación de todos los recursos y, a través de los mecanismos que establezca, controla el debido cumplimiento de lo pactado. En la medida de que esta tarea se realice eficientemente, la firma podrá generar una renta económica (típicamente conocido como el residual –aquello que queda después de pagar por el uso de todos los recursos-). El quid de una firma va a estar entonces en la habilidad de detectar, monitorear y medir esfuerzo, de tal manera de ajustar incentivos y recompensas de los miembros del equipo de una manera que permita crear valor.[53]

Entre los avances centrales que logró la teoría del nexo de los contratos se encuentra haber podido identificar aquellos elementos centrales de una firma. Para que exista firma entonces deben existir uno o más derechohabientes residuales (es decir, alguien que reciba la renta que se produce); los derechohabientes residuales o algún agente suyo deben poder observar el aporte de cada miembro al equipo de producción; los derechohabientes

[52] "What a team offers to the market can be taken as the marginal product of the team but not of the team members." *Ibidem*, p. 780.

[53] Véase Jensen, Michael C. y Meckling, William H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4, 1976, pp. 305-360.

residuales deben ser parte central y común a todos los contratos que se realicen; los derechohabientes deben tener el derecho de poder alterar la membrecía en el equipo; y, por último, deben poder vender aquellos derechos que definen al monitor –es decir, los derechos anteriormente enumerados–.

La teoría de la firma presentada por Alchian y Demsetz –y luego desarrollada más extensamente por Michael Jensen y William Meckling, entre otros– es la teoría más aceptada aún hoy en el mundo. Esta teoría rescató lo importante de la teoría de Coase –el buscar la diferencia entre el mercado y la firma–, pero desplazando el foco hacia la medición dentro de la firma. Dentro del ámbito del derecho, la teoría del nexo de los contratos también ha hecho una fuerte incursión. En el libro más importante de los últimos 30 años en derecho societario, Frank Easterbrook y Daniel Fischel utilizan esta teoría para describir y analizar los elementos más importantes de las sociedades comerciales.[54]

El relacionar la idea económica de la firma con el concepto de sociedad comercial permite bifurcar la interpretación del concepto firma. Por un lado, la idea original de la teoría del nexo de los contratos elaborada por Alchian y Demstez rechaza aquellas teorías que aceptan la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. La personalidad jurídica generalmente se deriva de los accionistas de la sociedad, pero para esta teoría los accionistas cumplen simplemente un rol similar al de cualquier otro contratante no-accionista. Todos los contratantes están atados por la red de contratos y obtienen de esa red sus derechos y obligaciones. El profesor Baimbridge lo describe así:

> La descripción contractualista [del nexo de los contratos] no se sostiene en un modelo pasado de moda de reificación de las sociedades comerciales, sino en el presupuesto de validez que una sociedad basada en el libre mercado le asigna a los acuerdos voluntarios.[55]

La segunda forma de entender la teoría del nexo de los contratos, y la que es aceptada con mayor frecuencia, es la que en la continuación del desarrollo de la idea de Alchian y Demsetz establecieron Jensen y Meckling. Estos académicos sostuvieron que la firma es una suerte de ficción legal: "Hay, en un sentido muy real, una multitud de relaciones complejas (*i. e.*

[54] Véase Easterbrook, Frank y Fischel, Daniel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Massachussetts, Harvard University Press, 1991.

[55] Véase Bainbriedge, Stephen M., "Book Review: Community and Statism: A Conservative Contractarian Critique of Progressive Corporate Law Scholarship", *Cornell Law Review*, vol. 82, 1997, pp. 856-904.

contratos) *entre la ficción legal (la firma)* y los inputs de los dueños del capital humano, materiales y recursos de capital y el output a los consumidores".[56]

Es importante sin embargo notar que para Jensen y Meckling el uso del concepto ficción legal no implicaba respaldarse en esa teoría en cuanto tal sino en la funcionalidad que la figura persona jurídica brindaba.[57]

Las razones por las cuales esta es la forma más aceptada de entender a la teoría del nexo de los contratos desde el punto de vista jurídico están relacionadas con la diferencia de criterio que existe entre los economistas y los juristas a la hora de entender el concepto de los contratos. Para los economistas los contratos tienden a ser relaciones caracterizadas por expectativas recíprocas y un comportamiento acorde.[58] En términos legales, un contrato es algo más preciso y acotado: un acuerdo de voluntades destinado a generar consecuencias jurídicas –reglar los derechos de las partes–.[59] Entonces, para un economista, los efectos jurídicos de un contrato no son necesariamente restricciones en sus teorías, mientras que para los juristas claramente lo son.[60]

Un ejemplo permitirá entender mejor la diferencia. Las legislaciones de los distintos estados regulan de manera diferente la cesión de créditos y la cesión de deudas. En cuanto a las primeras, típicamente se acepta que el nuevo acreedor (el cesionario) revestirá el carácter de tal frente al deudor cedido una vez que este último haya sido notificado.[61] En el caso de la cesión de deudas, no sólo se requiere la notificación al acreedor cedido, sino también su aceptación dado que para el acreedor cedido puede no ser indiferente respecto de quién es el deudor. Las firmas, en cuanto nexos de contratos, tienen muchas relaciones en las que o bien son acreedoras o bien son tanto deudoras como acreedoras. En todos estos casos, si no tenemos una firma que intermedie las relaciones jurídicas, si quisiéramos intercambiar derechos en el nexo de los contratos –uno de los elementos básicos que

[56] Véase Jensen, Michael C. y Meckling, William H., *op. cit.*, nota 53.

[57] En este sentido, es muy posible que Jensen y Meckling hubieran preferido usar el lenguaje hartiano de haberlo conocido en profundidad.

[58] Véase Hart, Oliver, "An Economist's Perspective on the Theory of the Firm", *Columbia Law Review*, vol. 89, núm. 7, 1989, p. 1764.

[59] Véase, por ejemplo, el artículo 1137 del codigo civil argentino, disponible en *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm*.

[60] Es importante destacar que a medida que el derecho y economía continua su desarrollo, los modelos tienden a ser mas realistas al incorporar entreotras cosas las restricciones que plantea el derecho.

[61] Véase, por ejemplo, artículo 1459 de codigo civil argentino, disponible en *http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloIV.htm*.

expusieron Alchian y Demsetz–, el acuerdo de todos aquellos que son acreedores, o sea, potencialmente todos los demás contratantes sería necesario. Y esto, aunque posible, es impracticable en sociedades comerciales complejas.[62] Al incorporar a la firma como nexo de las relaciones, limitamos de una manera muy importante este tipo de dificultad. Por ejemplo, si se quisiera vender la participación que un socio tuviera en una sociedad, no es necesario obtener la aceptación de alguno de los acreedores de la firma, dado que la firma misma no cambia.

La teoría del nexo de los contratos también tiene sus limitaciones. Una de las principales radica en la implausibilidad del supuesto de que todos los contratos de aquellos que se relacionan con las firmas son completos.[63] Por ejemplo, los profesores Fama y Miller han señalado que los bonistas en sociedades comerciales no están protegidos por sus contratos frente a toda eventualidad o riesgo que los accionistas elijan tomar.[64] Algo similar mostró el profesor Becker con relación a empleados que se especializan en ciertas tareas específicas de una firma.[65] Si los contratos no son completos entonces pueden existir otros beneficiarios residuales en la firma, aparte de los accionistas, y nuevos desarrollos serán necesarios para hacer aún más precisa la teoría.[66]

III. Conclusión

Definir la sociedad comercial no es una tarea sencilla. En parte al menos, la dificultad está dada por el hecho de enfrentarnos a un blanco móvil. Las

[62] Véase Hasmann, Henry y Kraakman, Reinier, "The Essential Role of Organizational Law", *The Yale Law Journal*, vol. 110, núm. 3, 2000, pp. 387-440.

[63] Un contrato completo es aquel que especifica las consecuencias legales de toda y cualquier situación que pueda ocurrir.

[64] Véase Fama, Eugene y Miller, Merton H., *The Theory of Finance*, Hinsdale, Dryden Press, 1972.

[65] Véase Becker, Gary S., *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, New York, National Bureau of Economic Research, 1964.

[66] Muchos investigadores han avanzado en esta dirección. Algunos dignos de mención son Grossman, Sanford J. y Hart, Oliver D., "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", *Journal of Political Economy*, 1986, vol. 94, núm. 4, 1986, pp. 691-719. Hart, Oliver y Moore, John, "Property Rights and the nature of the Firm", *Journal of Political Economy*, vol. 98, núm. 6, 1990, pp. 1119-1158. Rajan, Raghuram G. y Zingales, Luigi, "Power in a Theory of the Firm", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 113, núm. 2, 1988, pp. 387-402. Baker, George; Gibbons, Robert y Murphy, Kevin J., "Relational Contracts and the Theory of the Firm", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, núm. 1, 2002, p. 39.

sociedades comerciales evolucionan con el paso del tiempo de acuerdo a las necesidades e inventiva de aquellos que las conforman. Y esto sin duda limita la posibilidad de asir el concepto definitivamente.

El pensar el concepto interdisciplinariamente nos acerca a un mejor entendimiento. De hecho, nos permite avanzar desde aquel entendimiento meramente funcionalista, claramente expuesto por Hart pero también implícito en la teoría de la ficción, hasta un lugar desde el cual podemos entender mejor cuáles son las funciones de las sociedades comerciales. Comprender a las sociedades comerciales modernas sin estas herramientas nos llevará a un entendimiento parcializado y más proclive a error. Este capítulo tuvo como objetivo trabajar en la dirección interdisciplinaria y servir como punto de partida del estudio de las demás características de las sociedades comerciales.

IV. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

BLAIR, Margaret M. y ROE, Mark J. (eds.), *Employees and Corporate Governance*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 1999.

COASE, Ronald H., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 5a. ed., Boston, Pearson, 2008.

EASTERBROOK, Frank H. y FISCHEL, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

KRAAKMAN, Reinier R.; DAVIES, Paul; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; y ROCK, Edward B., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach,* Washington, D.C, New York, Oxford University Press, 2004.

CAPÍTULO 69

LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO LABORAL

Horacio SPECTOR*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *El argumento de la libertad.* III. *El argumento de la equidad y la justicia social.* IV. *El argumento de la no comercialización.* V. *El argumento del paternalismo.* VI. *El argumento de la igual autonomía.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho laboral es el resultado de la acción política y social del movimiento de la clase obrera. Mientras este movimiento comenzó sus primeras revueltas en la Europa del siglo diecisiete, recién fue capaz de organizarse como tal en el siglo diecinueve cuando las antiguas leyes que prohibían las asociaciones fueron derogadas.[1] Durante este período, ideólogos socialistas aportaron el sustrato intelectual para que el movimiento pudiera florecer.[2] Así, en Inglaterra, Robert Owen inspiró la base para el *Grand Nacional Consolidated Trades Union* en 1834, Ferdinand Lasalle fundó la *General German Worker's Union* en 1863, y en el año que siguió Karl Marx fue el actor principal en la creación de la *International Working Men's Association*, generalmente denominada *First International*.[3] Los gobiernos concedieron tanto reformas democráticas como de derecho laboral ante la presión que generaban los levantamientos, y hacia el final del siglo, cuando los partidos de la clase

* Profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella y Universidad de San Diego. Publicado originalmente en *Florida State University Law Review*, vol. 33, núm. 4, 2006, pp. 1119-1148. (Traducido al español por Julieta Dapero, estudiante de quinto año de derecho, Universidad Torcuato Di Tella).

[1] Abendroth, Wolfgang, *A Short History of the European Working Class*, trad. de Jacobs, Nicholas y Trench, Brian, London, New Left Books, 1972, p. 15.

[2] *Ibidem*, pp. 15-26.

[3] *Ibidem*, pp. 16, 32, 33 y 40.

obrera y los sindicatos consolidaron su poder, la legislación laboral e industrial representaba un rasgo esencial del derecho europeo.[4]

El surgimiento del derecho laboral americano también fue influenciado por ideas socialistas. Vale la pena citar a uno de los principales expertos en políticas laborales del período de entreguerra, Walton Hamilton, que fue el primer representante americano en la *International Labor Organization* (ILO) en 1935:

> La sabia organización de los asalariados, manteniendo su personal prácticamente intacto, imponiendo restricciones al ingreso a un oficio, utilizando la negociación colectiva para firmar contratos salariales y aprovechando los mementos favorables para presentar sus demandas, pueden asegurar a sus miembros los salarios más altos que pueden obtener.[5]

Hamilton abogaba por una reforma social que incluía, entre otras cosas, el control social del comercio.[6] Aun cuando Hamilton no era un profeso defensor del Marxismo, sus inclinaciones socialistas son indiscutibles. En efecto, Hamilton defendía la socialización de la propiedad corporativa:

> Si el conocimiento científico, los descubrimientos y los inventos se convierten en "propiedad pública" luego de un período de años, no parece existir motivo por el que las inversiones en el aparto de producción no deban convertirse en propiedad de la comunidad, cuando aquellos cuyos ahorros se utilizan para hacerlas posibles son debidamente resarcidos.[7]

Básicamente, el derecho laboral es una compleja serie de restricciones a la libertad de contratación en los mercados laborales. De acuerdo con la clasificación que efectúa Henry Farnam, dichas medidas legislativas se dividen en tres tipos diferentes: legislación laboral protectora, legislación distributiva, y legislación permisiva.[8] La legislación de protección incluye regulación obligatoria del contrato laboral, como leyes sobre el trabajo infantil, horas máximas de trabajo, salud y seguridad.[9] Hoy, este tipo de legislación también abarca la prohibición del acoso sexual y moral en el

[4] *Ibidem*, pp. 41-50.

[5] Hamilton, Walton y May, Stacy, *The Control of Wages*, New York, George H. Doran, 1923, p. 119.

[6] *Idem*.

[7] *Ibidem*, p. 68.

[8] McCurdy, Charles W., "The "Liberty of Contract" Regime in American Law", en Scheiber, Harry N. (ed.), *The State and Freedom of Contract*, Stanford, California, Stanford University Press, 1998, pp. 190 y 191.

[9] *Ibidem*, p. 190.

ámbito laboral, y la no-discriminación a la hora de contratar. La legislación distributiva busca influir en las condiciones del intercambio; por ejemplo, pago obligatorio en moneda de curso legal, leyes sobre salario mínimo, control de salarios, y garantías provisionales. La indemnización en los casos de despido sin causa es considerada generalmente como una medida distributiva, pero también se la puede considerar como parte de la legislación de protección cuando busca garantizar un trato humano e igualitario en el ámbito de trabajo. Finalmente, la legislación permisiva facilita la creación de instituciones para la acción obrera conjunta, la negociación colectiva y el arbitraje laboral.[10] El *National Labor Relations Acts* de 1935, también conocido como el *Wagner Act*, es el típico ejemplo.[11] Para permitir la acción sindical, estas medidas permisivas se encuentran generalmente acompañadas de excepciones en otras áreas del derecho, como la autorización para formar cárteles laborales en el derecho de defensa de la competencia o la excepción de boicoteos y piquetes sindicales en el derecho de responsabilidad civil.[12] Por ejemplo, el *Noris-La Guardia Act* de 1932 limitó la jurisdicción de las cortes federales para librar órdenes judiciales respecto de disputas laborales y demostraciones pacíficas.[13]

La literatura sobre los fundamentos filosóficos del derecho laboral es escasa; las contribuciones más interesantes se encuentran en obras que no se refieren específicamente al derecho laboral, sino que abordan temas más generales de filosofía política y moral. Teniendo en cuenta las raíces socialistas del derecho laboral, la escasez de obras filosóficas contemporáneas sobre derecho laboral es sorprendente.[14] En este artículo me concentro en los argumentos filosóficos relevantes para la justificación de las instituciones de derecho laboral. Debido a que estos argumentos surgen en el marco de debates filosóficos más abstractos, no se encuentran presentes en la literatura sobre derecho laboral. Consecuentemente, este artículo también tiene

[10] *Ibidem*, p. 191.

[11] National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §§ 151-167 (2000).

[12] Norris-La Guardia Act, 29 U.S.C. § 101 (2000).

[13] Forbath, William E., *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 158-166; y Silverstein, Eileen, "Collective Action, Property Rights and Law Reform: The Story of the Labor Injunction", *Hofstra Labor Law Review*, vol. 11, núm. 1, 1993, p. 108.

[14] Si bien hay pocas obras teóricas sobre derecho laboral, éstas generalmente desarrollan menos argumentos filosóficos que consideraciones económicas y legales. Ver Estreicher, Samuel y Schwab, Stewart J. (eds.), *Foundations of Labor and Employment Law*, New York, Foundation Press, 2000; Davies, Anne C.L., *Perspectives on Labor Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, y, Alston, Philip, *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

como objetivo la fusión de la literatura filosófica y de derecho laboral. En algunos casos también debo incluir obras económicas. De hecho, mientras que algunos argumentos filosóficos son insensibles a cuestiones económicas, otros argumentos dependen en mayor medida de presupuestos económicos; en estos casos la discusión respecto de dichos presupuestos es inevitable.

El presente artículo se centra en la discusión de cinco argumentos filosóficos: (1) el argumento de la libertad positiva y la libertad real, (2) el argumento de la equidad y la justicia distributiva, (3) el argumento de no-comercialización, (4) el argumento del paternalismo, y (5) el argumento de la igual autonomía. Trato de mostrar que los tres primeros argumentos son defectuosos por distintas razones. En cambio, el argumento del paternalismo y el argumento de la igual autonomía ofrecen un enfoque teórico sólido respecto del derecho laboral. Ambos argumentos permiten justificar regulaciones que caen dentro de la legislación de protección. Mientras que el argumento del paternalismo permite justificar regulaciones no coercitivas del contrato de trabajo para evitar que los trabajadores cometan errores de decisión sistemáticos (por ejemplo, subestimar los riesgos de salud), el argumento de la igual autonomía justifica las cláusulas obligatorias no dinerarias que buscan proteger a los trabajadores como agentes autónomos.

El enfoque de derecho laboral desarrollado en este artículo es en cierta medida revisionista. Así, el enfoque muestra que ciertas instituciones de derecho laboral no están necesariamente justificadas. Por ejemplo, la negociación colectiva obligatoria no es justificable en mercados laborales competitivos. Por consiguiente, esta postura puede ser impugnada sosteniendo que no justifica las instituciones que aconseja revisar. Mi respuesta es señalar que toda disposición de filosofía normativa es en cierta medida revisionista. Por lo tanto, un hipotético crítico debería sostener un argumento sólido para demostrar que el debate desarrollado en este artículo es erróneo. En ausencia de tal argumento, el enfoque desarrollado en el presente artículo debería guiar una futura reforma de derecho laboral.[15]

II. El argumento de la libertad

[15] Este es un artículo filosófico. Por lo tanto, no analizo la política económica de la reforma de derecho laboral.

1. *Libertad Positiva*

El surgimiento del derecho laboral fue más fácil en Europa que en América. De hecho, durante la época de la Reconstrucción, la ideología de la libertad laboral impedía la intromisión legislativa en el contrato de trabajo. Consecuentemente, las leyes que establecían el día laboral legal de ocho horas permitían la contratación externa, y las cortes examinaban la legislación de responsabilidad laboral más detalladamente que las demás regulaciones comerciales. Como McCurdy sostiene:

> El carácter especial del contrato de trabajo en el derecho americano es el resultado de una ideología de "libertad laboral" que casi todos los norteños- republicanos y demócratas, trabajadores y empleadores- consideraron como una expresión del orden social distintivo del norte desde los años 1840 hasta 1870.[16]

Según McCurdy, la misma ideología tuvo influencia durante la era Lochner, cuando la Corte Suprema rechazó leyes que establecían horas máximas obligatorias[17] y legislación que prohibía los contratos *yellow-dog*.[18] Al mismo tiempo, defensores de la legislación social, como Richard Ely, defendían esas leyes sobre la base de la libertad positiva y la justicia social.[19]

Durante el siglo diecinueve, utilitaristas británicos defendían la concepción hobbesiana de libertad como la ausencia de interferencia externa. Así, Jeremy Bentham apoyaba una concepción claramente negativa de la libertad: "Todas las normas coercitivas, por lo tanto… y en particular todas las leyes que crean libertad, son, en lo que a ellas respecta, derogatorias de la libertad".[20] La libertad positiva surgió como un concepto alternativo al de libertad durante los debates de reforma social en Inglaterra. De hecho, durante las últimas décadas del siglo, neo-hegelianos comenzaron a adoptar ideales de libertad moral, es decir, concepciones morales de libertad positiva como la realización y desarrollo personal.[21] T. H. Green fue el principal defensor de esta línea de pensamiento. En su *Discurso sobre Legisla-*

[16] McCurdy, Charles W., *op. cit.*, nota 8, p. 167.

[17] *Ibidem*, pp. 179-180. Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

[18] Aquellos contratos en los que el empleado acepta no pertenecer a un sindicato. McCurdy, Charles W., *ibidem*, p. 167. Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908).

[19] McCurdy, Charles W., *ibidem*, pp. 180-181.

[20] Bentham, Jeremy, *Anarchical Fallacies,* en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, Bristol, Thoemmes Press, 1995, p. 503.

[21] Para un estudio útil de estos conceptos, ver Nicholls, David, "Positive Liberty", *American Political Science Review,* vol. 56, núm. 1, 1962, pp. 114-128.

ción Liberal y Libertad Contractual, Green define libertad positiva como una capacidad moral individual:

> Todos deberíamos probablemente coincidir en que la libertad, correctamente entendida, es la mayor de las bendiciones; y su consecución es el verdadero objetivo de todos nuestros esfuerzos como ciudadanos. Pero cuando consecuentemente hablamos de libertad, debemos considerar cuidadosamente a qué nos referimos con ella. No significa meramente libertad de restricción y coacción. No significa meramente libertad de hacer lo que queremos independientemente de qué es aquello que queremos. No significa libertad de la que pueda gozar un individuo o grupo de individuos a costa de la pérdida de libertad por parte de otros. Cuando hablamos de libertad como algo que debe ser altamente valorado, hablamos de *un poder positivo o capacidad de hacer o disfrutar algo que merece la pena hacer o disfrutar,* y algo que, a su vez, hacemos o disfrutamos en conjunto con otros. Hablamos de un poder que cada individuo ejerce a través de la ayuda o seguridad que le transmiten sus conciudadanos, y que él a su vez ayuda a asegurar a los demás.[22]

Green considera que la libertad positiva debe ser necesariamente distribuida en forma igualitaria, y se niega "a atribuir la gloria de la libertad a un estado en que la aparente elevación de unos pocos se basa en la degradación de la mayoría"; en este sentido, Green considera que las sociedades modernas son superiores a las antiguas repúblicas.[23] Para Green, la libertad contractual es instrumentalmente valiosa para el "desarrollo igualitario de las habilidades de todos":

> Si he dado una verdadera descripción de aquella libertad que representa el objetivo del esfuerzo social, deberíamos notar que la libertad contractual, libertad en todas sus formas de hacer lo que uno quiere con uno mismo, es valiosa únicamente como un medio para un fin. Ese fin es lo que denomino libertad en un sentido positivo: en otras palabras, la liberación igualitaria de los poderes de todos los individuos para contribuir a un fin común.[24]

Green acepta la proposición económica de que el trabajo es un bien intercambiable, pero que como se trata de un bien tan íntimamente relacionado con "la persona del hombre", ciertas restricciones legales son necesarias para asegurar que los contratos de trabajo no impidan que los trabajadores se conviertan en "libres contribuyentes al bien social".[25] El contrato

[22] Green, T.H., *Lecture on Liberal Legislation and Freedom of Contract*, Nettleship, R.L. (ed.), *Works of Thomas Hill Green*, London, Longmans, Green, and Company, 1891, pp. 370 y 371.

[23] *Ibidem*, p. 372.

[24] *Idem*.

[25] *Ibidem*, p. 373.

de trabajo puede obstaculizar la libertad positiva igualitaria de diversas maneras:

> Esto ocurre claramente cuando el hombre negocia condiciones de trabajo perjudiciales para la salud, por ejemplo en una fábrica sin ventilación. Todo daño a la salud del individuo es, en lo que a ellos respecta, un daño público. Es un impedimento a la libertad general; tanta deducción de nuestro poder, como miembros de la sociedad, para hacer lo mejor de nosotros mismos. Por lo tanto, la sociedad se encuentra en su derecho cuando limita la libertad contractual en lo que hace a la oferta de trabajo, siempre y cuando se limite mediante normas que representen regulaciones sanitarias de fábricas, talleres y minas. También se encuentra en su derecho cuando prohíbe el trabajo de mujeres y niños luego de determinado horario. Si trabajan pasadas esas horas, el resultado demostrado es la deterioración física, que, como se demuestra, acarrea una disminución de las fuerzas morales de la sociedad. Para resguardar esa libertad general de sus miembros de hacer lo mejor de ellos mismos, que es el objetivo que la sociedad civil debe asegurar, una prohibición debe ser impuesta por la ley, que representa la voz deliberada de la sociedad, sobre todos aquellos contratos de trabajo que en general producen dicho resultado.[26]

Concepciones morales de libertad positiva, como la de Green, pueden contribuir al totalitarismo, como lo demuestra Isaiah Berlin en su famoso *Two Concepts of Liberty*.[27] Si bien Berlin estaba comprometido con el liberalismo de bienestar social, se oponía a la idea de libertad positiva, particularmente en su variante moral neo-hegeliana.[28] Berlin trata de explicar cómo una defensa equivocada de la libertad puede conllevar la abolición de la libertad, obviamente teniendo en cuenta las experiencias autoritarias de Alemania y Rusia.[29] Berlin resalta que la libertad positiva es a menudo un arma peligrosa en manos de regímenes autoritarios, dado que sugiere la idea de un "yo" dividido en dos: un "yo real o superior" y un "yo inferior", siendo que el primero gobierna al segundo.[30] Esto permite sostener que la coerción totalitaria no sólo es compatible con la libertad, sino que es una condición necesaria de ella, siempre y cuando la coerción se encuentre dirigida al "yo" inferior como medio de alcanzar una completa manifestación del "yo" superior.[31] Lo que Berlin intenta hacer es delimitar el espacio correcto de la libertad, en contraposición a la igualdad y otros valores políticos. De hecho, defiende una teoría pluralista de valores, que garantiza

[26] *Idem*.

[27] Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969, p. 118.

[28] *Idem*.

[29] *Ibidem*, p. 119.

[30] *Ibidem*, p. 132.

[31] *Idem*.

trabajo y legislación social.[32] La crítica de Berlin, dejando de lado sus connotaciones metafísicas, se reduce a una advertencia respecto de la seria amenaza que implica investir al gobierno, en nombre de la libertad positiva, de poderes discrecionales.

En teoría política contemporánea, un cierto número de marxistas y liberales defienden generalmente concepciones no morales de libertad positiva que también pueden servir de base a la legislación laboral.[33] Para estos autores, la libertad implica la posesión de oportunidades, opciones y poderes, o el ejercicio de esos poderes. En líneas similares, Amartya Sen sostiene que el bienestar debe ser entendido como un conjunto de libertades sustantivas o "capacidades".[34] Este autor se vale del concepto de *functionings*, las distintas cosas que un individuo puede tener razones para ser o hacer.[35] La libertad como capacidad connota la idea de una gama de opciones, o *alternative combinations of functionings*, que una persona puede alcanzar.[36] Concentrándose en los derechos laborales, Simon Deakin ha sostenido recientemente que el enfoque de las capacidades de Sen puede "aportarnos un marco normativo de referencia a través del cual comparar distintas propuestas".[37] Deakin argumenta que los derechos sociales, al igual que los derechos civiles y políticos, son instituciones creadas para incrementar las capacidades de los ciudadanos.[38]

A diferencia de la concepción moral de libertad de Green, el enfoque de las capacidades es básicamente una postura de políticas públicas, y su afirmación de fundamentar la legislación laboral se basa en proposiciones empíricas. Sin embargo, la justificación del derecho laboral que se basa en

[32] *Ibidem*, p. 171.

[33] Crocker, Lawrence, *Positive Liberty: An Essay in Normative Political Philosophy*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1980; Gewirth, Alan, *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982; y, Macpherson, C.B., "Berlin's Division of Liberty", en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 95-119.

[34] Sen, Amartya, "Capability and Well Being", en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 30.

[35] *Ibidem*, p. 31.

[36] Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 75-76; Sen, Amartya, *The Standard of Living*, Hawthorne, Geoffrey (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1987; Sen, Amartya, *op. cit.*, nota 34, p. 31; Sen, Amartya, "Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures", *The Journal of Philosophy*, vol. 82, núm. 4, 1985, pp. 169-221.

[37] Deakin, Simon, "Social Rights in a Globalized Economy", en *Labour Rights as Human Rights*, *op. cit.*, nota 14, p. 19.

[38] *Idem*.

las capacidades es implausible como teoría filosófica dado que les asigna una importancia decisiva a las consecuencias económicas. De esta manera pasa a ser una cuestión contingente si la legislación laboral incrementa la libertad positiva o, en cambio, la reduce. Por ejemplo, una ley de salario mínimo puede reducir las capacidades de los trabajadores al aumentar el desempleo. La noción de capacidades es demasiado amplia como para identificar nuestras inquietudes fundamentales de derecho laboral, dado que abarca casi todas las consecuencias económicas. Lo que necesitamos es un enfoque filosófico al derecho laboral capaz de mostrar que, incluso si determinada legislación laboral es perjudicial para el bienestar o las capacidades, aún merece nuestra lealtad.

2. *Libertad Real*

Si bien existen varias doctrinas filosóficas sobre el fundamento moral de las obligaciones contractuales, está ampliamente aceptado que los contratos son vinculantes (únicamente) si son consentidos voluntariamente (libremente).[39] Consecuentemente, la ley establece las amenazas coercitivas y la coacción económica como razones que excluyen la voluntariedad.[40] Dado que el contrato de trabajo usualmente comienza con la oferta por parte del empleador, no parece haber coerción involucrada en este contrato. Aunque tanto las amenazas como las ofertas tienen influencia motivadora sobre el agente, hay una diferencia fundamental entre amenazas y ofertas. Mientras que una amenaza disminuye el rango de opciones de la víctima, una oferta incrementa ese rango.[41] Las ofertas laborales parecen estar exentas de cualquier cargo de carácter coercitivo dado que incrementan el menú de opciones de los trabajadores. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Hay ofertas que disminuyen el rango de opciones del receptor; algunas de ellas son coercitivas, otras no. Charles Fried ofrece un par de casos claros:

> [Caso A]: Un estudiante de piano que ha ofrecido recitales anuales gratuitos en la iglesia del pueblo durante muchos años anuncia que en adelante cobrará una tasa.
> [Caso B]: Un periodista emprendedor descubre que un profesor de filosofía moral fue condenado por malversación años atrás. Propone publicar este hecho en una crítica al

[39] Ferriell, Jeffrey y Navin, Michael, *Understanding Contracts*, New York, LexisNexis, 2004, pp. 519 y 520.

[40] *Ibidem*, pp. 529, 530 y 533-536.

[41] Spector, Horacio, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 18.

> nuevo libro del profesor, a menos que el profesor prometa pagarle varios miles de dólares.[42]

Fried sostiene que la única manera de caracterizar ofertas coercitivas es recurriendo a un criterio moral.[43] De esta forma, dice que una propuesta no es coercitiva cuando ofrece lo que el proponente tiene derecho a ofrecer o no según elija.[44] Es coercitiva si propone una injusticia; de lo contrario, es no-coercitiva.[45] Así, la propuesta del pianista es no-coercitiva, mientras que la del periodista es coercitiva.

Desde un punto de vista legal, las ofertas laborales no violan los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, deben ser consideradas como no-coercitivas. Considere un caso de coacción económica, también propuesto por Fried:

> [Caso C]: Un pequeño constructor especializado en reparaciones exteriores ofrece trabajos de bajos salarios a hombres jóvenes en un período de alto desempleo. Explica que el trabajo es peligroso y que él posee limitadas herramientas de seguridad y coberturas de seguro. Cada empleado firma una aceptación del riesgo de trabajo y renuncia a cualquier eventual demanda por daños.[46]

No se trata de un caso ficticio. De hecho, las renuncias a indemnizaciones por daños eran comunes en los contratos de trabajo de ferrocarril cuando las primeras leyes de responsabilidad de los empleadores dejaron sin efecto la *fellow servant rule* (el empleador no se hace responsable por daños que un trabajador le ocasionó negligentemente a otro). Algunos académicos del derecho considerarían la oferta de trabajo del constructor como coercitiva. El filósofo político Gerald Cohen sostiene la misma postura. Arguye que cuando un trabajador no tiene una alternativa aceptable o razonable a la aceptación de un trabajo peligroso, se ve obligado a aceptarlo.[47] Cohen, de hecho, sostiene una tesis más general; a saber, que todas las ofertas de trabajo bajo un régimen capitalista son coercitivas dado que los proletarios, considerados conjuntamente, no son libres para abandonar la

[42] Fried, Charles, *Contract as Promise*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981, p. 96.

[43] *Ibidem*, pp. 96-98.

[44] *Idem*.

[45] *Idem*.

[46] *Ibidem*, p. 104.

[47] Cohen, Gerald A., "Are Disadvantaged Workers Who Take Hazardous Jobs Forced to Take Hazardous Jobs?", en *History, Labour, and Freedom: Themes from Marx*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 241 y 242.

clase trabajadora y convertirse en propietarios privados de capital.[48] Siguiendo a Marx, Cohen sostiene que, así como los esclavos y los siervos feudales, los proletarios se encuentran obligados a vender su fuerza de trabajo a los capitalistas a través de contratos de trabajo.[49] Ante estas circunstancias, el derecho laboral podría cumplir una función correctiva y de transición- mientras subsista el capitalismo- para mejorar los efectos de los que Cohen denomina "*proletarian unfreedom*".[50]

Robert Nozick niega que los trabajadores que aceptan los trabajos menos atractivos lo hagan bajo coerción.[51] Da un ejemplo original.[52] Suponga que hay veintiséis mujeres y veintiséis hombres, cada uno de los cuales desea estar casado. Nombremos a las mujeres de la A a la Z y a los hombres de la A' a la Z'. Dentro de cada grupo, las personas comparten sus preferencias. Todas las mujeres prefieren A' a B', B' a C', y así sucesivamente, y todos los hombres prefieren A a B, B a C, y así sucesivamente. Suponga que todos proceden a elegir parejas hasta que nos quedamos con Z y Z', quienes de acuerdo con las elecciones de los otros veinticinco tienen sólo una opción: casarse con el otro o permanecer soltero. Si finalmente se casaran, ¿sería el matrimonio no-libre? A pesar de las dura situación que enfrentan Z y Z', Nozick sostiene que el matrimonio es voluntario, dado que los otros veinticinco actuaron de acuerdo con sus derechos. En líneas similares, sostiene Nozick, si el trabajador Z se enfrenta a la opción de trabajar o morir de hambre y elige trabajar, trabaja voluntariamente. Si bien carece de una alternativa más atractiva, dicha escasez de opciones se debe a que otras personas han ejercido legítimamente sus derechos.

Tanto Fried como Nozick defienden una concepción moral de la coerción. Esta concepción sostiene que los contratos de trabajo son voluntarios incluso cuando los trabajadores carecen de alternativas aceptables. Cohen rechaza esta postura dado que implica que un criminal encarcelado, suponiendo que el encarcelamiento es justificable, no se encuentra obligado a estar en prisión.[53] Esto es anti-intuitivo. Incluso si el uso de la fuerza física

[48] Cohen, Gerald A., "The Structure of Proletarian Unfreedom", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 1, 1983, pp. 3-33.

[49] Cohen, Gerald A., "Labour Theory of Value and the Concept of Exploitation", en *op. cit.*, nota 47, pp. 209 y 233-235.

[50] Cohen, Gerald A., "The Structure of Proletarian Unfreedom" en *op. cit.*, nota 47, pp. 255-285.

[51] Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, p. 262.

[52] *Ibidem*, pp. 263 y 264.

[53] Cohen, Gerald A., *op. cit.*, nota 48, p. 4. Para una crítica del argumento de Cohen, ver Gray, John, "Against Cohen on Proletarian Unfreedom", *Post-liberalism: Studies in Political Thought*, New York, Routledge, 1993, p. 123.

es, por definición, una forma de coerción, no diríamos que un abogado defensor realiza una oferta coercitiva cuando ofrece a un criminal liberarlo bajo fianza a cambio de que se declare culpable.[54] Es así que no considero que el ejemplo de Cohen refute el análisis Nozick-Fried de coerción. De hecho, los marxistas no necesitan adoptar una definición neutral amoral de coerción para sostener que las ofertas laborales son coercitivas. Conforme al marxismo, la propiedad privada de los medios de producción es moralmente indefendible.[55] Si los empleadores no poseen el derecho de controlar los medios de producción o el derecho de controlar las ganancias que resultan del control exclusivo de tales medios, las ofertas laborales que realizan a los trabajadores que no poseen propiedad son coercitivas. El carácter coercitivo de las ofertas laborales radica entonces en la teoría moral de derechos de propiedad subyacente que uno adopte.

Cuando el argumento marxista de que los contratos de trabajo son coercitivos refleja una crítica general al derecho capitalista, prueba más de lo necesario a nuestros objetivos. No justifica verdaderamente el derecho laboral, sino más bien la supresión total de la propiedad privada y los contratos privados. Por lo tanto, existen buenas razones para rechazar una concepción amplia de coerción. Por supuesto, no se puede negar el hecho de que ciertas ofertas laborales, realizadas en condiciones específicas como el ejemplo del pequeño constructor de Fried, son coercitivas. De acuerdo con un criterio moral de coerción, para sostener esto podemos decir, por ejemplo, que un trabajador tiene un derecho inalienable a obtener una indemnización por daños negligentes. Pero una vez que aceptamos este análisis, el rol de la coerción se vuelve confuso. En primer lugar, si el contrato es coercitivo, ¿por qué no deberíamos declararlo nulo e inválido? Esta sería la respuesta natural frente a un contrato involuntario. En segundo lugar, si la objeción moral al contrato es que vulnera el derecho inalienable del trabajador de recibir compensación por daños negligentes, parecería que el resto de los contratos, hechos en presencia de más alternativas de elección, también serían cuestionables. Esto muestra que, si bien algunos contratos específicos pueden ser cuestionados como coercitivos, bajo una concepción moral de coerción lo relevante son los principios morales que refuerzan dicha concepción. Por lo tanto, las duras condiciones que rodean a la transacción del pequeño constructor permiten explicar por qué el trabajador está dispuesto

[54] Para un excelente debate sobre coerción, ver Wertheimer, Alan, *Coercion*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1987.

[55] Cohen, Gerald A., *op. cit.*, nota 49, p. 235.

a aceptar un contrato tan gravoso, pero no constituyen el motivo por el que el contrato es desmesurado. El motivo debe buscarse en algún otro lado.

III. El argumento de la equidad y la justicia social

Parece natural observar al derecho laboral como una herramienta de la clase trabajadora en su lucha para obtener el valor pleno de su contribución al producto social. El retrato socialista del derecho laboral es optimista dado que observa al derecho laboral como un intento de reducir el carácter abusivo del sistema capitalista. Pero hay también una concepción socialista cínica del derecho laboral. Estos socialistas preferirían tomar al derecho laboral como un mecanismo estratégico adoptado por las clases dirigentes y sus aliados políticos para calmar el descontento social y apaciguar el ímpetu revolucionario de la clase trabajadora. Resulta obvio que únicamente la postura optimista permite ofrecer una justificación del derecho laboral; la concepción cínica desprecia cualquier tipo de justificación.

¿Existe una teoría de explotación plausible de derecho laboral? En su versión tradicional, el argumento marxista sobre la explotación capitalista se basa en la teoría laboral del valor.[56] Para Marx, el valor es una propiedad objetiva de todo bien.[57] El valor intercambiable de los bienes en el mercado se explica por su costo de producción, lo que Marx denomina el "tiempo de trabajo socialmente necesario" para producirlos.[58] El trabajo en sí tiene un valor de intercambio (a saber, el salario) que se explica por la cantidad de trabajo necesaria para "producir" la fuerza de trabajo.[59] Pero los trabajadores crean valor agregado que se encuentra incorporado a los bienes que producen y que explica su respectivo valor de intercambio (a saber, el precio); este valor agregado es la plusvalía.[60] Por lo tanto, bajo el sistema capitalista, la cantidad de trabajo que un trabajador dedica al proceso productivo para ganar su salario es mayor que la cantidad de trabajo incorporado a los bienes que puede comprar

[56] *Idem*.

[57] *Ibidem*, p. 209.

[58] *Idem*.

[59] *Ibidem*, p. 210.

[60] Ekelund, Robert B. y Hebert, Robert F., *A History of Economic Theory and Method*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1990, pp. 270-272.

con ese salario.[61] Para Cohen, esta transferencia de valor de los trabajadores a los capitalistas constituye explotación, porque mayor valor se intercambia por menos valor. Cohen expone su argumento de la siguiente manera:

(1) El trabajo y sólo el trabajo crea valor.
(2) El trabajador recibe el valor de su fuerza de trabajo.
(3) El valor del producto es mayor que el valor de su fuerza de trabajo.
(4) El trabajador recibe menos valor del que crea.
(5) El capitalista recibe el valor restante.
(6) El trabajador es explotado por el capitalista.[62]

Este argumento queda expuesto a muchas objeciones. En primer lugar, es importante destacar que la acusación de explotación sólo tiene fuerza normativa si asumimos un ideal de equidad que condena el intercambio inequitativo. Si bien algunos intérpretes consideran que Marx evitó una teoría normativa de la justicia, la apelación a la explotación para criticar al capitalismo y justificar el socialismo o intervenciones en el mercado supone que la explotación es incorrecta o injusta. Incluso si los Marxistas no avalan una teoría de la justicia, deben sostener algún ideal de equidad si el concepto de explotación busca cumplir un propósito normativo. Sin embargo, el argumento no explica por qué, incluso si el capitalista expropia la plusvalía, el contrato de trabajo implica un intercambio desigual. El capitalista paga un salario por la mano de obra, y este salario es, por hipótesis, igual al valor de esa mano de obra. Debido a que el trabajador no vende el producto sino únicamente su fuerza de trabajo, el hecho de que el producto proporcione un excedente no implica que el capitalista explote al trabajador. La existencia de un excedente no es inconsistente con la igualdad de intercambio que existe entre mano de obra y salario.

Otra objeción es que el argumento supone una teoría absoluta de valor inconsistente con la teoría neoclásica tradicional. Como Robert Nozick convincentemente expresa: "La explotación marxista es la explotación de la falta de comprensión sobre economía de la gente".[63] Ofrece un ejemplo simple: Suponga que una persona trabaja sobre algo absolutamente inser-

[61] Cohen, Gerald A., "The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 8, núm. 4, 1979, p. 342.

[62] *Idem.* Para una exposición formal de la explotación de Marx, ver Roemer, John E., *General Theory of Exploitation and Class*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982.

[63] Nozick, Robert, *op. cit.*, nota 51, p. 262.

vible que nadie desea. Por ejemplo, pasa horas haciendo eficientemente un gran nudo; nadie más puede hacerlo tan rápidamente. ¿Este objeto será valuado según las horas empleadas?[64]

En un equilibrio competitivo neoclásico, a los trabajadores se les paga un salario que es equivalente al valor marginal del producto que producen. Dado que la productividad marginal determina el precio del trabajo, la explotación sólo puede tener lugar cuando los trabajadores no son retribuidos con el valor pleno de su producto marginal.

En vista a la caída de la teoría laboral de valor, los marxistas generalmente adoptan una de las siguientes dos estrategias: (a) eliminan la idea de explotación del lugar predominante que ocupa en el marxismo, o (b) intentan explicar que la explotación puede ser entendida sin la teoría laboral de valor. John Roemer adopta la primera estrategia.[65] Sostiene que la injusticia distributiva en la titularidad de los activos de producción, en lugar de la explotación, es el concepto central para una construcción contemporánea del marxismo.[66] Cohen toma el segundo camino. Sostiene que el argumento de la explotación puede ser construido sobre la base de dos proposiciones obvias:

(1') El trabajador crea el producto, que posee un valor, y
(2') El capitalista recibe parte del valor del producto.[67]

A diferencia de la premisa (1), la premisa (1') no presupone la teoría laboral del valor. Esto es cierto, pero es dudoso que la acusación de intercambio inequitativo pueda realizarse contra los antecedentes de la teoría neoclásica de valor. El trabajador "crea", más bien produce, un bien y es retribuido el valor de su contribución marginal medida según el precio del bien. ¿Por qué sería esto un intercambio "que favorece la desigualdad"? Por otra parte, si bien el capitalista recibe parte del valor del producto, como sostiene la premisa (2'), esto no necesariamente es contrario a la equidad. Tal como han sostenido Israel Kirzner y N. Scott Arnold, las ganancias capitalistas derivan de decisiones de inversión tomadas en circunstancias de riesgo e incertidumbre.[68] La contribución del capitalista puede

[64] *Ibidem*, p. 259.

[65] Roemer, John E., "Should Marxists be Interested in Exploitation?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, núm. 1, 1985, pp. 30-65.

[66] *Ibidem*, p. 32.

[67] Cohen, Gerald A., *op. cit.*, nota 49, pp. 213 y 214.

[68] Kirzner, Israel M., *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, p. 86. Arnold, N. Scott, "Why Profits Are Deserved", *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987, pp. 387-402.

adoptar distintas formas: funciones de gestión, descubrimiento de ineficiencias, habilidades empresariales, y así sucesivamente. Mientras que el capitalista como capitalista únicamente aporta capital en el proceso productivo pero no mano de obra, el capitalista también es un emprendedor cuyos recursos productivos deben ser retribuidos equitativamente.

El argumento de la explotación puede ser mejor atendido dejando de lado los conceptos marxistas de economía y apelando a las teorías neoclásicas de explotación. La explotación no puede tener lugar en mercado competitivos, porque, en una situación ideal de competencia perfecta, la curva de demanda de un producto y la curva de oferta de trabajo son perfectamente elásticas; consecuentemente, los agentes económicos no tienen el poder de fijar precios o salarios. Cada productor puede vender cualquier cantidad de un bien al precio competitivo, y cada empleador puede contratar mano de obra al salario competitivo. Sin embargo, la capacidad de fijar precios y salarios, es decir, la capacidad de negociación, sí existe en mercados de competencia imperfecta. Joan Robinson ha discutido dos clases principales de explotación laboral en su libro *The Economics of Imperfect Competition*.[69] Robinson distingue estas clases como resultantes de (1) las condiciones de monopolio del mercado para el producto e (2) imperfecciones en el mercado laboral.[70] Robinson denomina a lo primero "explotación monopolística" y a lo segundo "explotación monopsonística".[71] La explotación monopolística ocurre porque, bajo condiciones de monopolio, el ingreso marginal es (no igual sino) menor que el precio, dado que la firma no puede discriminar precios y, consecuentemente, debe bajar los precios de toda su producción para vender más unidades.[72] Esto significa que el trabajador produce una unidad adicional cuyo (nuevo) precio es mayor que el ingreso marginal que esta unidad genera. Dado que el salario se determina en base al ingreso marginal (y no al precio), los trabajadores reciben un salario que es menor al valor de su producto marginal.[73]

La explotación monopsonística típicamente tiene lugar cuando hay un solo empleador para una determinada cantidad de mano de obra. En este caso, el empleador se enfrenta a una curva de oferta de trabajo ascendiente

[69] Robinson, Joan, *The economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan & Co, 1946, p. 281. Para una breve exposición, ver Ekelund, Robert B. y Hebert, Robert F., *op. cit.*, nota 60, pp. 502-507.

[70] Robinson, Joan, *ibidem*, p. 283.

[71] *Ibidem*, pp. 281 y 292.

[72] *Idem*.

[73] *Ibidem*, pp. 293-294.

y, por lo tanto, debe pagar salarios más altos para contratar más trabajadores.[74] Esto significa que el costo marginal del trabajo excede al salario. El empleador contratará mano de obra hasta el punto en que el ingreso marginal del producto sea igual al costo marginal.[75] Dado que el salario que se paga es menor que el ingreso marginal del producto, hay explotación. En este caso, una ley de salario mínimo podría aumentar las tasas de salarios y, al mismo tiempo, aumentar el empleo.[76]

John Kenneth Galbraith rechazó nociones técnicas de competencia imperfecta para comprender la sindicalización, pero a pesar de ello defendió a los sindicatos bajo un capitalismo industrial en línea con el pensamiento de Robinson. Para Galbraith, las asociaciones de trabajadores pueden operar como "poderes compensatorios". [77] Esto significa que los sindicatos pueden ser un *proxy* a la competencia económica bajo condiciones de poder de mercado para controlar el poder de las corporaciones. Enfocándose en la industria siderúrgica americana, Galbraith sostuvo, "[e]l poder económico que el trabajador enfrentaba en la venta de su trabajo- la competencia de muchos vendedores lidiando con pocos compradores- hizo necesario que se organizara para su propia protección".[78]

El caso de Galbraith para los sindicatos –por ejemplo, los *United Steel Workers*– puede ser reinterpretado como la postura según la cual, bajo condiciones de monopsonio, la negociación colectiva es necesaria por motivos de equidad para reducir la cantidad de excedente que se les extrae a los trabajadores asalariados. Debido a que la negociación colectiva corrige las desigualdades en el poder de negociación entre empleadores y trabajadores, es natural pensar que la legislación sindical facilita una distribución más justa del excedente del trabajo. Sin embargo, incluso si la sindicalización puede promover la equidad en la negociación, podría ser contraproducente en términos de una justicia distributiva global. Como es sabido, la legislación sindical permite la creación de cárteles que monopolizan la mano de obra y aumenta su precio. De hecho, como sostiene Mancur Olson, los sindicatos típicamente mantienen los salarios por encima de los niveles competitivos evitando transacciones mutuamente beneficiosas entre los desempleados involuntarios y

[74] *Ibidem*, pp. 294 y 295.

[75] *Ibidem*, p. 295.

[76] *Ibidem*, p. 285.

[77] Galbraith, John Kenneth, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Miffin Co., 1952, pp. 114 y 115.

[78] *Idem*.

los empleadores.[79] Debido a que los sindicatos ocasionan inflexibilidad salarial, producen desempleo cuando una caída en la demanda tiene lugar. Esto probablemente perjudique la distribución de recursos y la justicia social. Vale la pena tener en cuenta otros efectos negativos. La rigidez de los salarios puede agravar o acelerar las crisis económicas, un resultado usualmente trágico desde el punto de vista de la justicia social. Daniel Kahneman y Amos Tversky han notado una asimetría psicológica: las pérdidas generan más aversión que ganancias anticipadas objetivamente equivalentes.[80] Bajo ciertas condiciones, esta asimetría puede exacerbar la rigidez salarial que producen los sindicatos. Sesgados por la aversión a las pérdidas de los trabajadores, los sindicatos pueden impedir eficientemente recortes en los salarios nominales incluso cuando esto es necesario para evitar un cataclismo económico que causaría disminuciones de los salarios reales mucho más serias, tanto para trabajadores sindicalizados como para no sindicalizados. La mega crisis argentina del 2001 ejemplifica esta idea.

Puede pensarse que la desigualdad en el poder de negociación también impide que los trabajadores obtengan condiciones contractuales justas, como condiciones de salud y seguridad o protección contra el despido sin causa. La idea es que estas cláusulas no son aceptadas voluntariamente por empleadores y trabajadores dado que los empleadores tienen mayor poder de negociación que los trabajadores. El poder de negociación desigual también podría garantizar la regulación del contrato de trabajo. Pero, tal como sostiene Duncan Kennedy, "incluso un monopolista tiene interés en ofrecer concesiones contractuales si los compradores le pagarán por sus costos, más lo que pueda obtener en ganancias por el costo de oportunidad de su capital".[81] Los monopolistas no modifican los términos contractuales sino que ajustan cantidad y precio. Consecuentemente, el poder de negociación asimétrico no impide la libre negociación de un término o condición que el empleador esté dispuesto a pagar. Ian Ayres y Stewart Schwab extienden esta tesis al monopsonio laboral: "En un mercado laboral que funciona correctamente, los empleadores proporcionarán todos los benefi-

[79] Olson, Mancur, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1982, p. 201.

[80] Kahneman, Daniel y Tversky, Amos, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", Econometrica, vol. 47, núm. 2, 1979, pp. 263-292. Ver también Kahneman, Daniel, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", *Journal of Political Economy*, vol. 98, núm. 6, 1990, pp. 1325-1348.

[81] Kennedy, Duncan, "Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", *Maryland Law Review*, vol. 41, 1982, p. 608.

cios y protecciones que los trabajadores estén dispuestos a pagar".[82] Por lo tanto, el poder de negociación desigual no permite justificar los términos no monetarios obligatorios en los contratos de trabajo. Mientras que consideraciones relacionadas con el monopsonio pueden justificar regulaciones salariales, son irrelevantes para justificar la regulación de los términos del contrato de trabajo.

La medida en que los modelos de Robinson o Galbraith describen mercados reales es una cuestión empírica. Los economistas generalmente sostienen que, en ausencia de restricciones legales, esto es, cuando no hay barreras a la entrada, los monopolios no pueden sobrevivir a las fuerzas de mercado en el largo plazo. La capacidad del modelo de monopsonio para reproducir mercados reales es más difícil de evaluar. Los economistas laborales discrepan en su entendimiento de los mercados laborales en las economías desarrolladas contemporáneas. Mientras que la mayoría de ellos generalmente recurre al modelo competitivo o a *noncompetitive "matching" models*, Alan Manning ha sostenido recientemente que la curva de oferta de trabajo a las empresas es generalmente inelástica. Manning sostiene que las empresas típicamente fijan los salarios y que el modelo de monopsonio debe ser sustituido por *"matching" models* más sofisticados para explicar distintas características de los mercados de trabajo.[83]

Empleadores y trabajadores usualmente enfrentan altos costos de recontratación y reubicación, respectivamente. Cuando esto ocurre, la situación puede ser analizada como un monopolio bilateral, que da lugar a un incremento en el poder de negociación a ser dividido entre las dos partes. Richard Epstein ha analizado este problema específico.[84] Dado el monopolio bilateral, puede pensarse que, bajo el acuerdo de voluntades, el empleador se apropiará del mayor excedente en las negociaciones. Esto podría proporcionar una base teórica para la regulación laboral. Sin embargo, Epstein sostiene que esta preocupación de distribución tiene un alcance muy limitado, dado que el trabajador no puede ser ubicado por debajo del salario competitivo; la única pregunta es, ¿cuánto de un salario supracompetitivo podrá apropiarse el trabajador? Epstein sostiene que los costos

[82] Ayres, Ian y Schwab, Stewart, "The Employment Contract", *Kansas Journal of Law and Public Policy*, vol. 8, 1999, p. 71.

[83] Manning, Alan, *Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2003.

[84] Epstein, Richard A., "In Defense of the Contract at Will", *The University Of Chicago Law Review*, vol. 51, núm. 4, 1982, pp. 947-982.

sociales de cualquier medida adoptada para corregir la distribución del excedente transaccional serán mayores que la magnitud del excedente.[85]

Las ideas precedentes muestran que mientras la legislación sindical puede contribuir a la equidad en la negociación en mercados laborales no competitivos, también puede afectar la justicia social bajo ciertas nociones plausibles de justicia social. Considere la teoría de la justicia de Rawls como ejemplo. Rawls establece que las desigualdades económicas sólo se justifican si favorecen a los más desaventajados.[86] En la teoría de Rawls, las participaciones individuales se expresan en términos de bienes primarios, definidos como bienes que son necesarios para implementar cualquier concepción de buena vida.[87] Ahora bien, en términos de dos bienes primarios de Rawls, ingresos y autoestima, los desempleados son lo más desaventajados. Dados los efectos económicos de la formación de cárteles en el mercado laboral, la legislación sindical puede resultar injustificable de acuerdo con la teoría de justicia de Rawls.

Un argumento similar se aplica a las regulaciones salariales. Anthony Kronman sostiene que cualquier sistema de derecho contractual que requiera voluntariedad para la exigibilidad de los contratos garantiza alguna forma de justicia distributiva dado que distingue entre formas legítimas e ilegitimas de obtener ventajas.[88] Contrariamente a Rawls, quien excluye la regulación de las transacciones individuales del ámbito de la justicia distributiva, Kronman sostiene que las leyes de derecho contractual, incluidas aquellas que rigen los contratos de trabajo, deben ser ideadas para lograr la redistribución de riqueza requerida por nuestros principios de justicia.[89] Así sostiene, "Las leyes de salario mínimo… intentan asegurar una distribución justa de la riqueza entre trabajadores y empleadores especificando, en parte, las condiciones sobre las que los trabajadores pueden contratar para vender su trabajo".[90] Como sostuve anteriormente, cuando la curva de oferta de trabajo no es perfectamente elástica, una ley de salario mínimo puede promover la equidad en la negociación. Pero esto no implica que las

[85] *Ibidem*, p. 976; Epstein, Richard A., *Liberating Labour: The Case for Freedom of Contract in Labour Relations*, St. Leonards, NSW, Center for Independent Studies, 1991.

[86] Rawls, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge Mass., Harvard University Press, 1999, p. 13.

[87] *Ibidem*, pp. 78-80.

[88] Kronman, Anthony, "Contract Law and Distributive Justice", *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 3, 1980, p. 474.

[89] *Ibidem*, pp. 474 y 475.

[90] *Ibidem*, p. 499.

leyes de salario mínimo sean generalmente efectivas para lograr justicia social, por ejemplo, beneficiando a los más desaventajados.

Las consecuencias exactas de las leyes de salario mínimo sobre la justicia social permanecen inciertas. Por ejemplo, Michael Trebilcock ha sostenido que las leyes de salario mínimo no pueden influir en el balance general de beneficios entre trabajadores y empleadores.[91] En su opinión, tanto en contextos de competencia como de monopolio, estas leyes probablemente perjudiquen a los trabajadores.[92] De hecho, si el salario mínimo excede al salario competitivo, causará desempleo. Esto no es más que una proposición novelística sobre economía. Tal como sostiene John Stuart Mill en *Principles of Political Economy*, "No es nada fijar un mínimo de salarios, a menos que exista una disposición de que el trabajo, o salarios al menos, sea accesible a todos aquellos que lo solicitan".[93] Mill agrega, "Estas consecuencias han sido señaladas tan clara y frecuentemente por autores de renombre, en escritos conocidos y accesibles, que su desconocimiento por parte de personas educadas ya no es más excusable".[94]

Indudablemente, el derecho laboral puede ser visto como un intento de distribuir riqueza de acuerdo con algún ideal de justicia social. Mientras que bajo condiciones especiales de monopsonio, la legislación sindical y las leyes de salario mínimo pueden mejorar los efectos de la desigualdad en el poder de negociación y promover la equidad en la negociación, estas medidas son en general perjudiciales para la justicia social global. No hay duda de que, dado un conflicto entre la equidad en la negociación y la justicia social, ésta última debe prevalecer. Podemos concluir que la equidad en la negociación o bien no puede justificar algunas instituciones de derecho laboral (la "legislación de protección" de Farnam) o entra en conflicto con la justicia social cuando la justificación de otras instituciones está en juego ("legislación distributiva" y "legislación permisiva").

IV. El argumento de la no comercialización

La idea de que ciertos bienes se encuentran fuera del comercio se remonta a Kant: "En el reino de los fines todo tiene o bien un *precio* o una *dignidad*.

[91] Trebilcock, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993, pp. 250-253.

[92] *Idem*.

[93] Mill, John Stuart, *Principles of Political Economy*, Ashley, William J. (ed.), London, Longmans, Green & Co., 1929, L. 2, cap. 12, § 1.

[94] *Ibidem*, L. 2, cap.12, § 2.

Todo lo que tenga un precio puede ser reemplazado por otra cosa como *equivalente*. Aquello que a diferencia se eleva por encima de todo precio y no admite equivalente tiene una dignidad".[95]

Si determinados bienes no tienen un equivalente intercambiable, es decir, un precio, no son un *commodity*. ¿El trabajo es un producto? El *Clayton Act* de 1914 declaraba que "el trabajo de un ser humano no es un producto o un artículo del comercio".[96] Luego de la Primera Guerra Mundial, el principio de que el trabajo no es un producto también pasó a ser parte del Estatuto Laboral del Tratado de Versalles.[97] Según David Beatty, el trabajo no es un producto porque, además de sus funciones productivas, les da a las personas un sentido de identidad y propósito, permitiéndoles asegurar su amor propio y autoestima.[98] Por lo tanto, Beatty rechaza la regla del *common law* por la que el contrato de trabajo puede ser unilateralmente concluido por el empleador mediando un preaviso razonable.[99] Esta regla fracasa en capturar la dimensión personal del trabajo. Para evitar la comercialización contractual del trabajo, el derecho laboral debería prohibir el despido sin justa causa.

Si bien los principales elementos del concepto de no comercialización del derecho laboral ya se encontraban presentes en el ensayo de Beatty, fue Margaret Jane Radin quien ubicó este concepto dentro de una teoría general de la no comercialización en el derecho.[100] Radin sostiene que algunos bienes no deben ser separados de las personas por medio de la comercialización en el mercado.[101] La razón es que esos bienes no deberían ser tratados como productos.[102] Por ejemplo, Richard Titmuss sostuvo que la sangre humana no debería ser asignada a través del mercado.[103] Según Radin, la no comercialización es el fundamento moral de la inalienabilidad de mercado.[104] Distingue entre la no comercialización total o parcial.[105] Algu-

[95] Kant, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, Hill, Jr., Thomas E. y Zweig, Arnulf (eds.), trad. de Zweig, Arnulf, New York, Oxford University Press, 2002, p. 235.

[96] Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. § 17 (2000).

[97] Beatty, David M., *Labour is not a Commodity*, en Reiter, Barry J. y Swan, John (eds.), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 324.

[98] *Ibidem*, p. 325, núm. 21.

[99] *Ibidem*, p. 328.

[100] Radin, Margaret Jane, "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 8, 1987, pp. 1849-1937.

[101] *Ibidem*, pp. 1905-1906.

[102] *Ibidem*, p. 1907.

[103] *Ibidem*, p. 1913.

[104] *Ibidem*, pp. 1908 y 1909.

[105] *Ibidem*, pp. 1917-1921.

nas cosas, como los productos para el consumo, son completamente comercializables. Otras, como los bebés, son completamente no comercializables. Y muchas cosas pueden comercializarse pero no completamente, porque se encuentran en cierta medida dentro del mercado y en cierta medida fuera del mercado.

Radin interpreta al derecho laboral en términos de la idea de comercialización incompleta:

> Aunque el trabajo no ha sido completamente excluido del comercio, se puede comercializar en forma incompleta a través de la negociación colectiva, los requerimientos de salario mínimo, las limitaciones de horas máximas, las exigencias de salud y seguridad, el seguro contra el desempleo, los beneficios de jubilación, la prohibición del trabajo infantil, y las exigencias de no discriminación.[106]

Radin piensa que el objetivo del derecho laboral es evitar el daño a la identidad humana causado por la completa comercialización del trabajo que resultaría de legalizar la completa autonomía de la voluntad en los contratos. Para apoyar su concepto de trabajo, se inspira en Marx y Hegel. Así, cita a Marx diciendo:

> El trabajador se convierte en un producto cada vez más barato cuantos más productos cree. Con el *creciente valor* del mundo de las cosas procede en una proporción directa la *devaluación* del mundo de los hombres. El trabajo produce no sólo productos, se produce a sí mismo y al trabajador como un *commodity*- y hace esto en la proporción en que generalmente produce los *commodities*.[107]

Esta declaración de Marx resuena la distinción de Kant entre precio y dignidad. Radin también cita a Hegel intentando justificar el trabajo asalariado en contraposición a la esclavitud:

> A los productos individuales de mi habilidad física y mental particular y de mi poder para actuar los puedo enajenar a alguien más y puedo darle el uso de mis capacidades por un período restringido, porque, *sobre la fuerza de esta restricción, mis habilidades adquieren una relación externa con la totalidad y universalidad de mi ser.* Enajenando todo mi tiempo, cristalizado en mi trabajo, y en todo lo que produzco, estaría haciendo de la propiedad de otro la sustancia de mi ser, mi actividad y actualidad universal, mi personalidad.[108]

[106] *Ibidem*, p. 1919.
[107] *Ibidem*, pp. 1871 y 1872
[108] *Ibidem*, p. 1894.

Radin acusa a Hegel de confundir la distinción interno/externo con la división total/parcial.[109] Incluso si el trabajador no vende todas sus habilidades, sus habilidades son inherentes a su persona.[110] Según Radin, Hegel reconoce la categoría normativa de la imposibilidad de medición, pero la subordina a una agenda de mercado que lo conduce a aceptar la externalidad del trabajo humano.[111]

¿Es plausible el argumento de la imposibilidad de medición? Trataré de mostrar que debe ser rechazado recurriendo a la aplicación que hace Elizabeth Anderson al caso comercial de la maternidad subrogada.[112] Utilizando el principio de que el trabajo de las mujeres no es un *commodity*, Anderson sostiene que hay una "comercialización inaceptable" de las capacidades reproductivas de las mujeres en la maternidad subrogada.[113] Una de las afirmaciones de Anderson es muy ilustrativa de su postura general: "Tratar el trabajo de la mujer como sólo otro tipo de proceso productivo comercial vulnera los valiosos lazos emocionales que la madre puede justa y adecuadamente establecer con su 'producto', el hijo, y de ese modo viola sus pretensiones de retribución".[114]

¿Cuáles son las implicancias legales de la postura de comercialización de la maternidad subrogada de Anderson? Ella comienza, "Como mínimo, los contratos de maternidad subrogada no deberían ser ejecutables".[115] Las conclusiones paralelas con respecto a los contratos de trabajo deberían ser: "Los contratos de trabajo no deberían ser ejecutables." Pero Anderson no se conforma con la no exigibilidad. Continúa, "[c]onsidero que estos argumentos apoyan la conclusión más fuerte de que los contratos comerciales de subrogación deberían ser ilegales, y que las agencias de subrogación que arreglan estos contratos deberían ser susceptibles de sanciones penales".[116] En la misma línea, los contratos de trabajo deberían ser ilegales y las empresas que buscan contratar trabajadores deberían ser procesadas penalmente. En vez de una justificación del derecho laboral, el argumento apoya la criminalización del trabajo asalariado.

[109] *Ibidem*, pp. 1894-1897.

[110] *Idem*.

[111] *Idem*.

[112] Anderson, Elizabeth S., "Is Women's Labor a Commodity?", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, núm. 1, 1990, pp. 71-92.

[113] *Ibidem*, p. 71.

[114] *Ibidem*, p. 82.

[115] *Ibidem*, p. 87.

[116] *Idem*.

Podría argumentarse que, a diferencia de la maternidad subrogada, el trabajo es parcialmente comercializable. Sin embargo, Radin deja en claro que la inalienabilidad es una estrategia para eliminar mercados.[117] La comercialización incompleta no se justifica por sí misma, sino más bien por su posible efecto dominó.[118] Por lo tanto, el argumento de la no comercialización no puede aportar una justificación del derecho laboral basada en principios.

Sin embargo, suponga, a modo de ejemplo, que el trabajo merece ser parcialmente comercializable. ¿Esto es mejor? El problema ahora es que no hay una correlación sistemática entre grados de comercialización y grados de restricción a la libertad contractual. En los extremos la correlación es clara. Así como la completa comercialización se encuentra correlacionada con la libertad contractual, la prohibición penal es la contrapartida de la no comercialización. Pero carecemos de un criterio para proporcionar a la "comercialización parcial" algún tipo específico de regulación laboral. Por ejemplo, ¿cómo debemos emparejar la comercialización parcial con los salarios mínimos? Si el precio no es una respuesta adecuada al trabajo, ¿hacemos mejor en fijar el precio por ley?

V. El argumento del paternalismo

John Stuart Mill sostuvo en *On Liberty* que las personas deben ser legalmente libres para vivir sus vidas como consideren conveniente mientras que no dañen a otros.[119] Este postulado es el núcleo del liberalismo. Por lo tanto, el paternalismo es generalmente considerado como contrario a la autonomía individual y la libertad de elección. Sin embargo, Mill era consciente de que algunas formas de paternalismo pueden reconciliarse con el principio de libre elección. Por ejemplo, Mill sostuvo que impedir que una persona cruce un puente inseguro no constituye una interferencia paternalista, porque la persona, de ser consultada, seguramente consentiría que se le impida arriesgar su vida.[120] En líneas más generales, Mill sostuvo que ciertos tipos de interferencia estatal en las elecciones de los individuos son llevados a

[117] Radin, Margaret Jane, *op. cit.*, nota 100, p. 1850.

[118] Para una crítica de la postura de Radin, ver Mack, Eric, "Dominos and the Fear of Commodification", en Chapman, John W. y Pennock, J. Roland (eds.), *Markets and Justice*, New York, New York University Press, 1989, p. 198.

[119] Mill, John Stuart, *Utilitarianism*, *On Liberty*, *Essays on Bentham*, Warnock, Mary (ed.), Glasgow, Collins, 1962, p. 135.

[120] *Ibidem*, p. 229.

cabo para el bien de los individuos sin menoscabar la libertad individual.[121] La legislación de horas máximas es un ejemplo. Mill sostiene que estas medidas son "necesarias, no para rechazar el juicio de los individuos respecto de su propio interés, sino para darle efecto a ese juicio: siendo ellos incapaces de darle efecto excepto por medio de acuerdo, acuerdo que no puede ser efectivo a menos que tenga la validez y sanción de la ley".[122] En la jerga económica contemporánea, estas intervenciones son dirigidas a evitar problemas de acción colectiva. Estos problemas típicamente surgen en situaciones de dilema de prisionero.[123] Para ilustrarlo, Mill menciona leyes que disminuyen la cantidad de horas de trabajo.[124] Obviamente, una disminución legal de las horas de trabajo tiene propiedades de bien público en relación con el grupo de trabajadores asalariados.

Las intervenciones estatales destinadas a corregir discordancias entre la racionalidad individual y colectiva en situaciones de dilema de prisionero no transmiten un mensaje ofensivo o humillante. Cuando el gobierno obliga a un individuo a seguir la regla de maximización de eficiencia, no dice, "Mi juicio es superior al tuyo", sino más bien algo como, "De acuerdo con las ciencias sociales ampliamente aceptadas, los agentes individuales racionales seguirán estrategias que perjudican sus preferencias individuales tal como las ven." No es en base a una suposición de irracionalidad o falta de competencia que el gobierno toma estas medidas, sino más bien sobre una suposición de que los individuos son *plenamente racionales*. Simplemente porque los individuos actúan de acuerdo con postulados de la racionalidad individual, en ciertas ocasiones fracasarán en obtener aquellos resultados que son racionales desde una perspectiva colectiva.

La visión de Mill del paternalismo justificable depende de una divergencia entre la racionalidad individual y grupal, pero un argumento generalizado basado en las limitaciones de la racionalidad humana podría justificar otras formas benignas de paternalismo. Gerald Dworkin ha sugerido que las intervenciones "paternalistas" pueden ser defendidas sobre la base

[121] Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 93, L. 5, cap. 11, § 11.

[122] *Ibidem*, L. 5, cap. 11, § 12.

[123] La literatura sobre el dilema de prisionero es abundante. Ver Kavka, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986, pp. 109-110; Schmidtz, David, *The Limits of Government: An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder, CO, Westview Press, 1991, pp. 55-79, y Hardin, Garrett, "The Tragedy of the Commons", *Science*, vol. 62, núm. 3859, 1968, pp. 1243-1248.

[124] Mill, John Stuart, *op. cit.*, nota 93, L. 5, cap.11, § 12.

de limitaciones sistemáticas de capacidades cognitivas y emocionales.[125] Da el ejemplo de la elección de Ulises de ser atado al mástil, que se basó en su predicción de que de lo contrario se rendiría ante el canto de las Sirenas.[126] Podemos comparar la postura de Dworkin con la de Mill utilizando nociones económicas. Mientras que Mill estaba preocupado por el dilema de prisionero, el fracaso de la racionalidad individual, Dworkin busca justificar algunas intervenciones paternalistas en lo que Herbert Simon denominó "racionalidad limitada".[127] En línea con la visión de Mill, la postura de Dworkin sobre el paternalismo no es inconsistente con los principios del liberalismo dado que apela al consentimiento: "Bajo ciertas condiciones, es racional que los individuos acepten que otros deberían obligarlos a actuar de maneras que, al momento de la acción, los individuos pueden no considerar deseables".[128] Dworkin sugiere un *test* de "consentimiento hipotético" para evaluar interferencias "paternalistas":

> Sugiero que dado que todos somos conscientes de nuestras tendencias irracionales- deficiencias en las capacidades cognitivas y emocionales e ignorancia evitable e inevitable- es racional y prudente para nosotros sacar pólizas de seguro social. Podemos discutir a favor y en contra de medidas paternalistas propuestas, según lo que individuos plenamente racionales aceptarían como formas de protección.[129]

El test de Dworkin se basa en un "consentimiento hipotético individualizado".[130] Lo que el test requiere es una averiguación contra fáctica, qué habría consentido el agente intervenido. Una cuestión difícil es seleccionar el grupo de elecciones sobre el que restricciones paternalistas pueden ser justificadas apelando al consentimiento racional hipotético: "Sugiero que pensemos a la imposición de interferencias paternalistas en este tipo de situaciones como un tipo de póliza de seguro que sacamos contra la toma de decisiones que son de gran alcance, potencialmente peligrosas, e irreversibles".[131] Por lo tanto, los contratos de trabajo que comprometen la salud y la seguridad de los trabajadores pueden ser sujetos a regulación paternalis-

[125] Dworkin, Gerald, "Paternalism", en Sartorius, Rolf (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 19.

[126] *Ibidem*, p. 29.

[127] Simon, Herbert A., "Bounded Rationality", en Eatwell, John, Milgate, Murray y Newman, Peter (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Londres, Palgrave Macmillan, 1987, p. 266.

[128] Dworkin, Gerald, *op. cit.*, nota 125, p. 29.

[129] *Idem*.

[130] Tomo este rótulo de VanDeVeer, Donald, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds of Benevolence*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986, p. 75.

[131] Dworkin, Gerald, *op. cit.*, nota 125, p. 31.

ta. Desde este punto de vista, la legislación laboral paternalista no se opone a las libres elecciones. Por el contrario, el consentimiento racional hipotético sólo aprobaría restricciones que aumentan la autonomía: "Sugiero que más probablemente consentiríamos el paternalismo en aquellos casos en que conserva y aumenta la habilidad de los individuos para analizar y llevar a cabo racionalmente sus propias decisiones".[132]

A diferencia de Dworkin, otros autores apoyan políticas paternalistas invasivas en el derecho contractual.[133] Por ejemplo, Duncan Kennedy sostiene que las condiciones obligatorias pueden remediar la "falsa conciencia", que cubre diversas cosas como la subestimación del riesgo, el aumento de la tasa de descuento, la confianza injustificada en el comportamiento futuro de otros, y una apreciación equivocada de las consecuencias a largo plazo de relaciones de obediencia.[134] Kennedy sostiene,

> A las cortes que utilizan la doctrina de la lesión les gusta fundar sus decisiones en el poder de negociación desigual… Pero es con frecuencia obvio que se encuentran preocupados no por el poder sino por la ingenuidad, o por la falta de habilidad para hacer cálculos inteligentes sobre lo que uno puede gastar con su presupuesto.[135]

En estos casos, "el que toma las decisiones debe colocar al beneficiario bajo su protección y decirle lo que puede y no puede hacer".[136] Kennedy retrata a los individuos de una forma que resulta irrespetuosa de su autonomía. Analizando errores cometidos por pequeños inversores, escribe:

> Todos sabían que de lo que realmente se trataba era codicia, incredulidad, optimismo incurable, el anhelo del jugador, el atractivo de algo por nada, todo seguido de la adicción al teletipo, el desvío secreto de los ahorros familiares, la hipoteca de pequeños negocios, y luego, cuando las cosas empeoraban, el aumento de los márgenes requeridos, una lucha desesperada para permanecer en el juego un poco más… la ruina y una zambullida desde lo alto de una ventana. Lo que estaba sucediendo en esta fantasía dramática del capitalismo no era extorsión. En el peor de los casos, viudas y huérfanos confían ciegamente en asesores aparentemente honestos que resultan ser ellos mismos adictos secretos. Es una historia de locura, no coerción. Las personas son idiotas.[137]

Porque las personas son idiotas -sostiene el argumento- los políticos deben realizar intervenciones paternalistas para evitar que se dañen a sí mismos. Sin embargo, la visión de Kennedy de los ciudadanos no concuerda

[132] *Ibidem*, p. 33.
[133] Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 81.
[134] *Ibidem*, pp. 626-629.
[135] *Ibidem*, p. 634.
[136] *Idem*.
[137] *Ibidem*, pp. 632 y 633.

con la visión liberal de la persona humana. Como dice Seana Shiffrin del paternalismo en general, "[d]irectamente muestra respeto insuficiente por las valiosas capacidades, poderes y derechos subyacentes de los agentes autónomos. Aquellos que valoran la igualdad y la autonomía tienen especial motivo para rechazar el paternalismo hacia adultos competentes".[138] Esta falta de respeto genera potencial para un elitismo político. Si las personas son idiotas, ¿por qué tienen el poder de elegir gobiernos oficiales? Ésta es una pregunta desconcertante para cualquiera comprometido con la democracia. El paternalismo invasivo amenaza tanto la autonomía individual como la autonomía política.

Además, la receta de Kennedy se basa en un modelo ingenuo de elaboración de políticas paternalistas. Asume que los políticos son menos propensos a cometer errores que los ciudadanos. De hecho, como los políticos externalizan gran parte de los costos de sus errores, son más probables que ocurran. Kennedy también asume que los puestos en el gobierno tienden a ser ocupados por altruistas. La Teoría de la Elección Pública sugiere que esta suposición es implausible.[139] Los políticos son auto-interesados como el resto de las personas, porque la racionalidad humana no varía con el rol social.[140]

El paternalismo ha recibido nuevos impulsos de investigaciones sobre Teoría del Comportamiento en la Toma de Decisiones.[141] De hecho, psicólogos y economistas experimentados han estudiado algunos de los errores que Kennedy sitúa bajo el nombre de "falsa conciencia". La Teoría del Comportamiento en la Toma de Decisiones asume que estos errores derivan de mecanismos cognitivos, más que de la alienación capitalista. La aversión a la pérdida, la artimaña, la retrospección, y otros sesgos cognitivos explican un número de errores que la gente sistemáticamente comete cuando realiza evaluaciones y toma decisiones.[142] Dado que algunos de estos factores irracionales afectan muchas decisiones contractuales o de consumo, el área de estudio llamada Derecho y Economía

[138] Shiffrin, Seana Valentine, "Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, núm. 3, 2000, p. 220.

[139] Farber, Daniel y Frickey, Philip, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1991.

[140] *Ibidem*, p. 22.

[141] Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

[142] Ver por ejemplo Sunstein, Cass R., "Behavioral Analysis of Law", *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 4, 1997, pp. 1175-1195; Jolls, Christine, Sunstein, Cass R. y Thaler, Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford, Law Review*, vol. 50, núm. 5, 1998, pp. 1471-1550.

del Comportamiento promueve intervenciones paternalistas en el derecho contractual, como la derogación de cláusulas de liquidación de daños onerosos y de exención de responsabilidad, y la regulación de mercados financieros.

Los paternalistas del comportamiento optan por variedades de intervención no invasivas, no coercitivas. Estas variedades de regulación paternalista son más compatibles con la justificación liberal detrás de la visión de Dworkin. Por ejemplo, Cass Sunstein propone un paternalismo "libertario", según el cual organizaciones privadas y públicas deberían establecer disposiciones que influyan en las decisiones de las personas de formas que promuevan sus intereses pero que no obstante les permitan ser libres de no optar por ellas si prefieren seguir estrategias distintas.[143] El "paternalismo libertario" no intenta influir en le comportamiento de las personas impidiendo la libre elección. Por ejemplo, Sunstein recomienda normas *default.*[144] En líneas similares, Colin Camerer, entre otros, defienden un "paternalismo asimétrico", que promueve regulaciones que crean beneficios para aquellos que no actúan en sus mejores intereses debido a errores que hacen que se equivoquen, mientras que deja que aquellos que actúan en sus mejores intereses lo hagan sin interferencia.[145] Estos autores dicen que "una política es *asimétricamente paternalista* si crea grandes beneficios para aquellos que son limitadamente racionales… mientras que impone un daño pequeño o inexistente sobre aquellos que son completamente racionales".[146] El paternalismo asimétrico tiene varias aplicaciones en el derecho contractual. Los que defienden esta postura mencionan como ejemplos las normas *default*, la disposición o reestructuración de la información (protección de los consumidores a crédito, de los inversores, etc.), períodos de reflexión, y limitaciones a las elecciones del consumidor (por ejemplo, plazos máximos para evitar la postergación).

Hay pocas dudas de que el paternalismo es una motivación importante en el derecho laboral. Un paternalismo débil o no invasivo puede justificar legislación laboral diseñada para proteger a los trabajadores de elecciones

[143] Sunstein, Cass R. y Thaler, Richard H., "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron", *The University of Chicago Law Review,* vol. 70, núm. 4, 2003, p. 1161.

[144] *Ibidem*, p. 1162.

[145] Camerer, Colin; Issacharoff, Samuel; Loewenstein, George; O'Donoghue, Ted y Rabin, Matthew, "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 3, 2003, pp. 1219-1223.

[146] *Ibidem*, p. 1219.

irracionales que los amenazan, particularmente en tiempos de duras condiciones económicas. Del mismo modo, los sindicatos pueden llevar a cabo funciones útiles a la hora de aconsejar a los trabajadores sobre sus mejores estrategias y elecciones en sus negociaciones con los empleadores. A diferencia de la teoría de libertad moral de Green, el enfoque económico basado en el comportamiento no afecta la libertad de agencia, porque depende de características básicas de todos los seres humanos. Por lo tanto, este enfoque no expresa una concepción moral elitista que subestima las capacidades de los trabajadores. Además, el enfoque del comportamiento favorece medidas no coercitivas que dejan un amplio margen para realizar contratos de trabajo que promuevan los intereses propios de los trabajadores. En la última parte, trato de mostrar que también hay justificaciones morales para términos no monetarios obligatorios en los contratos de trabajo (la "legislación protectora" de Farnam).

VI. El argumento de la igual autonomía

En 1854, Abraham Lincoln les contestó a los sureños que sostenían que "sus esclavos están mucho mejor que trabajadores contratados entre nosotros".[147] Para Lincoln la gran diferencia entre el trabajo esclavo y el trabajo libre es que, bajo el segundo, "el trabajador contratado de ayer trabaja por su propia cuenta hoy, y contratará a otros que trabajen para él mañana".[148] Para Lincoln, "[e]l progreso, una mejoría de las condiciones, es el orden de las cosas en una sociedad de iguales".[149] Desde que Lincoln concibió a la sociedad de iguales como una sociedad de igual libertad y prosperidad, la discusión sobre el significado de igualdad ha dominado la política y el derecho americano.

Como sostuve anteriormente, el derecho laboral no puede ser justificado como un método para implementar un concepto rawlsiano de igualdad social. ¿Existe algún otro concepto de igualdad que pueda realizarse a través del derecho laboral? Algunas teorías igualitarias de la justicia posteriores a Rawls han gravitado hacia lo que Elizabeth Anderson denominó "igualitarismo de suerte", la doctrina de que la distribución de recursos debe ser sensible a las elecciones e insensible a la suerte.[150] De acuerdo con

[147] Lincoln, Abraham, "A Fragment", en Roe, Merwin (ed.), *Speeches and letters of Abraham Lincoln, 1832-1865*, New York, E.P. Dutton & Co, p. 26.

[148] *Idem*.

[149] *Idem*.

[150] Anderson, Elizabeth S., "What Is the Point of Equality?", *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999, p. 289.

esta doctrina, un esquema justo de asignación de recursos debería ser insensible a lo que Ronald Dworkin ha llamado "suerte bruta", es decir, las contingencias de los talentos, el trasfondo familiar, y la posición social.[151] Sin embargo, el igualitarismo de suerte incorpora un ideal de responsabilidad individual según el cual las personas deben internalizar, como una cuestión de justicia, los costos de sus elecciones.[152] En consecuencia, las desigualdades que surjan de las elecciones de las personas en lo que hacen al trabajo y al ocio, por ejemplo, son moralmente legítimas.[153] Un número de filósofos políticos críticos del igualitarismo de suerte, como Elizabeth Anderson, Timothy Hinton, Samuel Scheffler, y Jonathon Wolff, han elaborado recientemente un ideal diferente de igualdad que Hinton denomina "igualdad de estatus" y Anderson apoda "igualdad democrática".[154] Prefiero el nombre "igual autonomía", como una forma de indicar el origen en Kant de la doctrina. Anderson ha esbozado una expresión de este ideal: "En la búsqueda por construir una comunidad de iguales, la igualdad democrática integra principios de distribución con demandas expresivas de igual respeto".[155] Para Anderson:

> El correcto objetivo negativo de la justicia igualitaria no es eliminar el impacto de la suerte bruta de los asuntos de las personas, sino terminar con la opresión, que por definición está socialmente impuesta. Su adecuado objetivo positivo no es asegurar que todos obtengan lo que moralmente merecen, sino crear una comunidad en la que las personas se encuentren en relaciones de igualdad con los demás.[156]

¿Cuáles son las implicancias de una comunidad de iguales relacionadas con el trabajo? La igual autonomía apoya el ideal de Kant de una obligación incondicional de respetar la autonomía y dignidad propias y las de los demás. El respeto de Kant es incondicional en el sentido de que no puede ser dejado de lado por los deseos o preferencias de nadie. Así, Anderson menciona a Kant como opositor a los contratos de esclavitud o servidum-

[151] Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000, p. 73.

[152] Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150, pp. 289-293.

[153] *Idem*.

[154] Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150; Hinton, Timothy, "Must Egalitarians Choose Between Fairness and Respect?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, núm. 1, 2001, pp. 72-87; Scheffler, Samuel, "What Is Egalitarianism?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 31, núm. 1, 2003, pp. 5-39; Wolff, Johnathan, "Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 27, núm. 2, 1998, pp. 97-122.

[155] Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150, p. 289.

[156] *Ibidem*, p. 288 y 289.

bre.[157] Notablemente, fracasa en citar lo que el mismo Kant tenía para decir sobre la relación de trabajo. En *The Doctrine of Right*, Kant sostuvo que el amo debe tratar a sus sirvientes como seres autónomos:

> Nunca puede comportarse como si fuera dueño de ellos (*dominus servi*); pues sólo es por un contrato que los ha colocado bajo su control, y un contrato por el cual una parte renunciaría completamente a su libertad en beneficio de la otra sería autocontradictorio, es decir, nulo e inválido, ya que por él una parte dejaría de ser persona y no tendría obligación de cumplir el contrato, sino que reconocería únicamente la coacción.[158]

No es fácil derivar normas legales concretas del ideal de Kant de igual autonomía. Sin embargo, Kant mismo da un ejemplo. Sostiene que el contrato de trabajo se debe formar cualitativa y cuantitativamente evitando que ofenda la autonomía del trabajador:

> Puede parecer que alguien pueda colocarse a sí mismo bajo una obligación hacia otra persona, por medio de un contrato de locación y contratación (*locatio conductio*), para llevar a cabo servicios (a cambio de salarios, dirección, o protección) que son permisibles en términos de su calidad pero *indeterminados* en términos de su cantidad, y que de ese modo se convierta sólo en sujeto (*subiectus*) y no en un eslavo (*servus*). Pero esto es sólo una apariencia engañosa. Si el amo está autorizado para utilizar los poderes de su súbdito como le plazca, puede también agotarlos hasta que su súbdito muera o sea condenando a la desesperanza…; su súbdito se habría entregado, como propiedad, a su amo, lo que resulta imposible. Alguien puede entonces ofrecer sus servicios sólo para el trabajo que se determina según su especie y cantidad, o bien como un jornalero o bien como un súbdito que vive en la propiedad del amo.[159]

Mientras que Kant aceptó en general la libertad contractual, rechazó los contratos en los cuales las personas rechazan su igual valor y autonomía.[160] Proponía declarar estos contratos como nulos e inválidos.[161] En consecuencia, la igual autonomía puede justificar regulaciones no monetarias del contrato de trabajo (esto es, algunas formas de la "legislación de protección" de Farnam). De hecho, aquellos términos contractuales que ofenden la igual autonomía no pueden depender de fuerzas de mercado, porque las obligaciones de respetar la igual autonomía no se subordinan a preferencias subjetivas. Algunos derechos laborales irrenunciables son una consecuencia

[157] *Ibidem*, p. 319.

[158] Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, Gregor, Mary (ed.), trad. de Gregor, Mary, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 66.

[159] *Ibidem*, p. 104.

[160] *Idem*.

[161] *Idem*.

natural de la igual autonomía. Por lo tanto, hay áreas del derecho laboral, como los derechos de privacidad del trabajador, discriminación en el empleo, condiciones de salud y seguridad, e indemnización por despido arbitrario que parecen centrales al respeto de los individuos que una sociedad de iguales debería fomentar. Lo mismo es válido para la prohibición de acoso sexual y moral en el trabajo, porque la prohibición de un clima no opresivo en el ámbito de trabajo es esencial para el respeto que se debe a los individuos autónomos. Por consiguiente, todas estas instituciones de derecho laboral pueden ser convalidadas como formas institucionales necesarias para asegurar los derechos irrenunciables relevantes.[162]

Los democráticos igualitarios a menudo confían en proposiciones económicas que carecen de apoyo para defender regulaciones monetarias y una variedad de medidas que tienden a confiscar propiedades comerciales. Por ejemplo, Anderson defiende las leyes de salario mínimo y una asignación al empleo calificada por parte de adultos dispuestos y sanos para eliminar todas las formas de jerarquía, servidumbre, opresión, y explotación.[163] Intentando responder argumentos económicos obvios contra estas medidas, especula "Un salario mínimo no necesariamente aumenta el desempleo si los trabajadores de bajos salarios reciben el entrenamiento suficiente para hacerlos más productivos o si el salario más elevado induce a los empleadores a proveer a los trabajadores con herramientas que incrementen la productividad".[164] Sin embargo, obligar a los empleadores a entrenar trabajadores poco productivos puede reducir la contratación de esos trabajadores. Vale la pena destacar que Anderson no se sintió obligada a proporcionar respaldo teórico o empírico a la hipótesis de que las leyes de salario o entrenamiento mínimo no incrementan el desempleo.

A la hora de defender los derechos laborales, la igual autonomía no nos permite eludir un análisis económico serio para evaluar las consecuencias de las distintas políticas. Por el contrario, dado que el derecho opera a través de complejos mecanismos causales, necesitamos del análisis económico para determinar si una cierta medida respeta o vulnera la igual autonomía. Por ejemplo, acudiendo a un análisis económico serio, podemos saber que, a menos que se encuentren presentes condiciones de monopsonio, la negociación colectiva obligatoria no trata a los individuos

[162] No creo que el mismo argumento se aplique necesariamente a la democracia industrial, aunque las opiniones de los trabajadores deben ser adecuadamente tenidas en cuenta en los procesos laborales si se intenta que su autonomía no se vea dañada.

[163] Anderson, Elizabeth S., *op. cit.*, nota 150, p. 325.

[164] *Idem*.

como iguales. Por un lado, este método de fijación de precios no permite a los trabajadores negociar por sí mismos tasas de salarios más elevadas. Por otro lado, la negociación colectiva perjudica a los desempleados al obtener salarios más altos para los trabajadores que se encuentran empleados. La igual autonomía considera que el desempleo es más ofensivo a la dignidad humana que los bajos salarios. Dado que el sindicalismo con frecuencia contribuye al aumento de salarios en perjuicio de los desempleados, puede resultar injustificable desde la perspectiva de la igual autonomía. Del mismo modo, excepto en mercados laborales con monopsonio, las leyes de salario mínimo no pueden justificarse sobre la base de la igual autonomía. Pero esto no es una verdad generalizada. Los salarios por debajo del mínimo pueden ser más ofensivos a la dignidad humana que el desempleo si, por ejemplo, el desempleo fuera mitigado con un régimen de seguridad social. En estos casos, las leyes de salario mínimo podrían ser moralmente justificables. En general, necesitamos criterios morales y análisis económicos para evaluar el impacto de una cierta medida sobre la igual autonomía.

VII. Conclusión

He discutido cinco argumentos en favor del derecho laboral; a saber, el argumento de la libertad positiva y la libertad real, el argumento de la equidad y la justicia social, el argumento de la no comercialización, el argumento paternalista, y el argumento de la igual autonomía. El argumento de la libertad positiva tiene dos variantes: el argumento de la libertad moral y el argumento de las capacidades. El primero genera potencial para el autoritarismo, y el segundo no se asocia con ningún ideal moral perceptible. Los argumentos de la libertad real y de la no comercialización son extremadamente amplios, dado que conducen a un rechazo global del capitalismo. El argumento de la equidad y la justicia social presenta una tensión entre la equidad en la negociación y la justicia social; esta tensión debe ser resuelta a favor de la justicia social. Los argumentos del paternalismo y la igual autonomía ofrecen la mejor defensa posible de algunas instituciones de derecho laboral. El paternalismo libertario o no invasivo puede justificar la regulación no obligatoria de los contratos laborales que corrige en la medida de lo posible las tendencias de las personas a cometer errores en sus decisiones contractuales. Finalmente, el argumento de la igual autonomía

puede justificar términos no monetarios obligatorios en los contratos de trabajo que materialicen el ideal de Kant de igual autonomía en contextos laborales. De hecho, la igual autonomía subyace a la mayoría de los proyectos de derecho laboral en América y en otros lugares, como la prohibición del acoso sexual y moral. Fue también el centro de los ideales liberales que formaron esa nación.

VIII. Bibliografía

ABENDROTH, Wolfgang, *A Short History of the European Working Class*, trad. de Jacobs, Nicholas y Trench, Brian, London, New Left Books, 1972.

ALSTON, Philip, *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

ANDERSON, Elizabeth S., "Is Women's Labor a Commodity?", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, núm. 1, 1990.

_____, "What Is the Point of Equality?", *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999.

ARNOLD, N. Scott, "Why Profits Are Deserved", *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987.

AYRES, Ian y SCHWAB, Stewart, "The Employment Contract", *Kansas Journal of Law and Public Policy*, vol. 8, 1999.

BEATTY, David M., *Labour is not a Commodity*, en Reiter, Barry J. y Swan, John (eds.), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980.

BENTHAM, Jeremy, *Anarchical Fallacies,* en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, Bristol, Thoemmes Press, 1995.

BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969.

CAMERER, Colin; ISSACHAROFF, Samuel; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted y RABIN, Matthew, "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, núm. 3, 2003.

COHEN, Gerald A., "Are Disadvantaged Workers Who Take Hazardous Jobs Forced to Take Hazardous Jobs?", en *History, Labour, and Freedom: Themes from Marx*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

_____, "The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 8, núm. 4, 1979.

_____, "The Structure of Proletarian Unfreedom", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 1, 1983.

CROCKER, Lawrence, *Positive Liberty: An Essay in Normative Political Philosophy*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1980.

DAVIES, Anne C.L., *Perspectives on Labor Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

DEAKIN, Simon, "Social Rights in a Globalized Economy", en Alston, Philip (ed.) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

DWORKIN, Gerald, "Paternalism", en Sartorius, Rolf (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983.

DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2000.

EKELUND, Robert B. y HEBERT, Robert F., *A History of Economic Theory and Method*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1990.

EPSTEIN, Richard A., "In Defense of the Contract at Will", *The University Of Chicago Law Review*, vol. 51, núm. 4, 1982.

_____, *Liberating Labour: The Case for Freedom of Contract in Labour Relations*, St. Leonards, NSW, Center for Independent Studies, 1991.

ESTREICHER, Samuel y SCHWAB, Stewart J. (eds.), *Foundations of Labor and Employment Law*, New York, Foundation Press, 2000.

FARBER, Daniel y FRICKEY, Philip, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1991.

FERRIELL, Jeffrey y NAVIN, Michael, *Understanding Contracts*, New York, LexisNexis, 2004.

FORBATH, William E., *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

FRIED, Charles, *Contract as Promise*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981.

GALBRAITH, John Kenneth, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Miffin Co., 1952.

GEWIRTH, Alan, *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

GRAY, John, "Against Cohen on Proletarian Unfreedom", *Post-liberalism: Studies in Political Thought*, New York, Routledge, 1993.

GREEN, T.H., *Lecture on Liberal Legislation and Freedom of Contract*, Nettleship, R.L. (ed.), *Works of Thomas Hill Green*, London, Longmans, Green, and Company, 1891.

HAMILTON, Walton y MAY, Stacy, *The Control of Wages*, New York, George H. Doran, 1923.

HARDIN, Garrett, "The Tragedy of the Commons", *Science*, vol. 62, núm. 3859, 1968.

HINTON, Timothy, "Must Egalitarians Choose Between Fairness and Respect?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 30, núm. 1, 2001.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford, Law Review*, vol. 50, núm. 5, 1998.

KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", Econometrica, vol. 47, núm. 2, 1979.

KAHNEMAN, Daniel, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", *Journal of Political Economy*, vol. 98, núm. 6, 1990.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul y TVERSKY, Amos (eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

KANT, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, Hill, Jr., Thomas E. y Zweig, Arnulf (eds.), trad. de Zweig, Arnulf, New York, Oxford University Press, 2002.

_____, *The Metaphysics of Morals*, Gregor, Mary (ed.), trad. de Gregor, Mary, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

KAVKA, Gregory S., *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986.

KENNEDY, Duncan, "Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", *Maryland Law Review*, vol. 41, 1982.

KIRZNER, Israel M., *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, University of Chicago Press, 1973.

KRONMAN, Anthony, "Contract Law and Distributive Justice", *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 3, 1980.

LINCOLN, Abraham, "A Fragment", en Roe, Merwin (ed.), *Speeches and letters of Abraham Lincoln, 1832-1865*, New York, E.P. Dutton & Co.

MACK, Eric, "Dominos and the Fear of Commodification", en Chapman, John W. y Pennock, J. Roland (eds.), *Markets and Justice*, New York, New York University Press, 1989.

MACPHERSON, C.B., "Berlin's Division of Liberty", en *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford, Oxford University Press, 1973.

MANNING, Alan, *Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2003.

MCCURDY, Charles W., "The "Liberty of Contract" Regime in American Law", en Scheiber, Harry N. (ed.), *The State and Freedom of Contract*, Stanford, California, Stanford University Press, 1998.

MILL, John Stuart, *Principles of Political Economy*, Ashley, William J. (ed.), London, Longmans, Green & Co., 1929.

MILL, John Stuart, *Utilitarianism*, *On Liberty*, *Essays on Bentham*, Warnock, Mary (ed.), Glasgow, Collins, 1962.

NICHOLLS, David, "Positive Liberty", *American Political Science Review,* vol. 56, núm. 1, 1962.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.

OLSON, Mancur, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven, Conn., Yale University Press, 1982.

RADIN, Margaret Jane, "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 8, 1987.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge Mass., Harvard University Press, 1999.

ROBINSON, Joan, *The economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan & Co, 1946.

ROEMER, John E., "Should Marxists be Interested in Exploitation?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, núm. 1, 1985.

_____, *General Theory of Exploitation and Class*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982.

SCHEFFLER, Samuel, "What Is Egalitarianism?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 31, núm. 1, 2003.

SCHMIDTZ, David, *The Limits of Government*: *An Essay on the Public Goods Argument*, Boulder, CO, Westview Press, 1991.

SEN, Amartya, "Capability and Well Being", en Nussbaum, Martha y Sen, Amartya (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

_____, "Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures", *The Journal of Philosophy*, vol. 82, núm. 4, 1985.

_____, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

_____, *The Standard of Living*, Hawthorne, Geoffrey (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

SHIFFRIN, Seana Valentine, "Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation", *Philosophy and Public Affairs,* vol. 29, núm. 3, 2000.

SILVERSTEIN, Eileen, "Collective Action, Property Rights and Law Reform: The Story of the Labor Injunction", *Hofstra Labor Law Review*, vol. 11, núm. 1, 1993.

SIMON, Herbert A., "Bounded Rationality", en Eatwell, John, Milgate, Murray y Newman, Peter (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Londres, Palgrave Macmillan, 1987.

SPECTOR, Horacio, *Autonomy and Rights*: *The Moral Foundations of Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H., "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron", *The University of Chicago Law Review,* vol. 70, núm. 4, 2003.

SUNSTEIN, Cass R., "Behavioral Analysis of Law", *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 4, 1997.

TREBILCOCK, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.

VANDEVEER, Donald, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds of Benevolence*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986.

WERTHEIMER, Alan, *Coercion*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1987.

WOLFF, Johnathan, "Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 27, núm. 2, 1998.

CAPÍTULO 70

DEL LIBERALISMO A LA PARIDAD: TRES MODELOS PARA PENSAR EL MATRIMONIO, EL DIVORCIO Y LA PATERNIDAD

Isabel C. JARAMILLO SIERRA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El modelo liberal.* III. *El modelo social.* IV. *El modelo de la paridad.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los libros de doctrina o tratados pocas veces se hacen cargo de todas las consideraciones teóricas que están involucradas en exponer una materia. Estas consideraciones, por consiguiente, tienden a volverse una rutina que se repite sin muchas consecuencias. El propósito de este trabajo es presentar tres modelos con los que dentro de nuestra tradición, la latinoamericana, se han pensado las reglas sobre matrimonio, divorcio y paternidad.[1] El fin último es enriquecer el debate contemporáneo sobre la reforma de estas reglas al proporcionar herramientas, argumentos y perspectivas sobre los límites y oportunidades de cada modelo.

Para esto, en relación con cada modelo, señalaré el modo en el que se volvieron dominantes, sus principales supuestos, las consecuencias para la reforma legislativa y la construcción doctrinal, y sus limitaciones o puntos ciegos. Evidentemente de esta manera el potencial de persuasión de cada modelo se ve disminuido, pues para efectos de la comparación se simplifica

* Profesora Asociada, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Colombia). Agradezco al profesor Jorge Fabra por su invitación a escribir este artículo, a la profesora Lina Escobar por su invitación a presentarlo en la Universidad de Antioquia, Medellín, y a la profesora Paola Bergallo por invitarme a presentarlo en la Universidad de Buenos Aires. Todas éstas han sido valiosas oportunidades de poner a consideración del público especializado la utilidad de las ideas que aquí se presentan.

[1] Sobre la existencia de una tradición latinoamericana en derecho civil véase Jaramillo, Isabel C., "The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Cannonical Family Law Treatises of Latin America" en *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, núm. 4, 2010, pp. 845-851.

la teoría que subyace a ellos hasta el punto de volverse casi irreconocible. No obstante, creo que el ejercicio bien vale la pena si se logra aumentar las posibilidades de la aproximación crítica a la cuestión del contenido de las reglas específicas.

Los tres modelos que voy a considerar son el modelo liberal, el modelo social y el modelo de la paridad. Sugiero que el primero se caracterizó por centrar al individuo como ser libre y autónomo, capaz de comprometer sus acciones futuras por el ejercicio de su voluntad. Este modelo se volvió dominante a través de la diseminación de las doctrinas de Bentham y el Código Civil francés. Su principal limitación era considerar que en el tema de matrimonio y procreación el ejercicio libre de la voluntad solamente era relevante para decidir "entrar" o "salir" de la relación, pero la relación misma estaba marcada por el predominio de la voluntad del esposo/padre.

El modelo social se basa en el supuesto de que la familia es un organismo social que el derecho debe reflejar y proteger. Este modelo se volvió dominante a partir de los trabajos de Savigny y, en el contexto latinoamericano, a partir de las doctrinas de Bonnecase y Josserand. Su principal límite es insistir en que la definición de familia "surge" de la observación de la realidad y hacer prevalecer el interés en la "supervivencia" de la familia por encima de otros intereses.

El modelo de la paridad comparte con el modelo liberal el compromiso con la noción del individuo libre y autónomo, pero considera que las desigualdades asociadas al género deben ser corregidas a través de medidas de responsabilidad objetiva (véase TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA). Este modelo se volvió dominante a partir de los años 70 con la crítica feminista en Estados Unidos y Europa. Muy recientemente ha empezado a influir las reformas legislativas en Chile y Argentina. Su principal limitación es la dificultad para justificar el alcance de las medidas de responsabilidad objetiva porque reconoce que estos resultados son, al menos en buena parte, resultado de elecciones que han hecho los individuos.

Es crucial anotar que solamente en el modelo social hablamos estrictamente de derecho de familia para referirnos a las normas sobre matrimonio, divorcio y paternidad. En los otros dos modelos nos referimos a individuos, ya sea que se entiendan de modo abstracto o de manera concreta y situada.

También vale la pena mencionar antes de comenzar que cada modelo ha aportado no solamente un punto de vista y unos conceptos, sino también reglas y doctrinas en las que los conceptos se materializan. Estas reglas y doctrinas han tenido efectos distributivos de muy diversa índole. En par-

ticular, han participado en la construcción de la raza, el género y la sexualidad como criterios de exclusión social. Esbozaré algunas intuiciones a este respecto pero en el espacio de que dispongo no es posible elaborar de manera completa sobre el punto de la distribución.

Ahora veamos cada uno de los modelos en detalle, para terminar con algunas conclusiones sobre hacia adónde podría dirigirse el trabajo en teoría del derecho de la familia.

II. El modelo liberal

El modelo liberal tuvo su base en la noción del matrimonio de compañerismo y en la idea de la tutela parental sobre los hijos como un ejercicio altruista por el que se les garantizaba su formación hacia la autonomía.[2] Aunque muchos autores fueron importantes en la elaboración y difusión de las ideas liberales, los más influyentes fueron John Locke y Jeremy Bentham.[3] El predominio de este modelo se dio principalmente en la legislación sobre matrimonio de mediados del siglo XIX y en los códigos civiles de inspiración francesa.[4]

John Locke construye su teoría del poder político, tan importante para las revoluciones de finales de siglo XVIII y principios del siglo XIX, a par-

[2] Stone, Lawrence, *The Family, Sex and Marriage In England 1500-1800*, New York, Harper, 1979. Stone se refiere a este tipo de familia como la familia nuclear cerrada y le asigna cuatro características: "…más libertad para los niños y más bien igualdad entre los esposos. Fue un desarrollo que estuvo acompañado de un distanciamiento de la familia nuclear frente a la interferencia y el apoyo de los parientes y de la comunidad. En tercer lugar, entre los esposos y entre padres e hijos se desarrollaron relaciones mucho más cálidas en términos afectivos, lo que de por sí es una razón poderosa para la menor influencia de los parientes y la comunidad. Una cuarta característica fue la identificación de los niños como un grupo especial, diferente del de los adultos, con sus propias instituciones, tales como las escuelas, y sus propios circuitos de información, de los que los adultos intentaron excluir, crecientemente, información sobre el sexo y la muerte." (traducción propia, pp. 149 y 150)

[3] Véase, en general, el interesante libro sobre el tema escrito por Miriam Williford: *Jeremy Bentham on Spanish America*, New Orleans, Louisiana University Press, 1980.

[4] Las leyes relevantes para el caso colombiano están reseñadas en Jaramillo, Isabel C., *Derecho y Familia. Historias de Raza, Sexo y Clase en Colombia* 1540-1940, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013. Para el caso mejicano consultar a Jorge Adame Goddard, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México D.F., UNAM, 2004. Los principales códigos de inspiración francesa fueron los que siguieron el modelo de Andrés Bello: Chile, Colombia, Venezuela, Ecuador, El Salvador, Honduras, y Panamá. Véase Mirrow, Matthew, "El Código de Napoleón y los códigos de Bello y Vélez Sarsfield" en *Revista de Derecho Privado*, vol. 33, p. 1, 2004; y Guzmán Brito, Alejandro, *La Codificación Civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

tir de una crítica al *Patriarcha* de Sir Robert Filmer en la que no sólo propugna por una visión distinta del fundamento y límites del gobierno, sino también por una visión distinta del poder paternal y marital.[5] El que su argumento deba incluir ambos aspectos se relaciona con la manera en la que Filmer había defendido la monarquía usando la metáfora de la familia: el rey sería el padre y los súbditos sus hijos.[6] La decisión de Locke de defender la igualdad de los esposos en relación con los hijos no era necesaria para su argumento pero ciertamente fue importante para darle forma y lugar a la noción del matrimonio de compañerismo, a la vez que para excluir a las mujeres de la sociedad civil.[7]

En efecto, al referirse a las diferencias entre la familia y el Estado, y en particular al poder de los padres sobre los hijos, Locke defiende la autonomía de los hijos y su progresivo desarrollo hacia el momento en el que dejan de ser gobernados por sus padres señala que:

> 55. Reconozco que los *hijos* no nacen este estado de perfecta *igualdad*, aunque nacen capacitados para adquirirla. Sus progenitores tienen una especia de regla y jurisdicción sobre ellos cuando vienen al mundo, derecho que dura cierto tiempo, pasado el cual se extingue. Los lazos de esta sujeción son como las mantillas con que los envolvemos y sujetamos en la debilidad de la infancia. A medida que aumentan en edad y razón esos lazos se van aflojando, hasta que se sueltan del todo y dejan al hombre a su libre albedrío.[8]

Más adelante el mismo Locke será enfático en las limitaciones del poder de los progenitores al señalar:

[5] Sobre la importancia de Locke en las revoluciones americanas, empezando por la de Estados Unidos, véase el artículo de Foster, Herbert D., "International Calvinism through Locke and the Revolution of 1688" en *The American Historical Review*, vol. 32, núm. 3, 1927, pp. 475-499.

[6] Filmer, Robert, *Patriarcha or The Natural Power of the Kings*, 1680.

[7] Lawrence Stone se refiere así al matrimonio de compañerismo que se volvió dominante en Inglaterra a partir de finales del siglo XVII: "Una vez se volvió dudosa la idea de que el afecto se desarrollaría naturalmente después del matrimonio, el poder de decidir sobre el matrimonio tuvo que transferirse a los futuros esposos, y estos cada vez más empezaron a anteponer sus prospectos de satisfacción emocional por encima de su ambición por aumentos en los ingresos o el estatus. A su vez esto influyó en una mayor igualdad entre esposos." (traducción propia) Stone, *op. cit.*, p 217.

La crítica de la exclusión liberal de las mujeres puede leerse tanto en Carole Pateman como en Susan Moller Okin. Véase Pateman, Carole, *The Sexual Contract*, Palo Alto, Stanford University Press, 1988; y Okin, Susan Moller, *Women in Western Political Thought*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

[8] Locke, John, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Austral, 1991, p. 243.

> 65. Es más, este *poder* no pertenece al *padre* por ningún derecho natural peculiar, sino sólo en la medida en que se cuide de sus hijos. Tan es así, que pierde todo poder sobre ellos si no los cuida como es debido.[9]

Estas dos ideas del poder paternal, tanto su límite en el tiempo –hasta que los hijos puedan gobernarse–, como en su orientación –para que sus hijos prosperen–, las opone Locke a la noción de gobierno centrada en la adjudicación de conflictos y la imparcialidad como formas de resolver la inseguridad que, en su opinión, resulta de la acumulación de tierras y dinero por unos en desmedro de otros.[10]

Una tercera diferencia hacia la que apunta el autor es la de la división de la autoridad dentro del hogar, por partes iguales, entre padre y madre. Así comienza Locke, en efecto, su capítulo sobre el poder paterno:

> 52. Puede que no se considere una crítica muy pertinente, en un tratado de esta naturaleza, el hacer referencia a ciertos defectos encontrados en algunas palabras y nombres que se han venido usando hasta ahora. Sin embargo, puede que no estuviera fuera de lugar el acuñar nuevos términos si los antiguos pueden inducirnos a la comisión de algunos errores graves. Tal es el caso de la expresión *poder paternal*, con la que parece querer decirse que el poder de los progenitores sobre los hijos lo detenta única y exclusivamente el padre, dejando completamente al margen a la madre. Ahora bien, si consultamos la Revelación o la razón veremos que ambos tienen igual título. Lo cual puede dar pie a que nos preguntemos si no sería más adecuado el uso de la expresión *poder de los progenitores*.[11]

En la sección siguiente Locke se referirá directamente al problema de la concentración de poder y la analogía entre el poder del padre y la monarquía señalando que:

> Y está claro que no serviría de mucho a aquellos que se esfuerzan en defender la autoridad y el poder absoluto de la *paternidad*, según la denominan ellos mismos, el descubrir que la madre también participaba de dicho poder; pues ello serviría para dejar sin fundamento la *monarquía* que los defienden, dado que el propio nombre revelaría la autoridad fundamental de la que derivaría su gobierno de un solo individuo, no reside en una, sino en dos personas a la vez.[12]

Más allá de esto, Locke argumentará que no es razonable imaginar a la sociedad política como una "continuación" o "evolución" natural de la sociedad conyugal o familia, oponiendo a la sociedad política como el re-

[9] *Ibidem*, p. 249.
[10] *Ibidem*, pp. 265 y ss.
[11] *Ibidem*, p. 241.
[12] *Ibidem*, p. 242

sultado de un acuerdo o consenso entre hombres libres y a la sociedad conyugal, ella sí, como forma natural de asociación con fines y características propias. Locke define de esta manera el matrimonio o sociedad conyugal como la primera sociedad a la que pertenecen los seres humanos:

> 78. La *sociedad conyugal* se establece mediante un pacto voluntario entre el hombre y la mujer, y aunque consiste principalmente en un ayuntamiento carnal y un derecho de cada uno de los cónyuges sobre el cuerpo del otro, según conviene a su fin principal, que es la procreación, también conlleva un apoyo y asistencia mutuos, así como unos intereses comunes, necesarios tanto para unir sus preocupaciones y sus afectos, como también para su descendencia común, la cual tiene derecho a ser alimentada y mantenida por ellos, hasta que sean capaces de hacerlo por sí mismos.[13]

El contraste que establece entre sociedad conyugal y sociedad civil le permite, de otro lado, justificar el poder del marido recurriendo a argumentos "naturales" que considera inaceptables en el contexto de la sociedad política. Según Locke, "…es necesario que… el gobierno esté situado en alguna parte, [por esto] recae, *por naturaleza*, en el lado del varón, por ser éste más fuerte y capaz." (resaltado fuera del texto).[14] Y este dominio por naturaleza va a oponerlo el autor al dominio por consentimiento que defiende como propio de la sociedad civil:

> 95. Siendo los hombres libres e iguales e independientes por naturaleza, según hemos dicho ya, nadie puede salir de este estado y verse sometido al poder político de otro, a menos que medie su propio *consentimiento*… Cuando un grupo de hombres ha llegado a un consenso para formar una comunidad o gobierno, se incorporan en el acto político al cuerpo político que forman ellos mismos, en el que la mayoría adquiere el derecho de actuar y decidir por los demás.[15]

Una tercera diferencia que subraya Locke es que la solución al conflicto dentro de la sociedad conyugal es la "salida", mientras que en la sociedad civil se trata precisamente de encontrar un mecanismo "para reunirse y vivir unos con otros en paz, tranquilidad y con la debida comodidad, en el disfrute seguro de sus propiedades respectivas y con la mayor salvaguardia frente a aquellos que no forman parte de esa comunidad".[16] Para Locke esto se logra con la formación de un cuerpo legislativo y la aplicación de sus leyes mediante jueces imparciales.[17] Esta solución es muy distinta a la de la

[13] *Ibidem*, pp. 258 y 259.
[14] *Ibidem* p. 262.
[15] *Ibidem*, p. 273.
[16] *Idem.*
[17] *Ibidem*, p. 296.

sociedad conyugal, en la que considera que el marido debe resolver todos los conflictos que surjan aún cuando él es claramente juez y parte.

Estas nociones básicas sobre el matrimonio y el poder parental van a ser volcadas por Jeremy Bentham en sus *Principios del Código Civil*, publicados originalmente en francés por Dumont.[18] Los *Principios* circularon ampliamente en Francia y en América Latina y sirvieron para inspirar muchos debates y reformas en relación con el matrimonio y el divorcio.[19] La mayoría de estas reformas, no obstante, no sobrevivieron al siglo XIX.[20]

La reflexión de Bentham sobre estos dos temas es marcadamente utilitarista, pero del mismo modo decididamente feminista y favorable a reconocer en los hijos capacidades intelectuales en formación y en los padres intereses egoístas que el legislador debe tener en cuenta para no exponer a los hijos a riesgos innecesarios. Así, Bentham se arriesgará a defender el divorcio, la libertad de los hijos para escoger su cónyuge, la comunidad de bienes y la limitación de los poderes de los padres frente a sus hijos.

El modelo de Bentham parte de dos supuestos básicos. El primero es que todos los individuos involucrados en estas relaciones tienen intereses y pasiones propias que compiten por los recursos disponibles. El segundo es que por razones personales o sociales, están diferentemente situados para obtener todo lo que persiguen. En este sentido, si bien se reconoce la autonomía y voluntad de mujeres y niños, también se acepta que las reglas deben tener en cuenta su vulnerabilidad social y natural, y encaminarse a protegerlos.

Así, su justificación para el divorcio tiene en consideración que para las mujeres el matrimonio es el mejor estado y que el matrimonio perpetuo es el que más se ajusta a la naturaleza, intereses y circunstancias de individuos y familias, pero también que el matrimonio puede ser una cruel prisión cuando el amor ha sido reemplazado por odio:

[18] Sobre la relación de Bentham con la Revolución Francesa y el proceso de codificación vale la pena aclarar que si bien la Asamblea Nacional francesa le concedió a Bentham la nacionalidad francesa por una moción de Brissot en 1792 y sus ideas sobre la codificación fueron ampliamente difundidas y aceptadas en Francia, Napoleón estaba lejos de respaldar el liberalismo radical de Bentham. Gregory, Charles Noble, "Bentham and the Codifiers" en *Harvard Law Review*, vol. 13, núm. 5, 1900, pp. 1-16; John Hill Burton, *Introduction to the study of the works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, Simpkin, Marshall and Co., 1843, p. 54.

[19] Vale la pena resaltar, en este sentido, el feminismo de Bentham. Véase Williford, Miriam, "Bentham on the Rights of Women" en *Journal of the History of Ideas*, vol. 36, núm. 1, 1975, pp. 167-176.

[20] Véase, por ejemplo, Fernández Clérigo, Luis, *El derecho de familia en la legislación comparada*, Madrid, Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1947.

> Vivir bajo la autoridad constante de un hombre que uno detesta es ya una especie de esclavitud: estar obligado a recibir sus abrazos es una miseria demasiado grande como para ser tolerada incluso en la esclavitud. Se ha dicho que el yugo es recíproco: –la reciprocidad solamente dobla la miseria–.[21]

Al referirse a la influencia que la legislación puede permitirles a los padres tener sobre la decisión de sus hijos de contraer matrimonio, Bentham también apunta no sólo a los intereses altruistas de los padres sino también a sus intereses egoístas y, en ocasiones, dañinos para los hijos. Así, después de considerar que quien mejor puede conocer y desear un matrimonio es precisamente el que va a contraerlo, y de anotar que incluso por razones de edad el mundo se ve de distintas maneras, Bentham considera que si bien tener que aceptar como parte de la familia a alguien que no es de nuestro agrado, mucho peor es tener que abandonar a alguien que se ama profundamente:

> Compare el sufrimiento de ambas partes. ¿Hay igualdad? Compare la duración probable de la vida del padre y la del hijo; mire si quiere sacrificar aquello que apenas comienza o lo que está por terminar. Y esto en relación con el simple derecho a prevenir. ¿Qué puede decirse si, bajo la máscara de un padre, un tirano inmisericorde busca abusar la dulzura y timidez de su hijo, para lograr una unión con una persona que detesta?[22]

En relación con las formalidades, Bentham es claro en apoyar procedimientos que aseguren la libertad de las partes para contratar y notificar la celebración del matrimonio a terceros, pero critica ceremonias tan ostentosas que disuaden a algunos de casarse o dan un poder excesivo a quienes las celebran para decidir quiénes pueden entrar y quiénes no.[23]

La atención que presta Bentham a las condiciones de entrada y salida del matrimonio no se compadece, sin embargo, con la mínima importancia que atribuye a regular las relaciones en el matrimonio. En este tema se limita a señalar que el esposo debe tener el poder de tomar decisiones y administrar todos los bienes, si bien enfatiza que ambos esposos deben guardarse la misma fidelidad y que la esposa debe siempre poder recurrir al juez si su esposo se convierte en un tirano. Al respecto afirma el autor:

> Los deseos de dos personas que pasan su vida juntos pueden entrar en conflicto en cada momento. El beneficio de la paz hace que sea deseable que se establezca una preeminencia que prevenga o termine estas discusiones. Pero, por qué tendría que ser el

[21] Bentham, Jeremy, *Principles of the Civil Code*, Part 3, Chapter 5, §2.
[22] *Ibidem*, Part 3, Chapter 5, §5.
[23] *Ibidem*, Part 3, Chapter 5, §7.

> hombre quien gobierne? Porque es el más fuerte. En sus manos el poder se sostiene a sí mismo… He dicho que "salvaguardando el recurso a la justica"; pues no es apropiado hacer del hombre un tirano y reducir a la esclavitud pasiva al sexo que, por su misma debilidad y dulzura, tiene la mayor necesidad de protección.[24]

En relación con los poderes de los padres sobre los hijos, Bentham señala que en algunos aspectos los padres son similares a los amos y en otros a los guardianes. En cuanto amos, pueden aprovecharse del trabajo de sus hijos hasta la edad en la que se establece su emancipación. Este beneficio estaría directamente relacionado con el deber de los padres de educar a sus hijos y proveer por su establecimiento, pues "es deseable que los padres tengan un interés y disfruten de la educación de sus hijos".[25] En cuanto guardianes, Bentham señala que la regla general debe ser que no se debe conceder ningún poder a los padres si los hijos pierden con él más de lo que los padres ganan.[26]

Los liberales de la mano de Locke y Bentham van a defender, entonces, una agenda legislativa de secularización del matrimonio, divorcio vincular, limitación de los efectos de la ausencia del permiso de los padres, limitación por recurso judicial a los poderes de los esposos frente a sus esposas y de los padres respecto a sus hijos. En buena parte esta agenda va a ser la del Código de Napoleón que inspiró las primeras leyes liberales sobre matrimonio en América Latina.[27] Estas leyes fueron paulatinamente incorporadas en los códigos civiles adoptados a lo largo del siglo XIX.[28]

El modelo liberal ha sido criticado por su individualismo y su radicalismo. Se ha señalado que es individualista porque al considerar los deseos e intereses de cada persona no toma en consideración las necesidades de la persona en cuanto se encuentra involucrada en relaciones con otras y tampoco tiene en cuenta las necesidades de esas otras personas.[29] En particular, se ha criticado el individualismo por sobreestimar el papel del traba-

[24] *Ibidem* Part 3, Chapter 5, §3.

[25] *Ibidem*, Part 3, Chapter 4.

[26] *Idem.*

[27] Por ejemplo la Ley Sobre Matrimonio de 1853 de la Nueva Granada (nombre que recibía Colombia por aquella época). Sobre las modificaciones de las leyes de matrimonio y los proyectos liberales en Colombia véase Jaramillo, *Derecho y Familia. Historias de Raza, Sexo y Clase en Colombia* 1540-1940, *op. cit.*, especialmente parte II.

[28] Sobre los procesos de Codificación en América Latina véase Jaramillo, "The Social Approach to Family Law," *op. cit.*, pp. 845-51. También Guzmán Brito, *op. cit.*

[29] En el campo de la teoría jurídica, las más duras críticas al individualismo fueron propuestas por Louis Josserand y León Duguit. Véase Josserand, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927; y Duguit, Leon, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Madrid, Francisco Beltrán, 1917.

jo en la distribución de recursos, tanto por la sugerencia de que en efecto los recursos corresponden en su distribución al trabajo realizado, como por la idea de que los recursos deberían corresponder a este criterio en su distribución.[30]

Esta noción del trabajo o esfuerzo es particularmente problemática para las esposas porque se supone que deben obedecer a sus esposos y permitirles a ellos manejar todos los bienes, al tiempo que aceptan renunciar a realizar actividades por las que podrían recibir recursos. Consecuentemente, las esposas pierden su posibilidad de reclamar bienes como fruto de su esfuerzo y entran en la categoría de quienes no pueden sostenerse en virtud de su propio esfuerzo, los "dependientes".[31]

En una situación similar fueron quedando los hijos a medida que se impuso la educación pública y se les prohibió trabajar. Como lo había señalado Bentham, la garantía de que los padres tendrían algún interés en la educación de sus hijos era poder aprovecharse del fruto de su trabajo. Cuando ambos elementos desaparecen, los hijos se convierten en "dependientes" por oposición a sus padres (no sus madres) que pasan a ser los únicos "independientes". La importancia que el modelo liberal dio a la independencia, entonces, terminó ocultando o haciendo más difíciles los argumentos para limitar los poderes del padre/esposo y para garantizar la supervivencia de las esposas y los hijos.

El modelo liberal también fue criticado por su poca atención a las dificultades políticas de llevar a cabo el cambio radical que proponía. Especialmente, se apuntó que los liberales no tuvieron en consideración la "cultura" y el "sentimiento popular", buscando transformar en corto tiempo instituciones que llevaban funcionando del mismo modo muchos años. En el caso latinoamericano, el argumento de la cultura fue articulado inicialmente por los partidos conservadores y en relación con la tradición católica, y posteriormente, y a modo de compromiso casi siempre, por los mismos liberales.[32]

[30] La versión más sofisticada de esta crítica está en el trabajo de Marx; principalmente en el vol. 1 de *El Capital*, capítulos 1 y 24.

[31] Un recorrido contemporáneo de la construcción de la dependencia como defecto puede encontrarse en Fraser, Nancy y Gordon, Linda, "A Genealogy of Dependency: tracing a Keyword of the US Welfare State" en *Signs*, vol. 19, núm. 2, 1994, pp. 309-336.

[32] Sobre la manera en la que los liberales paulatinamente aceptaron su derrota, véase Jaramillo, Isabel C. "Dalla tradizione della famiglia alla famiglia comme tradizione: la riforma del diritto di familia del XIX secolo in America Latina" en *Rivista Critica del Diritto Privato*, vol. 39, núm. 2, 2011, pp. 223-246.

En efecto, España fue una de las pocas monarquías que adhirió al Concilio de Trento y sostuvo una jurisdicción eclesiástica con poderes absolutos en materia matrimonial hasta el siglo XIX. En parte, esto se debió a su interés por conservar el Real Patronato de Indias que le permitía controlar la Iglesia en las Américas, así como recibir todo lo pagado por concepto de diezmos y primeros frutos.[33] Como consecuencia, el esquema pluralista se impuso en las Américas y se atribuyó a la Iglesia Católica plena jurisdicción sobre asuntos matrimoniales, entre otros. La regulación del matrimonio y el divorcio, en particular en los asuntos que más interesaban al liberalismo, pues, estuvo por mucho tiempo acompañada de argumentos religiosos y morales significativamente distintos de los del liberalismo.[34]

Para los liberales en América Latina, entonces, la lucha por imponer el modelo liberal de regulación de matrimonio, divorcio y parentalidad, fue una lucha en contra del legado del catolicismo como cuerpo de creencias y del catolicismo como estructura de poder y aparato ideológico. Las élites coloniales, en particular, tenían mucho invertido en las posibilidades de exclusión social y económica que les permitía la religión católica al hacer del matrimonio una institución inalcanzable.[35]

Eventualmente, sin embargo, las facciones liberales y conservadoras llegaron a distintos acuerdos en distintos países renunciando a una parte o a otra de su programa según las circunstancias particulares. En Chile, por ejemplo, el acuerdo se dio en 1875, decidiéndose a favor del matrimonio civil como único susceptible de producir efectos civiles pero excluyendo la posibilidad de matrimonio después del divorcio. Esta solución fue también la adoptada por los códigos mexicanos de 1870 y 1884.[36] En Colombia, de otro lado, se aprobó en 1887 el Código Civil republicano con legislación similar a la chilena de 1875, pero en 1888 se aprobó un Concordato con la Santa Sede que: a) daba efectos civiles al matrimonio católico; y b) fue interpretado como impidiendo a cualquier colombiano bautizado suscribir matrimonio civil. En este último caso, el interés liberal por la formalidad superó su preocupación por mejorar la situación de la mujer y de los hijos a través de reformas que según la información que tenían disponible fueron ineficaces.[37]

[33] Véase Mecham, J. Lloyd, *Church and State in Latin America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1934.

[34] Véase Jaramillo, *Derecho y Familia*, *op. cit.*, especialmente la parte I.

[35] *Idem.*

[36] Sobre la evolución del matrimonio en México, véase Goddard, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, *op. cit.*

[37] Véase Jaramillo, "Dalla tradizione della famiglia alla famiglia comme tradizione" *op. cit.*

El programa liberal de reforma en todo caso puede entenderse como realizándose progresivamente a lo largo del siglo XX, en particular su llamado a eliminar restricciones al divorcio y someter a los jueces los conflictos entre padres y entre padres e hijos.

III. El modelo social

El modelo social, a diferencia del modelo liberal, fue articulado principalmente por autores italianos, Antonio Cicu, y franceses, Louis Josserand y Julian Bonnecase, y se difundió a través de la doctrina. Parte del supuesto de que la familia es un organismo social y que el derecho de familia debe protegerla reflejando sus necesidades y atendiéndolas. Más que interesarse por las relaciones entre los miembros de la familia, el modelo se interesa por las condiciones de entrada y de salida y por definir los mecanismos a través de los cuales se va a cuidar de los miembros de la familia cuando ésta deje de existir o muestre su incompetencia para cumplir con sus funciones. Es este modelo el que va a dar a luz a las instituciones de protección o tutela de la familia en sus diversas modalidades, si bien sólo progresivamente llega a afectar el derecho civil la existencia de estas instituciones.

La idea de que la familia es un organismo natural o "sociedad" prepolítica estaba bien establecida mucho antes de finales del siglo XX. Como lo señalé anteriormente, el mismo Locke partía de la base de que este era un hecho notorio y aceptado. La diferencia en el modelo social es que se pasa a aceptar que el derecho regula a las personas en cuanto se encuentran en relación con otras y no principalmente como individuos con derechos. Savigny en su *Sistema de Derecho Romano Actual* expresa así la idea de los individuos con derechos:

> Para que los seres libres, puestos de esta manera en relación, puedan ayudarse mutuamente y no estorbarse nunca el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separación determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentre seguridad e independencia: ahora bien, la regla que fija esos límites y garantiza esta libertad se llama derecho…; Bajo el punto de vista en que nos hemos colocado, cada relación de derecho nos aparece como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña.[38]

[38] Von Savigny, Friedrich, *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. I, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1878, pp. 223 y 224.

Los que apoyaron el modelo social, por el contrario, enfatizaron la dependencia de los individuos y el derecho como el hecho que asegura esta dependencia o solidaridad y no la separación o independencia. Así lo expresa León Duguit:

> Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes, y que la sociedad humana es un hecho primario y natural, y en manera alguna el resultado de la voluntad humana …el hombre comprende, además, que no puede satisfacer sus necesidad, ni puede realizar estas tendencias y aspiraciones sino mediante la vida común con otros hombres… Así, pues, diremos que el hombre está unido a otros hombres por los lazos de la *solidaridad social*.[39]

Los socialistas propusieron básicamente dos alternativas para pensar el derecho desde las relaciones. La primera alternativa fue la del PLURALISMO JURÍDICO.[40] De acuerdo con esta alternativa, más allá del derecho estatal que regula ciertos aspectos de algunas relaciones entre las personas, debe reconocerse la existencia de otros sistemas normativos que imponen deberes entre los que hacen parte de grupos sociales. La segunda alternativa fue la de renovar las categorías jurídicas, descartando todas las que reflejaran la metafísica del individualismo e introduciendo en su lugar unas que dieran cuenta de la interdependencia. Así, por ejemplo, se propuso abandonar la noción de Estado para hablar del servicio público, abandonar la idea de voluntad y culpa para hablar de riesgo, y abandonar la idea de derechos para hablar de responsabilidad.[41]

En la discusión sobre matrimonio, divorcio y paternidad en América Latina tuvo más importancia el proyecto de transformación de las categorías jurídicas que el del pluralismo. En particular, la idea de que la familia es un organismo y el derecho debe responder a sus necesidades dio origen a un campo de estudio y elaboración doctrinal autónomo que pasó a llamarse "derecho de familia".[42] Se incluyeron en este campo, principalmente, los debates sobre las reglas atinentes al matrimonio, el divorcio y la paternidad, aunque muchos autores presionaron por incluir instituciones relacio-

[39] Duguit, León, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, F. Beltrán, segunda edición española, 1926, p. 8.

[40] Sobre el pluralismo jurídico en su versión social véase Di Robilant, Ana Nicolis, "Genealogies of Soft Law" en *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, especialmente pp. 227-552.

[41] Sobre las innovaciones propuestas por el modelo social véase Kennedy, Duncan, "Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1950" en *Suffolk University Law Review*, vol. 36, 2003, p. 631-669.

[42] Véase, en general, Jaramillo, "The Social Approach to Family Law", *op. cit.*

nadas con las posibilidades de la familia de satisfacer sus funciones más que aquellas sobre la constitución y fin de la familia.[43]

La creación de un campo doctrinal autónomo tuvo consecuencias de dos tipos. Las primeras, que podríamos llamar negativas, se relacionan con la *excepcionalización* del derecho de familia frente al derecho privado general. En particular, el modelo social ha enfatizado que en el ámbito del derecho de familia no prevalece el principio de autonomía de la voluntad y, por tanto, no aplican las reglas generales sobre validez y eficacia de los contratos.[44] El segundo tipo de consecuencias asociado a la autonomía del campo del derecho de familia tiene que ver con las nuevas doctrinas e instituciones adoptadas para atender a las familias.

Las tres modificaciones conceptuales más importantes defendidas por los tratadistas en derecho de familia son la del abuso del derecho, la interdisciplinariedad y la garantía de la subsistencia familiar. La doctrina del abuso del derecho fue desarrollada por Louis Josserand y aunque tenía un alcance mucho más amplio que el del derecho de familia, fue firmemente abrazada por los tratadistas como una opción para explicar por qué aún sin introducir cambios en la legislación era posible limitar los poderes de los esposos y padres.[45] La doctrina propone que cada derecho que se confiere a uno de los padres debe entenderse como internamente limitado por los deberes que justifican el que socialmente se entreguen estos deberes a los padres. Por ejemplo, el derecho de dar o no autorización para el matrimonio se encuentra limitado por el deber de velar siempre por el bienestar del hijo. En concepto del mismo Josserand, esto implica que el padre debe: 1) dar razones para negar la autorización al matrimonio y 2) mostrar que esas razones tienen que ver con el bienestar del hijo y no con el propio.

Al subrayar que la familia es un organismo social, los tratadistas del derecho de familia también consideraron pertinente recalcar que tanto para comprender a la familia como para resolver sus conflictos es de vital importancia la interdisciplinariedad. Así, los tratados de derecho de familia famosamente comienzan con exposiciones de antropólogos o sociólogos sobre la familia en tiempos remotos y contemporáneos que sirven para "contextualizar" las explicaciones posteriores.[46] Pero también, y lo que es más impor-

[43] *Idem.*

[44] *Idem.*

[45] Sobre la doctrina del abuso del derecho en derecho de familia véase Josserand, *op. cit.*

[46] Véase, por ejemplo, Díaz De Guijarro, Enrique, *Tratado De Derecho De Familia*, vol. 1, Editora Argentina, Buenos Aires 1953; Belluscio, Augusto, *Manual De Derecho De Familia*, vol. 1, 4a. ed., Buenos Aries, Ediciones Depalma, 1996; Méndez Acosta, María Josefa *et al.*, *Dere-*

tante, la interdisciplinariedad ha sido una de las más fuertes razones para exigir que los asuntos policiales y judiciales de familia sean atendidos por autoridades especializadas y debidamente entrenadas, apoyadas por equipos interdisciplinarios.[47] Surgieron así los jueces de familia, las comisarías de familia, las policías de familia, etc.[48]

Los tratadistas de derecho de familia adicionalmente han llamado la atención sobre la vulnerabilidad de las familias y la correlativa necesidad de proteger su subsistencia mediante medidas que garanticen su patrimonio. Especialmente importante a este respecto ha sido la institución del patrimonio familiar inembargable. También se han sugerido medidas como el embargo del salario del padre para garantizar los alimentos de los hijos y hasta la cárcel para los padres incumplidos. De otro lado, se han ensayado programas de asignación de propiedad a "familias", sobre todo en programas de reforma agraria o renovación urbana, así como sistemas de protección social de beneficio o con cobertura familiar.[49]

Al igual que el modelo liberal, este modelo ha sido sometido a críticas de tipo metodológicas y sustantivas. Metodológicamente se ha denunciado la intención de deducir normas de los estudios de la realidad social. Sustantivamente se ha criticado la preferencia por la familia como grupo de afiliación básica y la manera en la que la distribución de recursos a través de la unidad familiar ha contribuido a agravar la dependencia explotable de mujeres y niños, tanto frente a sus esposos como frente a los burócratas de turno.

En efecto, la huida del modelo social a las ciencias sociales a través del recurso de la interdisciplinariedad ha sido denunciada como una forma de resolver la indeterminación del derecho que es tan problemática como

---

cho De Familia, vol. 1, Buenos Aires, Rubonzal y Culzoni, 1982; Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mejicano,* vol. 2, Editorial Porrúa, 1998.

[47] El profesor José Barroso Figueroa explica de esta manera la necesidad de instituciones especiales a la luz del modelo social: "La permanencia del derecho de familia dentro del civil (y con ello en el ámbito privado), opera más bien por inercia que por la meditada intención de que así ocurra. Sustantivamente (institucionalmente) la rama jurídica de que nos ocupamos escapa a los principios jusprivatistas; su orientación teleológica coincide con la del género jurídico donde se le ubica…, pero mientras no contemos con código, procedimientos, tribunales y enseñanza especializados, aún hemos de seguir viendo en el derecho familiar, un apéndice (caduco) del derecho civil." Barroso Figueroa, José, "La Autonomía del Derecho de Familia", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* tomo xvii, núm. 68, 1967, p. 839

[48] En el caso colombiano las comisarías o policías de familia y los jueces de familia se crearon en 1989 (Decreto 2737 de 1989 y decreto 2272 de 1989). Un estudio comparado del proceso familiar en América Latina puede encontrarse en Benavides Santos, Diego, "Tendencias del proceso familiar en América Latina" en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 321, 2006.

[49] Al respecto véase Díaz Guijarro, *op. cit.*

lo fue la huida hacia la elaboración conceptual y la huida hacia la historia.[50] Especialmente se ha señalado que aun si las ciencias sociales coincidieran en sus descripciones de la realidad, de estas descripciones no podemos deducir normas en un sentido o en otro.[51] Este problema claramente se agrava ante las divisiones metodológicas al interior de las ciencias sociales y sus dificultades para llegar a consensos sobre la descripción de la realidad.

Tómese el caso, por ejemplo, de la fascinante discusión sobre el patriarcado y el matriarcado que incluyen muchos de los tratados latinoamericanos en sus primeras páginas.[52] Para algunos autores, la descripción de la existencia de una forma de matriarcado antes del predominio del patriarcado en las familias es una prueba concluyente de que el patriarcado es una forma más evolucionada de la vida familiar y por eso las normas deben fortalecer al hombre en cuanto padre y esposo. Otros, sin embargo, concluyen precisamente lo contrario: que la existencia previa de un matriarcado nos sirve para imaginar la posibilidad de vivir en un régimen distinto y por eso las reglas en lugar de fortalecer al hombre debe dar iguales derechos a las mujeres. Más allá de la discusión normativa, la discusión contemporánea es precisamente hasta qué punto la descripción de Engels, tomada de los estudios de "Bachofen, Taylor y Morgan", es válida para todos los pueblos y especialmente para pensar en el pasado remoto de la humanidad.[53] Concretamente porque los estudios en los que se basó eran estudios de comunidades nativas del siglo XIX que supuestamente habían estado "aisladas" del resto de la humanidad.[54] La idea de que las comunidades aisladas pueden enseñarnos sobre el pasado de la humanidad es una que la antropología abandonó hace tiempo.[55]

[50] El famoso artículo de Holmes, Oliver Wendell, "The Path of Law" en *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, pp. 457-478, resume las críticas metodológicas a la teoría jurídica que sostuvo el modelo liberal.

[51] Formulada, por ejemplo, por Weber. Véase Weber, Max, *The Methodology of the Social Sciences*, Shils & Finch, eds., 1949.

[52] Por ejemplo, Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de Familia y Menores*, Novena Edición, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2004, pp. 19-21.

[53] *Ibidem*, p. 19. La versión completa de Engels sobre el matriarcado y el patriarcado se encuentra en su libro *Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, 1884.

[54] Morgan, Lewis H., *Ancient Society*, 1877. Morgan vivió por mucho tiempo con los indígenas Iraqois en los Estados Unidos y en esta experiencia basó buena parte de sus conclusiones, aunque también tuvo en cuenta estudios de comunidades asiáticas y la información disponible en la historia universal (occidental).

[55] Uno de los primeros y principales críticos del trabajo de Morgan fue Franz Boas, cuya obra principal, *La mente del hombre primitivo*, fue publicada tan temprano como 1911.

La noción de que el derecho de familia debe proteger a las familias, que es reforzada por tantos tratados internacionales y constituciones nacionales, ha sido criticada por dejar de lado otras formas de asociación igualmente relevantes en términos afectivos y económicos, así como por centrar la pareja sexual más que los grupos sociales que cumplen con estas funciones emocionales y de subsistencia. Este deslizamiento de la noción de familia hacia la noción de pareja sexual es un efecto particular de la centralidad que tiene la institución del matrimonio, e incluso la de uniones de hecho, maritales o informales, en el campo del derecho de familia.[56] Esto hace que sea difícil ver como familia, dentro del derecho, a grupos como los formados por una abuela y sus nietos o una tía y sus sobrinos.

La invisibilidad para el derecho de ciertas afiliaciones afectivas no sería problemática si no fuera porque el "ser familia" se convierte, dentro del modelo social, en un mecanismo privilegiado de distribución de poderes y recursos. Los poderes van desde las decisiones médicas, incluidas las de vida o muerte; el derecho de visitas, a niños y a adultos incapacitados; y el derecho a reclamar la reunificación familiar para cruzar fronteras nacionales; hasta el derecho de abstenerse a declarar contra una persona y el derecho a incluir a otra persona como "beneficiario" de servicios de salud y otras prestaciones de la seguridad social.

De otra parte, estos mismos beneficios entregados a la "familia" o "por ser familia", lo que muchos sistemas llaman la cobertura familiar, inciden en aumentar la dependencia explotable de las esposas y los hijos dentro de la familia.[57] Esto es, dado que se entregan los recursos a la familia y la familia es, de hecho, representada por uno o algunos de sus integrantes; este que tiene la posibilidad de acceder directamente al recurso tiene el poder para doblegar a los demás.[58] En los sistemas modernos, basados en el modelo del esposo proveedor, la dependencia se ha concentrado en las esposas

[56] Véase Halley, Janet, "Recognition, Rights, Regulation, Normalisation: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate" en Robert Wintemute y Mads Andenaes (eds.) *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Survey of National European and International Law*), Oxford, Hart Publishers, 2001, pp. 98-110. Véase también, Fineman, Martha, *The Neutered Mother*, *the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, New York, Routledge, 1995.

[57] Véase Fraser y Gordon, *op. cit.*

[58] La literatura especializada sobre la importancia de la familia en la distribución pública de recursos se refiere a procesos de familiarización y desfamiliarización. Véase Esping-Andersen, Gösta, "La Política Familiar y la Nueva Demografía" en *ICE*, núm. 815, Mayo-Junio 2004. Un análisis de este balance en América Latina puede encontrarse en: Arriagada, Irma, *Familias y Políticas Públicas en América Latina: Una Historia de Desencuentros*, Santiago, CEPAL, 2007.

e hijos por estar ellos por fuera del mercado a través del cual se asigna la protección social, *i. e.*, el mercado laboral.

El ejemplo de las adolescentes y su acceso a servicios de salud sexual y reproductiva puede ser ilustrativo de la dependencia de los hijos dentro del modelo social de comprensión del derecho de familia. Conforme a este modelo, siguiendo la regla general enunciada anteriormente, el derecho de los padres para decidir sobre la salud de sus hijos está limitado por el deber de velar por su bienestar. En consecuencia, se asigna a los padres el poder de registrar a sus hijos como sus beneficiarios en el servicio de salud y, en consecuencia, materialmente, de vigilar cada intención del hijo o hija de utilizar estos servicios. Los hijos podrían, teóricamente, pedir al juez limitar las acciones de los padres. Sin embargo, se ha encontrado que este poder de vigilancia que se asigna a los padres ya es suficiente para desincentivar a los menores a usar servicios de salud sexual y reproductiva, y podría estar directamente relacionada con aumentos en el embarazo adolescente y la dificultad para reducir las tasas de infección por enfermedades sexualmente transmisibles.[59]

IV. El modelo de la paridad

El modelo de la paridad en derecho de familia apenas empieza a tener influencia en América Latina, si bien sus primeras articulaciones pueden remitirse a los trabajos de las feministas en los Estados Unidos en los años ochenta del siglo XX.[60] En muchos sentidos podría entenderse como una síntesis de los dos modelos anteriores: afirma la autonomía individual, como el modelo liberal, pero también enfatiza la importancia de ver a los individuos en relaciones de coerción, como en el modelo social; está a favor de la diversidad institucional para estimular la elección, como el modelo liberal, pero no justifica la distribución de recursos usando el argumento de

[59] República de Colombia, Ministerio de Protección Social, *Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*, pp. 17 y 18. Véase también, en general, Camacho Hubner, Alma Virginia, *Perfil de salud sexual y reproductiva de los y las adolescentes y jóvenes de América Latina y el Caribe: Revisión bibliográfica, 1988-1998*, Organización Panamericana de la Salud, Serie OPS, FNUAP1, 2000.

[60] En general usaré el apelativo "feminista", siguiendo la definición juiciosa de Janet Halley, para referirme a quienes adhieren a tres supuestos: a) el mundo está dividido entre hombres (M) y mujeres (F), o entre lo Masculino y lo Femenino; b) (M) siempre está sobre (F); c) hay que estar siempre a favor de (F). Véase Halley, Janet, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 17-20.

la voluntad y la culpa, como el modelo social; considera que deben primar las personas sobre los grupos, como el modelo liberal, pero no se resigna a que algún individuo tome todas las decisiones para poder lidiar con los grupos, como el modelo social. Es único, sin embargo, en su apuesta por redistribuir poder y recursos a favor de las mujeres a través de las normas del derecho de familia.

La crítica feminista al modelo liberal de derecho de familia se desarrolló en el contexto de los Estados Unidos desde mediados del siglo XIX. Las feministas se opusieron a las normas que establecían al esposo/padre como único capaz de tener propiedad y a las normas que autorizaban el uso de la violencia por parte del esposo para corregir a su esposa.[61] En gran medida, los argumentos que utilizaron para lograr las reformas interrogaban el derecho de familia desde la noción misma de racionalidad y voluntad que estaba al corazón del argumento liberal. Así, por ejemplo, la famosa Declaración de Seneca Falls señala:

> Consideramos estas verdades como evidentes: que todos los hombres y mujeres fueron creados iguales; que el Creador les dio los mismos derechos; que entre ellos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar estos derechos se establecen los gobiernos, cuyos legítimos poderes derivan del consentimiento de los gobernados.[62]

Defendiendo una igualdad más amplia y la importancia del voto para conseguirla, Susan B. Anthony expresaría unos veinte años después la misma confianza en el argumento de la igualdad basada en la voluntad:

> Ahora que, como resultado de la agitación por la igualdad de oportunidades y a través de la invención de la máquina, ha ocurrido una gran revolución en el mundo de la economía, de modo que a donde quiera que vaya un hombre a ganarse un dólar honestamente, puede ir una mujer también, no hay escapatoria de la conclusión que ella debe tener el mismo poder para defenderse. Ese poder es el derecho al voto, el símbolo de la libertad y la igualdad, sin el cual ningún ciudadano puede estar seguro de mantener lo que tiene, mucho menos de conseguir lo que no tiene.[63]

Las feministas también criticaron el modelo social desde el socialismo mismo. En particular, se opusieron a la idea de que la división del trabajo al interior de la familia podía ser representada usando la díada del emplea-

[61]Sobre las reformas a las normas que autorizaban golpear a las mujeres, véase Siegel, Reva, "The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Practice" en *Yale Law Journal*, vol. 105, 1996, pp. 2117-2206.

[62] Miriam Schneir (comp.), *Feminism: The Essential Historical Writings* pp. 77 y 78, traducción propia.

[63] *Ibidem*, pp. 141 y 142, traducción propia.

dor y el empleado o de la empresa mercantil. Estas dos formas podrían ser formas en las que la independencia individual se combinaría con la interdependencia social, o, en otras palabras, se lograría igualdad en la relación de interdependencia. Pero, como lo señaló enfáticamente Charlotte Perkins Gillman, el matrimonio está lejos de ser una relación con tales características. Para la autora, las mujeres están sometidas en el matrimonio a ser dependientes económicamente de sus esposos, mientras que estos pueden lograr independencia como agentes económicos. Esto es consecuencia del hecho de que las mujeres obtienen recursos no como contraprestación de los servicios realizados, pues el dinero, comida, ropa, etc., que reciben no es proporcional a la calidad y cantidad de los servicios, sino en razón de su sexo, es decir, por ser mujeres.

De aquí concluye la autora que la idea misma de las funciones familiares es una idea que busca mantener la dependencia de las mujeres y por eso debe ser sometida a intensas críticas y abandonada:

> La co-operación usualmente se entiende como la unión de las familias para una mejor realización de sus supuestas funciones. El proceso falla porque el principio está mal. Cocinar y limpiar no son funciones de la familia. No tenemos una boca de la familia, un estómago de la familia, una cara de la familia que necesita ser limpiada. Los individuos son los que necesitan alimentarse y limpiarse desde que nacen hasta que mueren, sin importar si tienen familia… Cocinar es una función social. No es en lo más mínimo una función de la familia.[64]

La verdadera independencia, tanto de hombres como mujeres, exigirá, dice Gillman, enormes cambios en nuestra forma de vida:

> Para alimentar al mundo usando servicios expertos, llevando a su mejor expresión la habilidad y experiencia, el poder de la ciencia y la belleza del arte de un especialista entrenado, es imposible en los confines de la relación sexo-económica. Mientras tratemos la culinaria como una función sexual propia de las mujeres y comer como una función de la familia que no se puede alcanzar de otra manera, no podremos desarrollarnos… Los apartamentos no tendrían cocinas; pero habría una cocina en el edificio en la que se prepararían los alimentos y se servirían a las familias en sus cuartos o en un comedor común. Sería un hogar en el que la limpieza la realizarían trabajadores eficientes, no contratadas por cada familia sino por un administrador; y el cuidado de los niños lo aseguraría un jardín, una guardería y un kindergarden atendidos por enfermeras y profesoras profesionales.[65]

[64] *Ibidem*, pp. 242 y 243, traducción propia.
[65] *Ibidem*, p. 244, traducción propia.

Las reformas que impulsaron estos dos tipos de críticas fueron bien diferentes. En general, las que más rápida y completamente se adoptaron fueron las reformas de inspiración liberal, mientras que las reformas propuestas por las feministas socialistas prácticamente no prosperaron. El modelo de la paridad, entonces, se basa principalmente en la desilusión que resultó del fracaso del modelo liberal en su versión más feminista, así como en las críticas a la versión menos feminista del modelo social. Este modelo enfatiza la diversidad institucional, las medidas realizables formalmente y la redistribución de recursos bajo la idea de distribución social del riesgo.

Ciertamente, el programa feminista inspirado en los principios liberales se ha materializado lentamente, pero para los setenta ya se había adoptado casi por completo en la mayoría de los países del mundo. Este programa exigía básicamente: 1) eliminar todas las restricciones impuestas a las mujeres casadas para trabajar, administrar bienes, heredar, estudiar, votar, y negociar; 2) eliminar las distinciones entre hombres y mujeres en materia de matrimonio; 3) eliminar el deber de obediencia de las mujeres frente a sus maridos; 4) conceder iguales derechos a hombres y mujeres en relación con el cuidado de los hijos; 5) liberalizar el divorcio, eliminando las causales diferenciales para hombres y mujeres y disminuyendo o eliminando las causales culposas; y 6) ofrecer alternativas institucionales al matrimonio religioso.

Este programa, sin embargo, no parece haber entregado la liberación, igualdad, emancipación, felicidad, que prometía. Las cifras, que eran la pieza clave en el planteamiento original del problema, siguen mostrando patrones muy similares a los iniciales: aunque las mujeres pueden tener propiedad, tienen menos propiedad; aunque las mujeres pueden ganar su propio salario, ganan sistemáticamente menos que los hombres; aunque las mujeres pueden divorciarse con la misma frecuencia que los hombres, lo inician menos que los hombres; aunque pueden votar, son elegidas con mucha menos frecuencia que los hombres; etc.[66]

En el campo del derecho de familia, el fracaso del programa liberal se materializa en el empobrecimiento de las mujeres y niños como consecuencia del divorcio.[67] Este empobrecimiento resulta tanto de los esquemas

[66] El Banco Mundial ha hecho un enorme esfuerzo por centralizar información estadística sobre Equidad de Género. Véase, Gender Equality Data and Statistics en: *http://data topics.worldbank.org/gender/*.

[67] Los estudios mostrando el empobrecimiento de las mujeres después del divorcio empezaron a aparecer tan temprano como 1977 y se relacionaron con la preocupación pública por las mujeres cabeza de familia. Véase, por ejemplo, Espenshade, T. J. "The economic consequences of divorce" en *Journal of Marriage and the Family*, vol. 41, 1979, pp.615-625; Pearce, Diane, "Women, work and welfare: The feminization of poverty" en *Working Women and Families* (K. W. Feinstein, ed.), Beverly Hills, Sage Publications, 1979; De Frain y Eireck,

existentes de división de recursos después del divorcio, como de los esquemas existentes de determinación de la custodia y visitas de los niños.

Los esquemas existentes de división de recursos asumen que las normas básicas autorizan a las mujeres a trabajar del mismo modo que los hombres y, en consecuencia, que acumulan recursos de la misma manera que los hombres y en la misma cantidad. En principio, estos esquemas dividen la propiedad acumulada durante el matrimonio y tienen poca consideración de las diferentes inversiones y los diferentes retornos a las inversiones que hacen los miembros de la pareja.

A estas diferencias "externas" o del mercado, se suman las diferencias en el interés y la relación con los hijos. En este caso se asume también que ambas partes tienen el mismo interés y capacidad para asumir la inversión en tiempo que implica la crianza y se espera que las diversas elecciones sean asumidas en sus costos específicos por las partes.[68]

El modelo social en su versión no feminista, de otro lado, fue criticado por ocultar bajo la idea de la "familia" la división sexual del trabajo, el conflicto de poder e incluso la violencia que ocurre en las relaciones entre esposos y entre padres e hijos. El énfasis en la función familiar prioriza a tal punto mantener esta forma de colaboración que subordina la preocupación por estas relaciones.[69]

El modelo de paridad plantea una síntesis de estos dos modelos al proponer favorecer la autonomía mediante un aumento de las posibilidades de negociación en materia de derechos y obligaciones a través de la diversidad institucional, al tiempo que se introducen normas que efectivamente redistribuyen los recursos teniendo en cuenta los riesgos y no las elecciones y la culpa. Los cuatro temas en los que se concentran las innovaciones normativas son acuerdos prenupciales, tipos maritales, comunidad de bienes o sociedad conyugal y custodia.

Si bien algunos sistemas jurídicos han tenido siempre la figura de los acuerdos prenupciales, esta figura es extraña a la tradición hispánica y fue

---

"Coping as divorced single parents: A comparative study of fathers and mothers" en *Family Relations*, vol. 30, 1981, pp. 265-73; Bhar, Stephen, "Marital dissolution laws: Impact of recent changes on women" en *Journal of Family Issues*, vol. 4, 1983, pp. 455-66.

[68] Una crítica general de las reformas orientadas por la idea de la igualdad puede encontrarse en el libro de Fineman, Martha, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, Chicago, University of Chicago Press, 1991. Véase también, Weitzman, Lenore J., *The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, Free Press, 1985.

[69] Para una crítica comprehensiva de la familia social véase Barret, Michèle y McIntosh, Mary, *Familia vs. Sociedad*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1991.

rechazada en los códigos derivados del modelo de Vélez Sarsfield y prevista de modo muy limitado en los códigos derivados del modelo de Bello.[70] Habilitar formas más amplias de acuerdos prenupciales debería permitir negociar mejores arreglos económicos en caso de terminación o ruptura, en la medida que permitiría planear mejor el presente y futuro de la pareja. Lo más importante, sin embargo, es que estos acuerdos permitirían a cada pareja elegir lo mejor para su caso concreto.

La diversidad institucional en la maritalidad es un proyecto porque muchas de las legislaciones latinoamericanas no prevén formas maritales alternativas al matrimonio solemne civil o religioso.[71] Al igual que en el caso de los acuerdo prenupciales, lo importante en esta reforma es aumentar la capacidad de elección de las personas para intentar acercarse a formas que reflejen sus valores, intenciones y programas.

Este énfasis en la flexibilidad, creatividad e innovación en el momento de "entrada" a las relaciones, no obstante, se acompaña de un énfasis igualmente importante en redistribuir los riesgos sociales a través de normas realizables formalmente. En particular, las feministas han demandado una distribución equitativa de los bienes acumulados durante la relación marital, esto es, una distribución que no sólo reconozca el trabajo de cuidado de la mujer sino que la compense por sus decisiones laborales; y privilegios en las decisiones de custodia de los hijos comunes, mostrando que el "interés superior" del menor o la custodia compartida como regla supletiva de la voluntad, debilitan la posición de negociación y, por tanto, la posición económica de la mujer después de la terminación de la relación.[72]

La discusión sobre la distribución equitativa de bienes acumulados durante la relación marital es una discusión que data al menos de los tiempos romanos y que se ha resuelto con un espectro institucional que va desde la separación patrimonial completa, hasta la comunidad universal de bienes, pasando por diversas combinaciones de distribución de ganancias y modelos de reclamo de cuotas alimentarias.[73] El modelo de separación patrimo-

[70] Sobre los acuerdos prenupciales en los códigos que siguieron el modelo de Bello véase Jaramillo, *Derecho y Familia en Colombia, op. cit.*, especialmente Parte II.

[71] Este es el caso de Argentina en el momento actual. Sobre las uniones de hecho en América Latina véase Rodríguez Vignoli, Jorge, *Unión y Cohabitación en América Latina: ¿modernidad, exclusión, diversidad?*, Santiago de Chile, Serie Población y Desarrollo núm. 57, 2005.

[72] Como lo ha señalado Janet Halley, este es el programa del feminismo dominante o de gobernanza. El debate al interior del feminismo en torno a estas propuestas sigue vigente. Halley, *Split Decisions*, *op. cit.*, p. 20.

[73] La convicción de que sólo la comunidad universal de bienes satisface las demandas de la igualdad entre hombres y mujeres ha sido expresada claramente por el Comité de la

nial ha sido mucho más usual entre los anglosajones, mientras que la comunidad universal de bienes se aproxima al modelo hispano americano.[74]

El modelo de la paridad se orienta a exigir la comunidad universal de bienes como forma patrimonial que protege de mejor manera a las mujeres en la medida que les evita probar específicamente los aportes a la sociedad de gananciales (distribución equitativa) o la existencia de una empresa económica común (sociedad de hecho).[75] Esta apuesta se basa en el reclamo histórico del feminismo socialista de dar valor al trabajo que las mujeres realizan al interior de los hogares, y en la frustración de las feministas liberales por no conseguir que las mujeres obtengan igual remuneración y trato por su trabajo remunerado.[76]

Justamente, uno de los efectos más importantes de la liberalización del divorcio ha sido el empobrecimiento de las mujeres. Las feministas han mostrado que esto se debe a que el régimen económico del matrimonio, y sobre todo las reglas sobre el divorcio, asumen que ambos cónyuges tienen

---

Convención para Erradicar toda Forma de Discriminación contra la Mujer en su Comentario General núm. 21 a la Convención de su Treceava Sesión (1994), numerales 11 y 12. En estos numerales, el comité afirma en relación con el artículo 16 de la Convención:

"11. Históricamente, la actividad humana en las esferas pública y privada se ha considerado de manera diferente y se ha reglamentado en consecuencia. En todas las sociedades, por mucho tiempo se han considerado inferiores las actividades de las mujeres que, tradicionalmente, han desempeñado su papel en la esfera privada o doméstica.

12. Puesto que dichas actividades tienen un valor inestimable para la supervivencia de la sociedad, no puede haber justificación para aplicarles leyes o costumbres diferentes y discriminatorias. Los informes de los Estados Partes ponen de manifiesto que existen todavía países en los que no hay igualdad de jure. Con ello se impide que la mujer goce de igualdad en materia de recursos y en la familia y la sociedad. Incluso cuando existe la igualdad de jure, en todas las sociedades se asignan a la mujer funciones diferentes, que se consideran inferiores. De esta forma, se conculcan los principios de justicia e igualdad que figuran en particular en el artículo 16 y en los artículos 2o., 5o. y 24 de la Convención".

[74] Véase Krasnow, Adriana N., "El Régimen patrimonial del matrimonio en derecho comparado- Caracterización del Régimen Vigente en el Derecho Argentino", *Revista de Derecho Privado: Universidad Externado de Colombia*, vol. 17, 2000, pp. 209-224.

[75] En la distribución equitativa de bienes es necesario que cada cónyuge demuestre cuánto contribuyó a la adquisición de los bienes a repartirse. En el contexto de la invisibilidad económica del trabajo de cuidado al que me he referido antes, esto implica que las mujeres que se dedican a labores domésticas no pueden demostrar ninguna contribución y quedan sin derecho alguno sobre la masa de bienes acumulada. Algo similar ocurre con la figura de la sociedad de hecho que, en general, exige demostrar una empresa económica común distinta de la cohabitación con fines sexuales.

[76] La idea de que la explotación de las mujeres en el capitalismo se materializa en la expropiación de su fuerza de trabajo por parte de su marido fue planteada por Engels en su libro *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*.

la misma capacidad e interés en obtener recursos por la venta de su trabajo en el mercado laboral. La realidad es que la mayoría de las parejas "acuerdan" que la mujer se dedicará primordialmente a las labores domésticas y el cuidado de los hijos. El asunto es que no "acuerdan" cómo se compensará esta decisión económica en el futuro y las normas jurídicas simplemente no prevén que este sea un acuerdo frecuente.

De un lado, las normas de carácter legal y social no le dan valor económico a las labores domésticas. Así, aunque para la pareja, y especialmente para la mujer, es claro que su dedicación al "hogar" tiene un valor económico, calculado no sólo por el salario que efectivamente dejó de ganar, sino por lo que costaría obtener estos mismos servicios (de la misma calidad) en el mercado, y por el bienestar que se obtiene, en términos de autonomía, de no tener un extraño en casa, el régimen legal de división de los bienes no tiene en cuenta estos costos económicos, asumidos por la pareja, pero con un impacto particular en la mujer. En el caso de un régimen de separación de bienes la consecuencia es que el hombre no sólo tiene derecho a todo lo adquirido "por el fruto de su trabajo" sino que la mujer no tiene derecho porque "no ha trabajado".

De otro lado, las normas del mercado laboral, al autorizar el pago de un menor salario a las mujeres, favorecen que sean las mujeres las que se dedican a las labores domesticas y que lo hagan de tiempo completo: para las parejas simplemente no es rentable tener a dos personas trabajando medio tiempo o a los hombres dedicados a las labores domésticas.[77]

Para el caso latinoamericano, más que la comunidad universal de bienes, que ya está en la mayoría de las legislaciones como forma supletiva o como forma obligatoria, la exigencia ha sido incluir mecanismos procesales que impidan eludir el régimen de comunidad universal de bienes a través de negocios fraudulentos.

En materia de custodia, las feministas norteamericanas le han apostado a reglas formales que privilegian a las madres frente a los padres. Su batalla se ha orientado contra los criterios pretendidamente neutros del interés superior del menor y de la custodia compartida. Su trabajo se ha orientado a mostrar que la posición de negociación de las mujeres en los casos de custodia se ve afectada por la conexión, negada pero crucial, entre custodia y división patrimonial; y por su mayor inversión e interés en el cuidado de los niños.

[77] Véase, por ejemplo, Silbaugh, Katherine, "Turning Labor into Love: Housework and the Law", en *Northwestern University Law Review*, vol. 91, p. 1, 1996; y Ertman, Michelle, "Commercializing Marriage: A Proposal for Valuing Women's Work through Premarital Security Agreements", en *Texas Law Review*, vol. 77, p. 17, 1998.

Efectivamente, el trabajo de Kornhauser y Mnookin muestra que en la negociación del divorcio, es una ventaja para el que tiene más recursos que la regla de custodia sea abierta o lo favorezca, especialmente si no tiene interés en asumir el cuidado de los niños.[78] Esto es así porque puede lograr que se acuerde entregar menos de los bienes conyugales o reducir la cuota alimentaria debida a cambio de no reclamar su interés en la custodia. Por el contrario, si quien tiene la ventaja en la regla de custodia no tiene interés en el cuidado de los niños, puede obtener más bienes o una cuota más alta con tal de ceder en su reclamo.[79] Las feministas consideran que las mujeres, que tienen el interés, deberían tener la ventaja en la custodia porque no tienen la ventaja económica. De esta manera se garantiza un arreglo económico "justo" al tiempo que se protege a los menores de edad.[80]

Al igual que los dos modelos anteriores, sin embargo, el modelo de la paridad también tiene límites en cuanto a su coherencia interna y su capacidad de ofrecer alternativas que permitan distribuir recursos entre hombres y mujeres y dar mayor seguridad económica a los niños y niñas. En particular, el modelo no es capaz de conciliar las reglas inspiradas en la distribución del riesgo con las reglas inspiradas en la diversidad institucional como mecanismo para garantizar la libre elección. Adicionalmente, el modelo no integra las intuiciones sobre el valor del trabajo doméstico y la exclusión de las mujeres del mercado de trabajo al abogar por los criterios formales más burdos tanto para el caso de la división de bienes como para el caso de la custodia.

Decididamente, si la justificación para la diversidad institucional es proporcionar a las parejas mayores posibilidades de ajustar sus preferencias a su vida común y planear las eventualidades particulares a las que van a enfrentarse, entonces no es muy razonable tener normas que a la salida hacen caso omiso de tales arreglos y fuerzan, para todos, una distribución similar: una división equitativa de los bienes actuales de la pareja y una preferencia de las mujeres por la custodia. Es cierto que a esta objeción se le podría oponer que la razón de la corrección sea que las reglas que enmarcan las decisiones sobre el tipo de unión y sobre acuerdos prenupciales producen un sesgo permanente a favor de los hombres. Pero entonces la

[78] Mnookin, Robert y Korhauser, Lewis, "Bargaining in the Shadow of the Law" en *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, 1979, pp. 950-997.

[79] *Idem.*

[80] Véase, en general, Smart, Carol y Sevenhuijsen, Selma *Child Custody and the Politics of Gender* (eds.), London, Routledge, 1989. También el vol. especial dedicado al tema: "Women and Custody" en *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 3, p. 1, 1989.

pregunta es por qué cambiar estas reglas y no cambiar esas reglas sobre el mercado laboral y el trabajo de cuidado que producen el sesgo. Específicamente en contextos como los latinoamericanos en los que el cambio de las reglas en el mercado laboral podría tener un efecto sobre todas las mujeres, mientras que los cambios en las reglas de la sociedad conyugal tendrían efecto principalmente para las mujeres de clase media y alta. Más aún, la pregunta sería cómo el cambio de las reglas sobre la división de bienes puede favorecer transformaciones más duraderas que la mera compensación individual para las divorciadas.

Ahora bien, no tener en cuenta las reglas sobre remuneración y división sexual del trabajo no sólo es importante porque afecta las posibilidades de transformaciones estructurales. También es importante porque, como lo ha mostrado la experiencia de países con regímenes de comunidad universal de bienes, aún con las reglas más "formales" en materia de división de bienes las mujeres tienen dificultades en lograr la compensación de los costos económicos en los que ha incurrido al dedicarse a la domesticidad. De una parte, porque todos los regímenes patrimoniales de la convivencia se limitan a la división de bienes actuales e intercambiables en el mercado. Esto implica, principalmente, que se quedan por fuera de la separación los salarios futuros, el "capital humano" y la valoración que hace el mercado laboral de las mujeres en cuanto trabajadoras. De otra parte porque no se consideran susceptibles de compensación ni las inversiones en capacitación de una de las partes, ni la pérdida de valor en el mercado de la parte que se ha dedicado a lo doméstico.

V. Conclusiones

En este capítulo he presentado un panorama general de los tres modelos para pensar el matrimonio, el divorcio y la paternidad que han tenido alguna relevancia en América Latina. En cada caso he mostrado los elementos conceptuales básicos, las rutas por las que se han vuelto dominantes, las críticas a modelos alternativos y los límites de cada modelo en términos de lograr la libertad o emancipación imaginada. En mi opinión, estos modelos deberían permitirnos refrescar la discusión sobre el papel de las normas sobre matrimonio, divorcio y paternidad en la construcción de identidades y la distribución de recursos. Especialmente, visibilizar estos modelos debería ayudarnos a superar la visión que insiste en separar teórica y metodológicamente a la familia, de la ciudadanía y de la propiedad.

Mi propio proyecto dentro del derecho de familia, sin embargo, no se enmarca en ninguno de estos modelos. De la mano del análisis distributivo considero que podemos encontrar soluciones puntuales para influir en conflictos bien delimitados sobre recursos, sin alcanzar una sola idea explicativa que de modo coherente nos permita deducir las reglas *justas* para todos los aspectos relacionados con el matrimonio, el divorcio y la paternidad.[81] En este sentido, disiento de la pretensión de que las identidades en las que se basa el análisis de los modelos sean suficientes para abrazar la complejidad de los conflictos por recursos que se dan en los temas de sexo y reproducción. Más allá del individuo, el hombre y la mujer, los niños, tenemos que considerar frente a recursos concretos en contextos delimitados cómo se ubican las personas conforme a su raza, clase social, ubicación geográfica, edad, atributos físicos, intereses, etc. Tal y como lo han señalado las mujeres de color y las mujeres pobres, los análisis que no tienen en cuenta las posiciones contingentes que producen los cruces de todos estos ejes, tienden a favorecer a las mujeres blancas de clase media y alta que son las autoras de los análisis. Tampoco creo que las mujeres "pierdan" siempre en el derecho de familia o que su libertad esté en empezar a "ganar" en el derecho de familia. Precisamente estoy convencida de que nuestras posibilidades de emancipación yacen en la articulación de proyectos desde miradas universalizadoras que nos hablen a todos de una mejor manera de vivir.

Además estoy convencida, como lo señala Kennedy, que cada conflicto se construye a partir de una complejidad de factores tal, que cada vez que aumentamos el nivel de generalidad perdemos la posibilidad de entender los efectos de nuestras intervenciones. Así, debemos tener claro que "corregir" o "enfrentar" ciertas inequidades en una determinada área, como la de la filiación, difícilmente puede darnos luces sobre cómo corregir o qué hacer en otra área, como el divorcio, para garantizar la supervivencia económica de los niños. Piénsese por ejemplo en las reformas recientes en

[81] Sobre el análisis distributivo véase, en general, Jaramillo, Isabel C., Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma judicial del Aborto en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2008; y Alviar García, Helena y Jaramillo, Isabel C., Sierra, *Feminismo y Crítica Jurídica*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2012. Sobre las dificultades teóricas de las reformas tipo código, véase Kennedy, Duncan, "law and economics from the perspective of critical legal studies", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, p. 465, Macmillan, New York, 1998; y Kennedy, Duncan "Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law" en Hesselink, M., ed., *The Politics of a European Civil Code* Amsterdam, Kluwer Law International, 2006.

materia de filiación y su impulso hacia la creación de un derecho de identidad genético. Esta certeza puede ser útil en conflictos en los que arrebatar a otros sus hijos biológicos sea una estrategia de guerra, como en el caso argentino, colombiano y guatemalteco. Igualmente puede ser útil para prevenir y tratar desórdenes con fuertes componentes genéticos. Pero si el objetivo que se tiene en mente es la supervivencia económica de los menores, este esquema puede fracasar tan rotundamente como el que privilegia la paternidad presunta matrimonial porque la razón del fracaso no es la dificultad en identificar los padres sino la pobreza y la escasa motivación de los padres.

VI. Bibliografía

A.A.V.V., "Women and Custody" en *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 3, núm. 1, 1989.

Alviar García, Helena y Jaramillo Sierra, Isabel C., *Feminismo y Crítica Jurídica*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2012.

Arriagada, Irma, Familias y Políticas Públicas en América Latina: Una Historia de Desencuentros, Santiago, CEPAL, 2007.

Barret, Michèle y McIntosh, Mary, *Familia vs. Sociedad*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1991.

Barroso Figueroa, José, "La Autonomía del Derecho de Familia", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* t. xvii, núm. 68, 1967.

Belluscio, Augusto, *Manual De Derecho De Familia*, vol. 1, 4a. ed., Buenos Aries, Ediciones Depalma, 1996.

Benavides Santos, Diego, "Tendencias del proceso familiar en América Latina" en *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 321, 2006.

Bentham, Jeremy, Principles of the Civil Code.

Bhar, Stephen J. "Marital dissolution laws: Impact of recent changes on women" en *Journal of Family Issues*, vol. 4, 1983.

Burton, John Hill, *Introduction to the study of the works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, Simpkin, Marshall and Co., 1843.

Camacho Hubner, Alma Virginia, Perfil de salud sexual y reproductiva de los y las adolescentes y jóvenes de América Latina y el Caribe: Revisión bibliográfica, 1988-1998, Organización Panamericana de la Salud, Serie OPS, FNUAP1, 2000.

Díaz De Guijarro, Enrique, *Tratado De Derecho De Familia*, vol. 1, Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.

DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, F. Beltrán, 2a. ed. española, 1926.

ERTMAN, Michelle, "Commercializing Marriage: A Proposal for Valuing Women's Work through Premarital Security Agreements", en *Texas Law Review*, vol. 77.

ESPENSHADE, T. J., "The economic consequences of divorce" en *Journal of Marriage and the Family*, vol. 41, 1979.

ESPING-ANDERSEN, Gösta, "La Política Familiar y la Nueva Demografía" en *ICE*, núm. 815, Mayo-Junio 2004.

DUGUIT, Leon, Las transformaciones del derecho público y privado, Madrid, Francisco Beltrán, 1917.

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis, *El derecho de familia en la legislación comparada*, Madrid, Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1947.

FILMER, Robert, Patriarcha or The Natural Power of the Kings, 1680.

FINEMAN, Martha The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies, New York, Routledge, 1995.

FINEMAN, Martha, The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, Chicago, University of Chicago Press, 1991.

FOSTER, Herbert D., "International Calvinism through Locke and the Revolution of 1688"en *The American Historical Review*, vol. 32, núm. 3, 1927.

FRASER, Nancy y GORDON, Linda, "A Genealogy of Dependency: tracing a Keyword of the US Welfare State" en *Signs*, vol. 19, núm. 2, 1994.

GODDARD, Jorge Adame, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México UNAM, 2004.

GREGORY, Charles Noble, "Bentham and the Codifiers" en *Harvard Law Review*, vol. 13, núm. 5, 1900.

GUZMÁN Brito, Alejandro, *La Codificación Civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

HALLEY, Janet, "Recognition, Rights, Regulation, Normalisation: Rhetorics of Justification in the Same-Sex Marriage Debate" en Robert Wintemute and Mads Andenaes (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Survey of National European and International Law*), Oxford, Hart Publishers, 2001.

HALLEY, Janet, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

JARAMILLO SIERRA, Isabel C. y ALFONSO SIERRA, Tatiana, *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma judicial del Aborto en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2008.

JARAMILLO SIERRA, Isabel C., "Dalla tradizione della famiglia alla famiglia comme tradizione: la riforma del diritto di familia del XIX secolo in America Latina" en *Rivista Critica del Diritto Privato*, vol. 39, núm. 2, 2011.

_____, *Derecho y Familia. Historias de Raza, Sexo y Clase en Colombia 1540-1940*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.

_____, "The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Cannonical Family Law Treatises of Latin America" en *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, núm. 4, 2010.

JOSSERAND, Louis, De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits, Paris, Dalloz, 1927.

KENNEDY, Duncan "Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1950" en *Suffolk University Law Review*, vol. 36, 2003.

_____, "law and economics from the perspective of critical legal studies", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, Macmillan, New York, 1998.

_____, "Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law" en Hesselink, M. (ed.), *The Politics of a European Civil Code* (Hesselink, ed.), Amsterdam, Kluwer Law International, 2006.

KRASNOW, Adriana N. "El Régimen patrimonial del matrimonio en derecho comparado. Caracterización del Régimen Vigente en el Derecho Argentino", *Revista de Derecho Privado: Universidad Externado de Colombia*, vol. 17, 2000.

LLOYD MECHAM, J., *Church and State in Latin America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1934.

LOCKE, John, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid, ed. Austral, 1991.

MÉNDEZ ACOSTA, María Josefa, *et al.*, *Derecho De Familia*, vol. 1, Buenos Aires, Rubonzal y Culzoni, 1982.

MIRROW, Matthew, "El Código de Napoleón y los códigos de Bello y Vélez Sarsfield" en *Revista de Derecho Privado*, vol. 33, 2004.

MNOOKIN Robert y KORHAUSER, Lewis "Bargaining in the Shadow of the Law" en *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, 1979.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de Familia y Menores*, Novena Edición, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2004.

NICOLIS DI ROBILANT, Ana "Genealogies of Soft Law" en *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006.

OKIN, Susan Moller, *Women in Western Political Thought*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

PATEMAN, Carole, *The Sexual Contract*, Palo Alto, Stanford University Press, 1988.

PEARCE, Diane, "Women, work and welfare: The feminization of poverty" en *Working Women and Families* (K. W. Feinstein, ed.), Beverly Hills, Sage Publications, 1979; De Frain y Eireck, "Coping as divorced single parents: A comparative study of fathers and mothers" en *Family Relations*, vol. 30, 1981.

RODRÍGUEZ Vignoli, Jorge, *Unión y Cohabitación en América Latina: ¿modernidad, exclusión, diversidad?*, Santiago de Chile, Serie Población y Desarrollo núm. 57, 2005.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mejicano*, vol. 2, Porrúa, 1998.

SIEGEL, Reva, "The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Practice" en *Yale Law Journal*, vol. 105, 1996.

SILBAUGH, Katherine, "Turning Labor into Love: Housework and the Law", en *Northwestern University Law Review*, vol. 91, 1996.

SMART, Carol y SEVENHUIJSEN, Selma, *Child Custody and the Politics of Gender* (eds.), London, Routledge, 1989.

STONE, Lawrence, The Family, Sex and Marriage In England 1500-1800, New York, Harper, 1979.

VON SAVIGNY, Friedrich, *Sistema de Derecho Romano Actual.* Tomo I, Madrid, F.Góngora y Compañía, Editores, 1878.

WEBER, Max, The Methodology of the Social Sciences, Shils & Finch, eds., 1949.

WEITZMAN, Lenore J., The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America, New York, Free Press, 1985.

WENDELL HOLMES, Oliver, "The Path of Law" en *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897.

WILLIFORD, Miriam, "Bentham on the Rights of Women" en *Journal of the History of Ideas*, vol. 36, núm. 1, 1975.

WILLIFORD, Miriam, *Jeremy Bentham on Spanish America*, New Orleans, Louisiana University Press, 1980.

CAPÍTULO 71

LOS DERECHOS DEL NIÑO: UN ENFOQUE FILOSÓFICO*

Facundo ROJO**
Ezequiel SPECTOR***

SUMARIO. I. *La pregunta de si los niños deben tener derechos: Aclaración previa.* II. *¿Deben los niños tener derechos?* III. *Derechos de los adultos y derechos de los niños.* IV. *El interés superior del niño.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía complementaria.*

La filosofía de los derechos del niño no ha sido muy tratada ni desarrollada en comparación con otras áreas de la filosofía del derecho. Ello no implica que no haya demasiado para decir. La filosofía de los derechos del niño tal vez sea el área más controversial de la filosofía del derecho, dado que el propio estatus moral de los niños permanece poco claro. En este trabajo nos proponemos exponer algunas de las principales teorías filosóficas acerca de los derechos del niño, y acerca de un concepto íntimamente vinculado con estos derechos, usado cotidianamente en el derecho de familia e incluido en varios tratados internacionales: el "interés superior del niño".

Procederemos de la siguiente manera. En la sección I distinguimos entre aquello que dice el ordenamiento jurídico y aquello que debería decir, y aclaramos que en este trabajo nos interesa la segunda cuestión. En la sección II exponemos dos teorías acerca de si los niños deben tener derechos. En la sección III presentamos una teoría alternativa sobre la misma cuestión. La sección IV analiza el concepto de "interés superior del niño". Finalmente, la sección V contiene una conclusión.

* La estructura de este artículo, así como varias de sus ideas, fue inspirada en la entrada "Children`s Rights", de la Stanford Encyclopedia of Philosophy, escrita por David William Archard, disponible en: *plato.stanford.edu/entries/rights-children/*.

** Abogado, Universidad Torcuato Di Tella.
*** Profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2715-2732.

I. La pregunta de si los niños deben tener derechos: Aclaración previa

Para comenzar el análisis, es preciso preguntarse si los niños pueden ser titulares de derechos. Esta pregunta, a su vez, puede entenderse de dos formas diferentes.

En primer lugar, esta pregunta puede entenderse como refiriéndose a qué dice de hecho un determinado ordenamiento jurídico respecto del tema. La respuesta, por lo tanto, deberá evaluar qué dice el ordenamiento jurídico en cuestión. Por ejemplo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico mexicano, ¿pueden los niños ser titulares de derechos? Dar una respuesta satisfactoria requerirá conocer la ley mexicana.

En segundo lugar, esta pregunta puede entenderse como refiriéndose a qué debería un ordenamiento jurídico respecto de si los niños tienen derechos o no. Dar una respuesta satisfactoria a esta pregunta no requerirá, entonces, conocer una cierta ley, sino conocer diferentes teorías acerca de cómo *debería* ser la ley.

En este trabajo, interpretamos aquella pregunta de la segunda forma, y sólo haremos referencia al derecho positivo para ejemplificar, sin pretender que tenga valor justificatorio.

II. ¿Deben los niños tener derechos?

Como sugerimos antes, los DERECHOS pueden ser legales (aquellos consagrados por el ordenamiento jurídico) o morales (aquellos que, dadas ciertas circunstancias,[1] deberían ser consagrados por el ordenamiento jurídico). En la actualidad, los niños gozan de derechos legales, ya que, de hecho, existen leyes que garantizan ciertos derechos a los niños, por su carácter de tales. Por ejemplo, a nivel interamericano, la Convención sobre Los Derechos del Niño dispone, en su Preámbulo, que "la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales" y reconoce, en su artículo 3o., que "[e]n todas

[1] Que un derecho sea moral no implica necesariamente que deba ser consagrado por el ordenamiento jurídico. Ello dependerá de diferentes circunstancias. Por ejemplo, la eutanasia activa voluntaria (dar muerte a un paciente terminal con su consentimiento) puede ser moralmente permisible, pero si las instituciones no están preparadas para garantizar que los pacientes den su consentimiento de forma autónoma, podría concluirse legítimamente que debería estar legalmente prohibida. Véase Rivera López, Eduardo, Derecho y bioética, en este libro.

las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Ahora bien, independientemente de que hoy en día la ley reconozca determinados derechos a los niños, es válido preguntarse si los niños deberían tener derechos, por qué y, eventualmente, qué derechos deberían tener los niños. Existen tres posturas que contestan estas preguntas; dos serán desarrolladas y analizadas en esta sección, y una teoría alternativa será presentada en la próxima sección.

En primer lugar, están quienes sostienen que los niños no deberían tener ningún derecho. Ello no implica, como veremos, que el niño no tenga ningún estatus moral. *En segundo lugar*, están quienes sostienen que los niños deberían tener algunos derechos que tienen los adultos, pero no todos. Esta es, si se quiere, la tesis más aceptada por la gente en general, aunque un poco más discutida por los filósofos. *En tercer lugar*, están los liberacionistas, que sostienen que los niños deberían tener exactamente los mismos derechos que tienen las personas adultas.[2] A diferencia de la anterior, esta parece ser la menos intuitiva, es decir, la menos apoyada por las personas en general.

A su vez, podría distinguirse entre dos tipos de liberacionistas: los "liberacionistas retóricos", que abogan por la igualdad de derechos entre niños y adultos exclusivamente como manera de negociar la mayor cantidad de derechos posible para los niños, pero que no creen genuinamente que los niños deberían tener los mismos derechos que los adultos, y los "liberacionistas reales", que sí consideran genuinamente que los niños deberían tener los mismos derechos que los adultos. Contra esta distinción, sin embargo, uno podría decir que la tesis liberacionista es una sola, apoyada tanto por los liberacionistas retóricos como por los liberacionistas reales, aunque por diferentes razones. En efecto, el liberacionista real sinceramente cree en esta tesis, mientras que el liberacionista retórico la apoya por razones políticas. No obstante, una tesis no cambia según la apoyemos por una u otra razón. Desde una perspectiva puramente teórica, no hay diferencias entre liberacionistas reales o retóricos. Por ello, dado que el fin de este trabajo es teórico, obviaremos esa distinción.

[2] Farson, Richard, Birthrights, London, Collier Macmillan, 1874. Holt, J.C., Escape from Childhood: The Needs and Rights of Children, Harmondsworth, Penguin, 1975. Cohen, Howard, Equal Rights for Children, Totowa, NJ, Littlefield, Adams, and Co, 1980.

1. *Los niños no deberían tener ningún derecho*

La postura que sostiene que los niños no deberían tener ningún derecho puede ser defendida con tres argumentos diferentes.

El primero es que los niños no son entes pasibles de ser titulares de derechos, simplemente porque no son capaces de ejercerlos. Desde esta perspectiva, los derechos son herramientas necesarias para perseguir planes de vida. Cuando alguien es incapaz de ejercer un determinado derecho, la idea de que esa persona tiene este derecho pierde interés, así como pierde interés la idea de una persona sin piernas teniendo derecho a una pelota de fútbol. Dado que, por ejemplo, un bebé no puede votar, asociarse con fines útiles, profesar una religión, etcétera, no puede ser titular de esos derechos.[3]

No obstante, este argumento es vulnerable a dos objeciones, al menos. Por un lado, prueba demasiado poco, dado que sólo los bebés son incapaces de ejercer todos los derechos (y ni siquiera los bebés, dado que incluso ellos encuentran alguna forma de expresarse). Por otro lado, la idea de que el "encanto" de los derechos radica en que puedan ejercerse parece referirse a derechos que hacen a la libertad, como la libertad de expresión y la libertad de culto, mas no a los derechos que hacen al bienestar, como el derecho a recibir un tratamiento médico adecuado por parte de un hospital público. Si esto es correcto, y asumiendo que niños muy pequeños no puedan ejercer ningún derecho que haga a la libertad, entonces no tiene sentido decir que son titulares de estos derechos, pero sí tiene sentido decir que son titulares de derechos que hacen al bienestar, para que en el futuro puedan ejercer los derechos que hacen a la libertad.[4] Esta es una razón clave para concluir que existe un interés muy relevante en que los niños se desarrollen adecuadamente y que, por lo tanto, merecen ser tutelados por el derecho, ya que eso hace al bienestar.[5]

[3] Subyace a este argumento la teoría de la elección acerca del fundamento de los derechos, como opuesta a la teoría del interés. Véase Hart, H.L.A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 183. Véase también MacCormick, Neil, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 154-166.

[4] La distinción entre derechos que hacen a la libertad y derechos que hacen al bienestar no debe confundirse con la clásica distinción entre derechos negativos y derechos positivos. Uno puede tener un derecho que haga a la libertad, pero que sea un derecho positivo (como un derecho a que el Estado le financie un número de horas por radio para que exprese sus ideas).

[5] Véase Griffin, James, "Do Children Have Rights?" en Archard, David y Macleod, Colin (eds.), The Moral and Political Status of Children: New Essays, Oxford, Oxford Uni-

El segundo argumento es que los niños no son titulares de derechos porque asignar derechos a los niños implica no comprender qué es la infancia y cómo los niños deben relacionarse con los adultos. Podría argumentarse, utilizando una retórica comunitarista, por oposición a una retórica liberal basada en derechos individuales, que asignar derechos a los niños genera, progresivamente, el olvido y el desinterés por las razones por las cuales se crearon dichos derechos en una primera instancia.[6] Por ejemplo, en el contexto de una familia, asignar derechos a cada miembro de la familia deja en segundo plano el hecho relevante de que las relaciones familiares deben construirse, ante todo, sobre la base del amor. Por lo tanto, desde esta perspectiva, no sólo es innecesario asignar derechos a los niños, sino que es perjudicial, ya que lo valioso de la relación entre adultos y niños radica en valores que nada tienen que ver con el mero hecho de que los niños tengan derechos (como el amor, la empatía, etc.) y, a su vez, la asignación de derechos a los niños atenta contra la preservación, en primer lugar, de dichos valores.

Sin embargo, este argumento no resulta plausible porque no es claro por qué la construcción de la relación entre padres e hijos sobre la base del amor es dejada en segundo plano si se le otorgan derechos al niño. Podría argumentarse que, mientras que la relación entre ellos esté basada en el amor (y los padres le garanticen un desarrollo adecuado al hijo), son los derechos los que quedarán en segundo plano; no será necesario mostrar esa "carta". Los derechos entran en escena cuando la relación es problemática; por ejemplo, cuando los padres abusan de su hijo. Por ende, tanto la relación basada en el amor como los derechos del niño pueden coexistir, los derechos entrando en escena recién cuando lo primero está ausente.

El tercer argumento es que los niños no son titulares de derechos porque sólo es posible asegurar la protección moral de los niños por medio de la negación de derechos. Podría argumentarse que, para que los niños crezcan y puedan desarrollar su capacidad de realizar elecciones (y así transformarse en adultos), es necesario que, durante la niñez, no tengan derecho a tomar sus propias decisiones. De acuerdo con la evidencia empírica, para convertirse en adultos (en un sentido estricto, que implica lograr el desarrollo de la capacidad de realizar elecciones), los niños deben ser

---

versity Press, 2002, pp. 19-30. Y Brennan, Samantha, "Children's Choices or Children's Interests: Which do their Rights Protect?" en Archard, David y Macleod, Colin (eds.), The Moral and Political Status of Children: New Essays, Oxford, Oxford University Press, pp. 53-69.

[6] Sandel, Michael, Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

alimentados, ayudados y, especialmente, deben estar sujetos a control y disciplina. Si no se le provee al niño dicho contexto, se seguirán consecuencias malas para el niño, para el adulto en el que se convertirá y para la sociedad, en la que deben convivir adultos con niños.

No obstante, este argumento falla porque no muestra que los niños no tengan derechos, sino sólo que no tengan derechos que hacen a la libertad, como votar. Este argumento acepta que los niños deben, entre otras cosas, ser alimentados, lo que sugiere que tienen este y otros derechos que hacen al bienestar.

De todos modos, contra esta objeción uno podría ensayar la siguiente respuesta: el hecho de que los niños no tengan derechos no implica que no exista una obligación moral de cuidarlos y protegerlos. Las personas pueden tener deberes de orden moral que no se correlacionen necesariamente con un derecho de su titular. Como adultos, debemos proteger y promover el bienestar de los niños, sin que de ello se siga que los niños deban ser titulares de derechos. Por ejemplo, los humanos tienen una obligación moral de no maltratar a los animales arbitrariamente, pero de ello no se sigue que los animales sean titulares de un derecho a no ser maltratados arbitrariamente. Es posible argumentar en defensa de la protección de los animales sin abogar por la asignación de derechos a los animales y, del mismo modo, es posible argumentar en defensa de la protección de los niños sin abogar por la asignación de derechos a los niños.

2. *El liberacionismo*

De acuerdo con el liberacionismo, los niños deberían tener exactamente los mismos derechos que las personas adultas.

El liberacionismo desafía, en primer lugar, la idea de que los niños no son pasibles de ser titulares de derechos debido a su incapacidad de hecho. Es decir, un liberacionista no necesariamente se opone a la idea de que sólo pueden ser titulares de derechos quienes tengan suficiente capacidad. Puede estar de acuerdo con ello, y a la vez considerar que los niños sí tienen suficiente capacidad y, por lo tanto, pueden ser titulares de derechos. En este sentido, uno podría distinguir entre dos tipos de liberacionistas: los que sostienen que todos los niños tienen suficiente capacidad para ser titulares de derechos y los que sostienen que sólo algunos la tienen. El primer tipo de liberacionismo parece más problemático que el segundo, ya que es evidente que algunos niños, los más jóvenes especialmente, están sensiblemente incapacitados. El segundo tipo de liberacionismo, no obstante, también

tiene un problema: pierde en originalidad. Esto es, deja de ser liberacionismo, porque acepta que debería trazarse una línea entre titulares de derechos y los que no lo son, aunque en un lugar diferente a aquel en el que se la traza habitualmente. Esto deja de ser liberacionismo para convertirse en la posición estándar, según la cual algunos son titulares de derechos y otros no.

En segundo lugar, el liberacionismo sostiene que sólo concediendo plenos derechos a los niños éstos van a poder adquirir la plena capacidad. En este sentido, negar los derechos a los niños (al menos a los niños más cerca de ser adultos) lleva a mantener a los niños en estado de vulnerabilidad, inmadurez y dependencia. De acuerdo con esta postura, los niños deberían estar estimulados para comportarse de formas que les permitan desarrollar la madurez y gozar plenamente del ejercicio de sus derechos, como adultos. Dicho estímulo permitirá a los niños desarrollar la experiencia. Los niños (al menos a partir de un determinado momento) no difieren demasiado de los adultos en cuanto a sus capacidades cognitivas y volitivas, pero carecen de experiencia en la toma de sus propias decisiones, lo que los hace ingenuos y vulnerables. Hoy en día, la falta de experiencia en los niños puede deberse al hecho de que no se les conceden suficientes oportunidades para tomar sus propias decisiones. En este sentido, no es que los niños (al menos los niños de cierta edad) no tienen derechos porque no tienen capacidad para ser titulares, sino que no tienen esa capacidad porque no se les de la oportunidad de ejercitarla, otorgándoles derechos. No darles esta oportunidad podría calificar como una severa afectación de los derechos que hacen a la libertad, en perjuicio de los niños, ya que se les impide tener la chance de realizar elecciones por sí mismos que, de hecho, los beneficiarían ya que fomentarían el desarrollo de su capacidad.

3. *El problema de la arbitrariedad*

Partamos ahora de la visión liberacionista según la cual no todos los niños pueden ser titulares de derechos. Deviene necesario trazar una línea divisoria entre niños que no tienen capacidad suficiente para ser titulares de derechos y niños (y adultos) que sí pueden ser titulares de derechos.

Por un lado, podríamos sostener que la mayoría de los niños tiene capacidad suficiente para ser titular de derechos, ya que la mayoría de los niños (es decir, a partir de una edad muy temprana) tiene la capacidad de realizar elecciones y de comunicar sus preferencias. Si se trazara la línea divisoria en ese lugar (utilizando una definición poco exigente de "capacidad"), uno podría replicar que lo que define si alguien posee capacidad no es la

mera habilidad para realizar elecciones y comunicarlas, sino la habilidad para comprender y evaluar las distintas alternativas, y luego tomar una decisión fundada. Por ejemplo, los animales también poseen la capacidad de elegir y comunicar una elección (como cuando deciden tomar agua), pero estamos de acuerdo en que dicha habilidad no alcanza para considerarlos titulares de derechos que hacen a la libertad.

Por otro lado, podríamos ubicar la línea en el otro extremo, argumentando que, para poder ser titulares de derechos, es necesario haber desarrollado sensiblemente la capacidad, incluso en un nivel al que pocos adultos han llegado a desarrollarla (es decir, a una edad muy adulta). La mayoría de los adultos no evalúa de forma perfecta todas las elecciones que toma, ni tiene una opinión totalmente independiente de su entorno, ni es capaz de fundar todas sus decisiones. Esta definición exigente de "capacidad" también arroja resultados poco intuitivos, ya que excluye de la titularidad de derechos incluso a una gran cantidad de adultos.

Si ubicamos la línea divisoria en algún lugar en el medio de los extremos (es decir, a una edad intermedia, como 18 años), también podemos enfrentar ciertos problemas. Una persona de 18 años y un mes no difiere demasiado en cuanto a su capacidad de una persona de 17 años y once meses. No obstante, la primera es titular de derechos y la segunda no. Aquí, entonces, parece que la línea divisoria arroja resultados arbitrarios.

Para contestar esta crítica, se puede argumentar que, si bien puede ser cierto que, al tener una línea divisoria, las personas que se encuentran cerca de los límites que divide dicha línea serán tratadas, en cierta medida, arbitrariamente, no caben dudas de que una persona de 40 años (que, de acuerdo con la línea divisoria, puede ser titular de derechos) difiere sensiblemente en cuanto a su capacidad de una persona de 5 años (que, de acuerdo con la línea divisoria, no puede ser titular de derechos). Por lo tanto, la línea divisoria parece funcionar de manera correcta para explicar las diferencias de capacidad entre la mayoría de las personas, excepto entre las que se encuentran cerca de los límites divididos por la línea. Esta imperfección de la línea divisoria podría estar justificada, si el uso de dicha línea es lo suficientemente valioso como para compensarla. La arbitrariedad en el trato a quienes se encuentran en el límite de ambas partes divididas por la línea "es el costo que hay que pagar" por gozar del uso de una línea divisoria. Después de todo, el problema de los límites está impregnado en todo el derecho, y en algún lugar deben establecerse.

Algunos liberacionistas argumentan que no debería trazarse ninguna línea divisoria entre seres humanos al momento de decidir quiénes pueden

ser titulares de derechos. La línea divisoria, sostienen, debería trazarse entre humanos y no humanos, ya que ésa es la verdadera línea que distingue un lado del otro. Todos los humanos deberían tener los mismos derechos, ya que éstos son fundamentales para la humanidad, y no pueden serles negados a una parte, meramente en función de su edad.[7]

Ante este argumento, se podría contestar que, concediendo que los niños tienen un cierto estatus moral por ser humanos, de eso no se sigue necesariamente que éstos deban tener derechos. Por ejemplo, como señalamos antes, los adultos pueden tener una obligación moral de preservarlos, ya que reconocen su valor, sin concederles la titularidad de derechos.

Ahora bien, y para hilar más fino, ¿es valioso preservar el criterio de la línea divisoria basada en la edad de las personas para asignar la titularidad de derechos? Pareciera que lo realmente relevante para decidir si una persona debe ser titular de derechos no es su edad, sino el nivel de desarrollo de su capacidad. La edad de una persona no siempre refleja el nivel de desarrollo de su capacidad. Podría proponerse, por ejemplo, que cada individuo sea testeado por separado, para analizar si tiene la capacidad suficiente para ser titular de derechos o no, independientemente de su edad.

Sin embargo, esta propuesta tendría varios problemas. En primer lugar, los costos "administrativos" que se asumirían para llevar adelante esta propuesta serían, sin dudas, demasiado elevados. En segundo lugar, debería definirse cuál sería el tipo de test correcto y justo, lo cual parece una tarea muy compleja. En tercer lugar, se corre el riego de que quien sea responsable de llevar a cabo los tests se corrompa, y no persiga la meta de aplicarlos correctamente, sino la de perseguir su propio interés.

Otra posible solución que podría proponer un liberacionista que acepte que los niños no tienen, de hecho, la capacidad suficiente para realizar elecciones sería eliminar toda línea divisoria entre humanos y garantizar que los niños puedan solicitar a los adultos el servicio de aconsejarlos en la toma de decisiones. De este modo, los niños podrían, a través de adultos capaces de hecho, gozar plenamente de sus derechos.

No obstante, esta idea también tendría algunas complicaciones. En primer lugar, debería definirse cómo se elegirían a los adultos que aconsejen a los niños. ¿Debería elegirse a los padres, a profesionales especializados, o a otra persona determinada? Cualquier tipo de agente que elijamos no nos garantizará que el niño finalmente goce de la mejor representación posible. Por ejemplo, no existen garantías de que el padre sea el mejor con-

[7] Una idea similar aparece en Rothbard, Murray N., The Ethics of Liberty, New York, New York University Press, 2002, pp. 97-112. El autor sostiene que tanto los adultos como los niños tienen los mismos derechos, que son derechos negativos.

sejero posible para su hijo. Del hecho de ser padre de un niño no se sigue que, además, será el mejor consejero posible. En segundo lugar, ¿qué tipo de consejos serían los correctos: aquellos que recomiendan hacer lo que el niño habría elegido si hubiera tenido plena capacidad o aquellos que recomiendan que el niño elija lo que proteja mejor su "interés"?

III. Derechos de los adultos y derechos de los niños

Una teoría alternativa[8] sugiere que los niños deberían tener algunos derechos, pero no todos los que tienen los adultos, y que, además, los niños deberían tener derechos que los adultos no tienen. Por lo general, se sostiene que los adultos deberían tener derecho a la libertad y al bienestar y que los niños deberían tener derecho al bienestar y a ser especialmente protegidos.

De acuerdo con esta teoría, los niños no deberían tener derechos a la libertad ya que, como no tienen la habilidad para realizar elecciones, no tienen la capacidad de ser titulares de dichos derechos. Ello explica por qué los niños no deberían poder votar, contraer matrimonio, celebrar contratos, etc. No obstante, los niños sí deberían tener derecho a ser especialmente protegidos, que es un derecho del que no gozan los adultos. Los niños deberían tener derechos que contribuyan a su bienestar especialmente como niños y, por otro lado, a crecer como adultos de forma plena.

Con respecto al derecho de los niños a que se preserve su bienestar especialmente durante la niñez, se entiende que los niños deberían tener derecho a recibir aquellos bienes que les resultan necesarios, pero que no tienen la capacidad de obtenerlos por sí mismos, como alimentos, abrigo, techo, etc. También se entiende que los niños deberían ser protegidos de determinados daños a los que los niños son especialmente vulnerables, como el abuso y el abandono.

El derecho del niño a crecer de forma plena puede entenderse como que existe un interés en que el niño, al transformarse en adulto, pueda ejercer de la manera más amplia posible su derecho a la libertad y su derecho al bienestar.[9]

[8] Feinberg, Joel, "A Child's Right to an Open Future", en Aiken, W. y LaFollette, H. (eds), Whose Child? Parental Rights, Parental Authority and State Power, Totowa, NJ, Littlefield, Adams, and Co., 1980, pp. 124-153.

[9] John Rawls, por ejemplo, sostiene que una de las funciones de la educación es que la persona cuando sea adulta pueda ejercer por sí misma sus derechos. Rawls, John, Political Liberalism, New York, Columbia University Press, 1993, p. 199.

Ahora bien, de acuerdo con esta interpretación, ¿en qué medida se debe proteger el derecho del niño a gozar plenamente de su futuro como adulto? Algunos sostienen que el niño debe ser educado de una forma tal que se le enseñe la mayor cantidad de opciones de vida posibles, para que él pueda elegir entre una gran cantidad de opciones al ser adulto.[10] Otros sostienen que el niño debe ser educado de forma tal que se le enseñen especialmente las opciones de vida más compatibles con sus talentos naturales, y que no se desperdicien recursos y tiempo enseñándole opciones de vida absolutamente incompatibles con sus talentos e inclinaciones naturales. Por ejemplo, de acuerdo con esta postura, de nada serviría enseñarle a hablar portugués a un niño que es naturalmente talentoso para tocar el piano y que no disfruta ni tiene facilidad para aprender nuevos idiomas. En este sentido, resulta difícil calificar como "daño" al hecho de que un niño no reciba una educación sobre todas las opciones de vida posibles, y sólo reciba educación sobre las opciones que razonablemente se puede entender que son de su interés.[11]

Un caso complejo, sin una solución obvia, sería el de un niño que sufre de una enfermedad terminal tal que es imposible que llegue a la adultez. De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, este niño tendría derecho al bienestar (es decir, a recibir aquello que necesita y no puede procurarse por sí mismo, como alimento y techo, y a recibir protección de aquellas circunstancias a las cuales los niños son especialmente vulnerables), pero no tendría derecho a que se garantice que crezca de forma plena (por ejemplo, no debería tener derecho a recibir una educación que lo prepare para decidir como adulto). Este caso requiere un análisis más complejo que excede el objetivo de este trabajo.

IV. El interés superior del niño

Del hecho de que los niños no puedan ser titulares de derechos que hacen a la libertad (es decir, aquellos que implican realizar elecciones acerca de cómo conducir la vida) no se sigue que la suerte de los niños deba ser dejada a la deriva. En este sentido, las leyes que regulan los derechos de los niños suelen establecer que se debe promover el "interés superior" del niño.

[10] Arneson, Richard y Shapiro, Ian, "Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of Wisconsin v. Yoder", Shapiro, Ian y Hardin, Richard (eds.), Political Order: Nomos XXXVIII, New York, New York University Press, 1996, pp. 365-411.

[11] Mills, Claudia, "The Child's Right to an Open Future?", Journal of Social Philosophy, año 2003, vol. 34, núm. 4, pp. 499-509.

Por ejemplo, a nivel interamericano, la Convención sobre los Derechos Del Niño dispone, en su Preámbulo, que *"la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales" y reconoce, en su artículo 3o., que "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".*

Este derecho a que se promueva el "interés superior del niño" puede ser interpretado de diversas formas, y cada una de ellas es pasible de críticas. A continuación, analizaremos las diversas interpretaciones y expondremos las respectivas críticas.

1. *¿Qué significa el "interés superior"?*

En primer lugar, no resulta claro qué significa exactamente el "interés superior". Se han desarrollado dos interpretaciones posibles del significado de esta expresión.

El significado de esta expresión puede interpretarse como que, de todas las opciones posibles, siempre debe elegirse la mejor opción para el niño. De acuerdo con esta interpretación, siempre debe optarse por la opción que maximice el interés del niño.[12] Por ejemplo, en un caso en el que los padres de un niño, divorciados, se encontrasen disputándose por la tenencia del niño, el Estado debería, de acuerdo con esta interpretación, asignar la tenencia del niño no al padre más apto para cuidarlo, sino a la persona (entre todas las personas posibles) más apta para cuidarlo. En un caso en el que debe decidirse si un niño debe realizarse un determinado tratamiento médico o no (por ejemplo, en un caso en el que los padres no quieran que el niño se realice un determinado tratamiento médico), el Estado debería, de acuerdo con esta interpretación, decidir no sólo que el niño se realice un tratamiento médico, sino que debería, además, exigir que el niño se realice el mejor tratamiento médico posible, con los mejores profesionales posibles, la mejor infraestructura posible, etcétera.

Esta interpretación puede ser criticada por ser demasiado exigente. ¿Es razonable exigir que el Estado o, en su defecto, los padres deban hacer *lo mejor*, en lugar de hacer *lo suficiente,* en pos del interés del niño? Por ejemplo, no sostendríamos que los padres están obligados a hacer lo mejor por sus hijos, porque ello transformaría el rol de padre en un rol irrazonablemente

[12] Buchanan, Allen E. y Brock, Dan W., Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

exigente y prácticamente imposible de ser cumplido. Sí sostenemos normalmente que los padres están obligados a garantizar a sus hijos un cierto nivel de vida por encima de un determinado umbral. De hecho, una vez que los padres garantizan dicho nivel de vida, generalmente tienen una gran discrecionalidad para decidir qué hacer por sus hijos. Pareciera que esto es lo razonable, y que no es una buena interpretación de "interés superior" aquella que implica el deber de promover lo que maximice el interés de los niños.

2. *¿El interés superior del niño debe promoverse a toda costa?*

En segundo lugar, no resulta claro si la promoción del interés superior del niño debe perseguirse incluso en detrimento de otros intereses (por tratarse del interés "superior") o si debe interpretarse de forma armoniosa con otros intereses relevantes (que pueden ser "igualmente superiores", es decir, que compartan el primer lugar en el *ranking* de intereses relevantes).

Por un lado, se podría interpretar que el deber de promover el "interés superior del niño" implica que debemos valorar y promover igualmente el interés de cualquier niño. Esto parece, en principio, plausible: todos los niños deben ser tratados con igual consideración, sin preferencias. No obstante, de acuerdo con esta interpretación, un padre no debería poder promover más el interés superior de su hijo, en detrimento del interés de todos los demás niños. Tratar a un hijo preferencialmente con respecto a los demás niños sería violatorio de la promoción del "interés superior del niño" de acuerdo con esta interpretación. Esta interpretación no parece razonable para guiar la conducta de los padres con respecto a sus hijos y al resto de los niños. Sí parecería razonable, en cambio, exigirle al Estado que trate con igual consideración a todos los niños, a la hora de llevar a cabo políticas públicas, por ejemplo.

Por otro lado, no sería razonable interpretar que se deba promover el "interés superior del niño" en un grado tal que implique una severa afectación del interés de los adultos. Por ejemplo, no sería razonable exigir a los padres que dediquen todo su tiempo y toda su energía a promover el interés de sus hijos menores; los padres también tienen derecho a autorrealizarse. Tampoco parece razonable exigir a toda la población adulta, contribuyente, que gaste una sustancial parte de su dinero en impuestos excesivos dedicados a la promoción del interés de los niños. El interés de los adultos debería, entonces, ser tenido en consideración al momento de determinar el alcance del deber de promover el interés superior del niño.

3. *¿El "interés superior del niño" es independiente de lo que el niño elegiría?*

En tercer lugar, es preciso analizar cuál es el interés superior del niño: ¿es aquello que, de hecho, es lo mejor para el niño, independientemente de si es lo que habría elegido o deseado (podríamos llamarla "postura objetivista"), o es aquello que el niño habría elegido para sí mismo, hipotéticamente (podríamos llamarla "postura de la elección hipotética")?

Tanto la postura objetivista como la postura de la elección hipotética son vulnerables a determinadas críticas, que desarrollaremos por separado.

A. *La postura objetivista*

La postura objetivista ha recibido varias críticas, que desarrollaremos en este apartado.

La primera crítica consiste en que es imposible saber, con absoluta determinación y certeza, qué es lo mejor para un niño. Es imposible conocer cuánto beneficiará a un niño cada posible opción que podría elegirse, para luego poder determinar cuál es la más beneficiosa para él.[13] De hecho, es, al menos, sumamente complejo determinar cuál es la opción más beneficiosa en un caso en el que se debe decidir a cuál de los dos padres divorciados debe asignársele la tenencia del hijo (asumiendo que la diferencia en términos de idoneidad no es muy grande; de lo contrario, la solución sería obvia). Es innumerable la cantidad de cosas (favorables y desfavorables) que podrían sucederle al niño tanto si optamos por asignarle la tenencia a la madre como si optamos por asignársela al padre. Realizar un cálculo que arroje de forma determinada cuánto beneficiará al niño cada opción (para luego elegir la que sea objetivamente más beneficiosa) es imposible incluso en un caso relativamente simple, como el del ejemplo recién mencionado, en el que solamente se debe elegir entre dos opciones.[14]

La segunda crítica consiste en que no es posible asignarles distintos valores a las distintas opciones de vida para un niño. Resulta imposible ordenar de mejor a peor distintos estilos de vida, ya que son incomparables. Por ejemplo, es imposible decidir qué es mejor, entre la vida de aventurero, la vida de un artista creativo y la vida de un empresario. Cada una de estas

[13] Mnookin, Robert H., 1979, "Foster Care-In Whose Best Interests?", en O'Neill, Onora y Ruddick, William (eds.), Having Children: Philosophical and Legal Reflections on Parenthood, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 179-213.

[14] Elster, John, Solomonic Judgements: Studies in the limitations of rationality, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

opciones implica el disfrute de distintas capacidades del humano, que son incomparables. Por lo tanto, carece de sentido establecer que existe un estilo de vida que es objetivamente el mejor para un niño, considerando que los distintos estilos de vida son incomparables.

Incluso si se concediera que las distintas opciones de vida son comparables, los humanos no llegaríamos a un acuerdo acerca de cuál es el estilo de vida objetivamente mejor. Distintas personas igualmente sinceras y razonables frecuentemente tienen distintos puntos de vista acerca de qué es lo bueno moralmente. Rawls llamó a esta cuestión "el hecho del pluralismo".[15] En este sentido, resulta imposible arribar a un consenso acerca de cuál es la opción de vida más valiosa para un niño, es decir aquella que promueve "el interés superior del niño".

Una explicación de este fenómeno consiste en que en el mundo coexisten distintas culturas, que tienen puntos de vista incompatibles acerca de la moral. Por lo tanto, qué es lo mejor para un niño varía de acuerdo según cada cultura. Ahora bien, esta expresión puede ser interpretada de dos maneras distintas.

Por un lado, esta expresión puede interpretarse en el siguiente sentido: "Qué es lo mejor para un niño varía de acuerdo con las circunstancias en las que se encuentra el niño". Esta interpretación es compatible con la idea de que siempre existe algo que es lo mejor para un niño, pero que, dependiendo de cuáles sean las circunstancias en las que se encuentre el niño, la mejor opción para él cambia. Ahora bien, esta interpretación nuevamente nos lleva al problema de que es imposible que los humanos se pongan de acuerdo sobre cuáles son las razones universales por las cuales algo es bueno para un niño o no.

Por otro lado, esta expresión puede interpretarse del siguiente modo: "Qué es lo mejor para un niño depende de qué es lo que digan las normas morales de la cultura a la que pertenece el niño". En este sentido, si, de acuerdo con las normas morales de una cultura A, lo mejor para el niño es la opción X, entonces X es lo mejor para el niño. Si, al mismo tiempo, lo mejor para el niño de acuerdo con las normas morales de una cultura B es la opción Y (que contradice X), entonces la opción Y es lo mejor para el niño. Por lo tanto, esta interpretación arrojaría que X es lo mejor para los niños y que, al mismo tiempo, Y (que contradice X) también es lo mejor para los niños. Como vemos, esta postura relativista, si bien aún es ampliamente defendida, es vulnerable a la crítica de que arroja resultados lógicamente inconsistentes.

[15] Rawls, John, *op. cit.*, nota 9.

B. *La postura de la elección hipotética*

Por oposición a la postura objetivista, se encuentra la postura de la elección hipotética. De acuerdo con esta postura, para promover el "interés superior del niño", debe hacerse aquello que el niño incompetente, si fuera competente, habría elegido hacer.[16]

No obstante, pareciera razonable agregar que el verdadero interés del niño se persigue cuando se hace lo que el niño habría elegido si fuera competente, pero además si dispusiera de información completa y luego de una deliberación racional. En este sentido, por ejemplo, Rawls expone una formulación aceptablemente paternalista: "Podemos elegir por los demás del modo en que tenemos buenas razones para creer que habrían elegido por sí mismos si tuvieran la edad suficiente y hubieran decidido racionalmente".[17] Esta formulación puede ser interpretada de tres maneras distintas, y cada una de éstas es pasible de distintas críticas.

La primera interpretación posible de esta formulación es la siguiente: "Debemos elegir aquello que el adulto en el que el niño se convertirá elegiría". Ahora bien, esta interpretación no tiene en cuenta que el adulto en el que el niño se convertirá depende, justamente, de las decisiones que tome en el pasado, durante la niñez. Por ejemplo, supongamos que debemos decidir si permitir a un niño salir a jugar al fútbol con sus amigos u obligarlo a tomar una clase de guitarra. El adulto en el que se habría convertido el niño al que dejaron salir a jugar al fútbol, ya convertido en un exitoso futbolista profesional, habría aprobado que elijan dejarlo salir a jugar al fútbol. En cambio, el adulto en el que se habría convertido el niño al que obligaron a tomar clases de guitarra, ya convertido en una estrella de rock, habría aprobado que elijan obligarlo a tomar clases de guitarra. Por lo tanto, esta interpretación no nos provee un procedimiento correcto para elegir por el niño.

La segunda interpretación posible es la siguiente: "Debemos elegir como elegiría el niño si fuera adulto". De acuerdo con esta interpretación, debemos elegir como elegiría un adulto cualquiera en la situación en la que se encuentra el niño. Esta interpretación es útil para casos en los que prácticamente cualquier adulto elegiría del mismo modo. Por ejemplo, cualquier adulto elegiría no poner las manos en el enchufe con los pies mojados, ni cruzar un semáforo en rojo sin tener especial cuidado, etc.

[16] Buchanan, Allen E. y Brock, Dan W., *op. cit.*, nota 11.

[17] Rawls, John, A Theory of Justice - Revised Edition, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 183.

Ahora bien, existen también casos en los que no todos los adultos elegirían del mismo modo. Por ejemplo, no podemos tener una respuesta clara de los adultos ante la disyuntiva entre dejar al niño ir a jugar al fútbol y obligarlo a tomar clases de guitarra. En esta situación, los adultos harían elecciones distintas: los que prefieren el fútbol elegirían ir a jugar al fútbol y los que prefieren la música elegirían tomar clases de guitarra. Por lo tanto, esta interpretación sólo arroja resultados determinados en los casos simples, pero no en la mayoría de los casos, que son más complejos.

La tercera interpretación posible es la siguiente: "Debemos elegir como elegiría un adulto análogo al niño en cuestión". Esto no significa que debemos elegir como elegiría el adulto en el que se convertirá el niño, sino una versión adulta de ese niño. Debemos imaginar una versión adulta de ese mismo niño, realizando esa misma elección. Ahora bien, de acuerdo con esta interpretación, no quedaría claro qué tendrá del niño la versión adulta: los niños, justamente, tienen pensamientos y deseos infantiles e inmaduros. La versión adulta, por definición, no los tendrá, pero entonces ya no tendrá nada realmente análogo al niño. Además, tampoco es para nada claro qué pensamientos reemplazarían en la versión adulta a dichos pensamientos y deseos infantiles e inmaduros propios del niño.

Hemos visto, entonces, que es imposible elegir el modo en que un niño habría elegido por sí mismo si tuviera la edad suficiente y de forma racional (sea cual fuere la interpretación que adoptemos de esta expresión).

V. Conclusión

En este trabajo expusimos y analizamos las principales teorías acerca de si los niños deberían o no tener derechos, y sobre el concepto de "interés superior del niño".

Con respecto a los derechos del niño, explicamos y discutimos las teorías negacionistas, de acuerdo con las cuales los niños no deben gozar de ningún derecho, el liberacionismo, según el cual los niños deben gozar de los mismos derechos que los adultos, y una teoría intermedia, de acuerdo con la cual los niños deben gozar de algunos de los derechos de los que gozan los adultos.

Con respecto al interés superior del niño, nos concentramos en analizar qué significa este concepto, así como si debe promoverse sin importar otros intereses.

De esta forma, este trabajo pretende ser un texto de iniciación para aquellos con inquietudes filosóficas sobre el estatus moral de los niños, sus derechos y la forma en la que debe promoverse sus intereses.

VI. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1981.

BLOOM, Paul, "The Moral Life of Babies", *New York Times Magazine*, 9 de mayo.

COSTA, Victoria, *Rawls, Citizenship, and Education*, New York, Routledge, 2011.

CLAYTON, Matthew, *Justice and Legitimacy in Upbringing*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

GUTMANN, Amy, *Democratic Education*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1987.

HOULGATE, Laurence D., *The Child and the State*, Baltimore, MD, Johns Hopkins University Press, 1980.

KOPELMAN, Loretta M. y MOSKOP, John C., *Children and Health Care*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989.

MOLLER OKIN, Susan, *Justice, Gender, and the Family*, New York, Basic Books, 1989.

LOCKE, John, *Some Thoughts Concerning Education*, Mineola, New York, Dover Publications, 2007.

LOMASKY, Loren, *Persons, Rights and the Moral Comunity*, New York, Oxford University Press, 1987.

SARDOC, Mitja, *Toleration, Respect and Recognition in Education*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2010.

CAPÍTULO 72
DERECHO Y BIOÉTICA

Eduardo RIVERA LÓPEZ *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La conexión práctica* III. *La conexión legislativa.* IV. *La conexión interpretativa*. V. *Bioética, medicina y derecho.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me propongo analizar algunas de las relaciones que existen entre el derecho y la bioética. Para ello, me detendré primero en precisar brevemente ambos conceptos.

La bioética es la rama de la ética normativa que se ocupa de problemas éticos que surgen en el contexto de la medicina y de las ciencias biomédicas. Algunas de las principales áreas de interés para la bioética son el aborto, la eutanasia, los trasplantes de órganos, la manipulación genética, la clonación, la relación médico-paciente (confidencialidad, consentimiento informado, conflictos de intereses), la investigación biomédica con sujetos humanos, los derechos de los animales y la justicia en la distribución de los servicios de salud.

Sostener que la bioética es una rama de la ética normativa implica diferenciarla tanto de la metaética como de la ética descriptiva. La metaética se ocupa de problemas semánticos, epistemológicos u ontológicos de los juicios y creencias morales. Preguntas tales como "¿cuál es el significado de los términos morales (como "bueno", "correcto")?", "¿cómo podemos saber que una norma moral es objetivamente válida?", o "¿qué es lo que hace verdadera a una creencia moral (como "no debemos matar personas inocentes", por ejemplo)?", pertenecen al ámbito de la metaética. La ética descriptiva, por otro lado, describe las pautas morales de una determinada sociedad y es, por lo tanto, una disciplina sociológica o antropológica. La

* Profesor Investigador, Universidad Torcuato Di Tella. Investigador Independiente, CONICET.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, pp. 2735-2747.

bioética, como parte de la ética normativa, no es puramente conceptual ni puramente descriptiva, sino que busca aportar pautas normativas, es decir, prescribir qué acciones, normas de conducta e instituciones deberíamos respaldar o rechazar en el contexto de la biomedicina.

Hacer una caracterización general del derecho resulta mucho más difícil que caracterizar la bioética, entre otras razones, porque el concepto de derecho es mucho más elusivo. En primer lugar, el término "derecho" es ambiguo ya que denota al menos dos cosas diferentes: por un lado, un fenómeno social específico (el conjunto de reglas sociales respaldadas por el poder coercitivo del Estado) y, por otro, una disciplina que estudia tal fenómeno social (la ciencia del derecho). El objetivo de este trabajo podría ser, por lo tanto, establecer la relación entre la bioética y el derecho existente, o bien la relación entre dos disciplinas: la bioética y la ciencia del derecho –esto es, el conjunto de doctrinas acerca de lo que establece el derecho existente–. En segundo lugar, está la tradicional controversia entre naturalismo y positivismo jurídico. Qué entendemos por "derecho existente" puede depender, en gran medida, de qué posición adoptemos en esta controversia. Por ejemplo, si fuéramos iusnaturalistas, el derecho existente es el derecho natural, es decir, el derecho justo (o mínimamente justo). En cambio, si fuéramos iuspositivistas, el derecho existente es el derecho vigente; la cuestión de si es justo o injusto no es relevante para determinar la existencia del derecho.[1] Para simplificar, supondré que, cuando hablamos de derecho, nos referimos siempre al derecho como "derecho existente", es decir, como el objeto de la ciencia del derecho (y no como la ciencia misma del derecho); además, supondré que nos referimos al derecho como derecho vigente (no como derecho natural o necesariamente justo). ¿Cuál es la

[1] Esta afirmación requiere una aclaración. En la clásica discusión sobre el concepto del derecho, existen dos formas de iuspositivismo. Una de ellas considera que sólo el derecho positivo (vigente) posee normatividad y nos da razones para actuar. Esto es lo que se llama "positivismo ideológico". El positivismo ideológico es escéptico en materia moral y considera que siempre debemos obedecer el derecho (no hay otra fuente de deberes). La otra forma de iuspositivismo es el llamado "positivismo conceptual". Esta forma de positivismo jurídico separa la existencia del derecho de la cuestión acerca de su justicia o injusticia desde el punto de vista moral. El derecho vigente puede ser injusto y puede haber razones morales para desobedecerlo. Al referirme al iuspositivismo me refiero, obviamente, al positivismo conceptual, aquel que es compatible con una valoración moral externa de las normas jurídicas. Para una discusión introductoria pero rica de la discusión entre iusnaturalismo y las diferentes formas de iuspositivismo, véase Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, cap. 1.

relación entre la bioética y el derecho (existente y positivo)? En lo que sigue describiré tres posibles conexiones.

II. La conexión práctica

Una conexión importante entre derecho y bioética es práctica. Los bioeticistas suelen ocuparse de la toma de decisiones concretas. Hospitales, centros de investigación, laboratorios y empresas recurren cada vez más a "comités de bioética", de los cuales se espera que asesoren a médicos e investigadores con respecto a las decisiones que toman cotidianamente.

En este contexto, el derecho funciona como un límite para la bioética. Se espera que los miembros de los comités ajusten sus recomendaciones al derecho positivo o, al menos, que estén al tanto de cuándo sus recomendaciones son contrarias a él (y alerten a los médicos al respecto). Un ejemplo puede servir para ilustrar esta posible fricción. Supongamos que el derecho prohíbe la eutanasia activa y el suicidio asistido. Un paciente terminal se encuentra experimentando un sufrimiento extremo y ha dado su consentimiento para que su médico le prescriba una droga letal. El médico recurre al comité de bioética del hospital en busca de consejo. Imaginemos que los miembros del comité, luego de deliberar sobre la base de argumentos bioéticos, creen sinceramente que la resolución ética del caso requiere cumplir con los deseos del paciente. ¿Debería el comité recomendar este curso de acción, incluso en contra de la ley? A mi entender, ésta es una cuestión compleja sobre la cual es muy difícil dar una respuesta satisfactoria. El punto crucial es que, más allá de cuál sea nuestra posición sobre el tema concreto (en este caso, la eutanasia), el hecho de que la acción que, en opinión del comité, es éticamente obligatoria (o al menos permitida) esté prohibida jurídicamente no es *éticamente* irrelevante. Ello es así por, al menos, dos razones. En primer lugar, se suele admitir la existencia de un deber moral *prima facie* de obedecer el derecho. Este deber abarca incluso situaciones en las cuales las normas jurídicas no concuerdan con nuestras convicciones morales. Por ejemplo, yo puedo considerar injusto tal o cual impuesto y, sin embargo, tener un deber moral de pagarlo. Ciertamente, este deber es *prima facie* y puede ser derrotado en casos particulares. De ahí que se defienda la existencia de un derecho a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia (para los casos en que una norma particular es injusta), o el derecho a la resistencia (para los casos en los que el sistema jurídico en su conjunto es ilegítimo). En segundo lugar, las consecuencias previsibles de un incumplimiento legal, tales como una persecución legal o la imposición

de un castigo penal, pueden tener relevancia moral. Por ejemplo, podría ser éticamente inexigible (demasiado exigente) que un médico cumpla con un mandato moral si ello le ocasiona un riesgo legal apreciable. Un comité de ética que baraja la posibilidad de aconsejar un curso de acción que viola alguna norma jurídica debería incluir seriamente estas dos consideraciones en su balance de razones.

En esta clase de situaciones, en donde las convicciones éticas no coinciden con las normas jurídicas, uno puede abogar por un cambio legislativo, es decir, un cambio de las normas jurídicas vigentes. Esto nos lleva al segundo tipo de conexión entra la bioética y el derecho.

III. La conexión legislativa

Aquí, la bioética se puede concebir como una fuente de razones y argumentos para que los legisladores (en un sentido amplio, que incluye también a las agencias estatales de regulación) modifiquen las normas jurídicas existentes o creen nuevas normas.

Para ser precisos en cuanto a cómo la bioética puede ayudar en el proceso legislativo resulta crucial hacer una distinción entre lo que voy a denominar "ética personal", es decir, la cuestión acerca de qué conductas individuales son moralmente correctas o incorrectas, y lo que denominaré "ética jurídica", es decir, la cuestión acerca de qué conductas es moralmente justificable permitir o prohibir jurídicamente. Apelo nuevamente a un ejemplo para explicar esta distinción. Consideremos el problema del aborto. La bioética puede hacer dos clases de consideraciones respecto del aborto. Primero, puede preguntarse si el aborto es moralmente permisible y, si lo fuera, en qué condiciones y con qué límites. Se trata, así, de evaluar el acto individual de abortar desde el punto de vista moral. Estamos ante una cuestión de ética personal. Segundo, podría preguntarse si el aborto *debería ser* jurídicamente permisible y, si así fuera, en qué condiciones y con qué límites. Estamos ante una cuestión de ética jurídica. Es importante subrayar que preguntas de esta segunda clase también son preguntas éticas, y no jurídicas. Ambas clases de preguntas son relativamente independientes una de la otra en el sentido de que podría ser éticamente impermisible realizar un aborto, y, a la vez, éticamente impermisible prohibirlo jurídicamente; o, al revés, podría ser éticamente permisible realizar un aborto y, simultáneamente, ser éticamente permisible prohibirlo jurídicamente. Para hacer

estas posibilidades más patentes, imaginemos que, desde el punto de vista de la ética personal, creemos que el aborto es un atentado a la vida humana y, por lo tanto, es inmoral. Al mismo tiempo, supongamos que, desde el punto de vista de la ética jurídica, pensamos que esta opinión es debatible y hay posiciones diferentes que son razonables y que deben ser toleradas. En este caso, sería compatible sostener que el aborto es inmoral como acción y, simultáneamente, que debe ser jurídicamente permitido. Para el caso contrario, recurro al ejemplo de la eutanasia. Imaginemos que, desde el punto de vista de la ética personal, opinamos que la eutanasia activa voluntaria (dar muerte a un paciente terminal con su consentimiento) es algo moralmente permisible. Sin embargo, podríamos pensar, desde la óptica de la ética jurídica, que debería estar jurídicamente prohibido, por ejemplo, si creyéramos que permitir la eutanasia generaría abusos o si las instituciones existentes no estuvieran en condiciones de garantizar que los pacientes den su consentimiento en forma autónoma. Estos ejemplos no buscan defender ninguno de estos puntos de vista, sino sólo ilustrar la compatibilidad de defender soluciones normativas diferentes en el nivel de la ética personal y en el de la ética jurídica.

Por otro lado, es necesario señalar que la ética personal y la ética jurídica no son compartimentos estancos, sino que están interconectadas. Esta interconexión es, a su vez, un problema distinto (y mayor) para la bioética, y para la ética en general (considérese, por ejemplo, la relación entre el problema de si deberíamos mantener nuestras promesas, y bajo qué condiciones, y el problema de si el Estado debería respaldar coercitivamente tales promesas). Dilucidar este problema, sin embargo, excedería el propósito de este trabajo.[2]

Con esta distinción en mente, la bioética, como parte de lo que denominé ética jurídica, puede contribuir al proceso legislativo, en la medida en que las normas jurídicas relacionadas con la medicina y las ciencias biomédicas en general puedan ser evaluadas desde el punto de vista moral.

Vale la pena resaltar que esta segunda función de la bioética posee una enorme importancia en nuestros días. A medida que la medicina y las ciencias biomédicas progresan (y lo hacen rápidamente), la necesidad de nuevas regulaciones legales debe ser permanentemente abordada. Así, en varios países (incluyendo la mayor parte de los países europeos y a los Estados Unidos), un creciente número de comisiones de bioética, organismos es-

[2] Para este punto véase Van Der Burg, Wibren, "Law and Bioethics", en Kuhse, Helga y Singer, Peter (eds.), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell, 1998, p. 53; Beauchamp, Tom L. y Childress, James F, *Principles of Biomedical Ethics*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 10.

pecíficos y agencias especializadas, asesora a gobiernos y legislaturas acerca de cómo las nuevas tecnologías médicas y biológicas deberían regularse. Permítaseme mencionar sólo algunos ejemplos. El Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Salud y la Vida (Francia), el Consejo de Bioética de la Presidencia (EEUU) y el Consejo Nacional de Ética de Alemania (Alemania) son algunos de los organismos que trabajan con todo tipo de problemas bioéticos. Otros son más específicos, como el ELSI, un programa dedicado a los temas de índole ética, legal y social que surgen de la genética (se trata de un programa asociado con el Proyecto Genoma Humano), o aquellos comités afiliados con asociaciones médicas en particular, como el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, o con agencias gubernamentales, como el Comité de Ética y Derecho de la Autoridad de Fertilización Humana (Reino Unido). En ocasiones, la función de estas comisiones es elaborar propuestas legislativas en sentido formal. Sin embargo, su propósito es a veces legislativo en un sentido más amplio, pudiendo consistir, por ejemplo, en proporcionar directrices éticas sobre conducta profesional o asesoramiento al gobierno en la regulación de una cierta actividad.

Permítaseme ilustrar estas descripciones un tanto generales de la conexión legislativa con un ejemplo. La Tecnología de Reproducción Asistida (ART, por sus siglas en inglés) ha sido sujeta a regulaciones en numerosos países en las últimas tres décadas, lo cual, a su vez, ha implicado la necesidad de tomar partido por posiciones determinadas en temas cruciales para la bioética. Algunos de estos temas están relacionados con el estatus ético que poseen los embriones humanos. Pensemos, por ejemplo, en la pregunta de si es moralmente permisible descartar o criopreservar un embrión humano *in vitro* y, si la respuesta es positiva, bajo qué condiciones. Otros temas tienen que ver con el hecho de que la ART da lugar a nuevos patrones de filiación: filiación homosexual, donación de embriones y gametas y maternidad sustituta. Todas estas decisiones fueron tomadas apelando, ya sea formal o informalmente, al asesoramiento de la bioética. Sin embargo, la regulación legislativa de estos asuntos no es estática, sino que se trata de un proceso en marcha en virtud de que las nuevas tecnologías médicas generan continuamente nuevos desafíos para la ley existente, que requiere de sucesivas revisiones. Más aún, las opiniones públicas y las actitudes frente a ciertas prácticas también están en constante cambio, lo que hace posible –y a veces necesario– que las regulaciones sean modificadas. Por ejemplo, en el Reino Unido, la ART está regulada por la Ley de Fertilización

Humana y Embriología de 1990. Esta ley no contempla la clonación humana con fines reproductivos. En 1999, la mencionada Autoridad de Fertilización Humana y Embriología publicó en conjunto con la Comisión de Asesoramiento en Genética Humana un informe titulado «Problemas de la Clonación en la Reproducción, la Ciencia y la Medicina», en el que se sugiere prohibir explícitamente la clonación de seres humanos con fines reproductivos. Ello, a su vez, resultó en la Ley de Clonación Humana, sancionada por el Parlamento en 2001. Resulta interesante notar que el informe incluye reflexiones de carácter fundamentalmente (bio)ético, como sucede, por ejemplo, cuando sostiene que "existen argumentos morales a favor de la afirmación de que la dignidad humana prohíbe usar seres humanos sólo como "medios" y de que éstos deben ser tratados como "fines" en sí mismos".[3]

IV. La conexión interpretativa

La tercera conexión se relaciona con cómo interpretamos el derecho existente. Llamaré a esta conexión "conexión interpretativa". El derecho debe ser interpretado. La textura abierta, la discusión acerca de conceptos esenciales, el choque de principios y derechos básicos, entre otros, son problemas omnipresentes en las áreas del derecho que resultan de interés para la bioética. Regular el aborto, la eutanasia, los trasplantes o la genética, entre tantas otras cuestiones, requiere decisiones y acciones que pueden afectar a los individuos, y a su autonomía o libertad en un nivel fundamental. Por ello, la legislación puede afectar derechos constitucionales.

Nuevamente, intentaré explicar la conexión interpretativa por vía de ejemplos. Permítaseme examinar uno en detalle: el caso de la eutanasia y el suicidio asistido en los Estados Unidos. Luego de dos famosos casos, *Quinlan* (1976) y *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990) (este último decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos), la eutanasia y el suicidio asistido han sido objeto de un intenso debate público y académico. La discusión principal, desde el punto de vista jurídico, gira en torno de si las leyes estatales que prohíben la eutanasia y el suicidio asistido violan el derecho constitucional a la libertad y a la protección igualitaria.[4] Más recientemente, otros dos casos fueron resueltos por la Corte Suprema: *Washington v. Glucksberg* y *Quill v. Vacco* (1997). El aspecto interesante de estos

[3] Ver *http://www.advisorybodies.doh.gov.uk/hgac/papers/papers_c.htm*.

[4] Véase Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, trad. de Caracciolo, R. y Ferreres, V., Barcelona, Ariel, 1994, caps. 7 y 8.

casos para nuestros propósitos no es que un tribunal haya decidido acerca de un típico problema bioético, sino que las decisiones fueron precedidas por discusiones bioéticas fundamentales. Más relevante todavía es el hecho de que estas decisiones incorporaron muchas de esas discusiones. Antes de que la Corte expidiera su decisión, le fueron acercados varios escritos de *amici curiae*, de los cuales me gustaría mencionar dos: uno escrito por seis de los filósofos morales más importantes del momento (Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Thomson), y otro –que defendía la posición contraria– presentado por tres profesores de bioética (Georges Annas, Leonard Glantz y Wendy Mariner). Sin entrar a considerar los méritos argumentativos de cada uno de los escritos, resulta claro que ambos iluminan la inextricable interrelación entre el derecho y la bioética. El argumento principal del "*amicus* de los filósofos" es jurídico: prohibir el suicidio asistido es inconstitucional porque viola el derecho a la libertad protegido por la Cláusula de Protección Igualitaria.[5] Sin embargo, varios de los puntos cruciales que toca el argumento claramente no son jurídicos sino fundamentalmente éticos. Por ejemplo, ellos cuestionan la interpretación realizada en el caso *Cruzan*, de acuerdo con la cual "retirar la terapia de sostén vital sólo consiste en dar paso al proceso natural que termina en la muerte, mientras que los médicos que recetan drogas letales intervienen para causar la muerte".[6] El problema de esta interpretación es, de acuerdo con los filósofos, que

> …se basa en una equivocación respecto de los principios morales pertinentes. Por cierto, es verdad que cuando un paciente no desea morir, hay actos diferentes cuyos resultados previsiblemente determinan la muerte, y que tienen sin embargo un estatus moral muy distinto. Si existen pacientes graves que necesitan trasplantes de órganos y éstos son escasos, por ejemplo, al médico le está moralmente permitido negar el órgano a un paciente, aunque muera si no lo obtiene, para poder dárselo a otro. Pero, sin duda, no se le permite matar a un paciente con el objetivo de utilizar sus órganos para salvar a otro. La diferencia moralmente significativa entre esos dos actos no radica en que matar sea un acto positivo y no proveer un órgano sea simplemente una omisión, o que matar a alguien sea peor que permitir un proceso "natural" que finaliza en la muerte. De la misma manera, no se permitiría que un médico dejara desangrar a un paciente hasta que muera, o negara antibióticos a uno con neumonía (en cada uno de estos casos, el médico hubiera permitido la muerte como resultado de un proceso "na-

[5] Decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

[6] Dworkin, Ronald; Nagel, Thomas; Nozick, Robert; Rawls, John; Scanlon, Thomas; Thomson, Judith Jarvis; "El alegato de los *amici curiae*", *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4, pp. 119 y 120.

> tural") para lograr que sus órganos estén disponibles con el objeto de trasplantarlos a otros. El médico viola el derecho de sus pacientes si actúa o deja de actuar, en contra de los deseos del paciente, en cualquier forma orientada a causar la muerte.[7]

He citado una parte extensa del escrito para mostrar cómo un razonamiento de teoría moral (o bioética) pura puede resultar relevante para interpretar una norma jurídica (constitucional). Lo mismo puede decirse del segundo *amicus* presentado. En él, los profesores de bioética objetan la decisión adoptada por la Cámara de Apelación del Noveno Circuito en el caso porque ésta "supone incorrectamente que los médicos que administran drogas para el alivio del dolor, que también podrían acortar las vidas, *tienen la intención* de causar la muerte de sus pacientes (79 F.3d: 827). Esto indica que la Cámara de Apelación del Noveno Circuito no comprende correctamente el principio del doble efecto, según el cual una acción puede tener dos consecuencias conocidas, sólo una de las cuales es buscada. Entonces, la conclusión de que el médico que suministra drogas calmantes que también pueden acortar la vida, intenta tanto el alivio del dolor como la muerte, es falsa. Los médicos utilizan drogas calmantes en un intento de proveer el máximo de alivio al dolor sin causar la muerte. El principio del doble efecto significa que tratar el dolor de un paciente es aceptable aun si el tratamiento apresurara la muerte".[8] Nuevamente, la cita es útil para mostrar la cercanía entre argumentos jurídicos y morales: el principio del doble efecto es un ejemplo arquetípico de un principio moral, según el cual, esquemáticamente, hay casos en los que es permisible causar un daño cuando éste no es un fin o un medio para lograr un bien sustancialmente mayor, aun cuando dicho daño sea previsible como un efecto colateral no deseado (en este caso, la muerte del paciente).

Aun más interesante que el hecho de que la bioética intervenga en la interpretación constitucional por parte de filósofos o juristas, es el hecho de que la propia Corte Suprema ha recurrido a esta clase de argumentación (si bien evitando la terminología ética). En acuerdo con la posición de los profesores de bioética, la Corte dice en *Vacco:* "La Corte de Apelación […] concluyó que algunas personas con enfermedades terminales –aquellos que dependen de sistemas de soporte vital– son tratados de manera diferente que aquellos sin estas enfermedades, en el sentido de que los primeros pueden "adelantar su muerte" poniendo fin al tratamiento, mientras que los segundos no pueden "adelantar la muerte" recurriendo al suicidio asistido

[7] *Ibidem*, p. 120.

[8] Annas, George, Glantz, Leonard, y Mariner, Wendy, "Alegato de los profesores de bioética", *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4, p. 144.

por un médico (80 F. 3d: 729). Esta conclusión depende de aceptar la proposición de que terminar o rechazar tratamiento de soporte vital "no es ni más ni menos que suicidio asistido". A diferencia de la Corte de Apelación, creemos que la distinción entre el suicidio asistido y el retiro de tratamiento de soporte vital, una distinción ampliamente reconocida y aceptada en la profesión médica y en nuestras tradiciones jurídicas, es importante y lógica; es ciertamente racional".[9] Para fundar esta posición, la Corte apela a precedentes jurídicos, de acuerdo con los cuales la ley distingue entre acciones tomadas "en virtud de" un determinado fin, de acciones tomadas "a pesar de" sus consecuencias no buscadas pero previsibles. Tal distinción "racional" recuerda obviamente al principio del doble efecto y no se encuentra en la Constitución. La conclusión que deberíamos sacar de este ejemplo de conexión interpretativa es clara: la Constitución, y las normas jurídicas en general, no se interpretan a sí mismas. La interpretación del derecho debe recurrir, y de hecho recurre muchas veces, a fuentes extra-jurídicas. Algunos de estos argumentos extra-jurídicos pertenecen a la bioética (o, más generalmente, a la ética) en un sentido claro y directo. La recomendación fue producida por un comité de médicos; sin embargo, era fundamentalmente bioética.

V. BIOÉTICA, MEDICINA Y DERECHO

Los ejemplos que he dado para ilustrar las tres conexiones entre bioética y derecho muestran de qué modo la bioética funciona como una herramienta argumentativa explícita para aplicar, crear o interpretar el derecho. Sin embargo, vale la pena enfatizar que, en ocasiones, el impacto de la bioética en el derecho es menos abierto y explícito. Ocurre muchas veces que los argumentos bioéticos son enmascarados como argumentos basados exclusivamente en la medicina o la biología. Quisiera dar dos ejemplos que muestran esta tendencia.

El primer ejemplo se refiere a la definición hoy ampliamente aceptada de la muerte como muerte cerebral o muerte encefálica. Esta definición fue propuesta por primera vez por el famoso Comité Ad Hoc de la Escuela de Medicina de Harvard en 1968, y ha sido aceptada por casi la totalidad de los países del mundo. Aun cuando el Comité acepta las repercusiones éticas y jurídicas

[9] *Vacco* vs. *Quill, 521 U.S. 793 (1997).*

que su decisión puede acarrear, propone la modificación en el criterio de muerte, pasando de la muerte cardíaca a la muerte encefálica, como si se tratara de un tema estrictamente médico cuando, de hecho, el tema es enteramente bioético. Si bien conocer el proceso biológico que determina la muerte de las personas es fundamental, la cuestión de cuándo deja de existir una persona es una cuestión normativa. Depende de cuáles sean los rasgos que un individuo deba poseer para decir que existe como persona y que, por lo tanto, posee un derecho moral a la vida.

El segundo ejemplo nos muestra un problema similar pero en relación con el comienzo de la vida humana y del derecho a la vida. Una de las discusiones que se han planteado en conexión con la permisión jurídica del aborto es la de las llamadas "pastillas del día después", es decir, pastillas anticonceptivas de emergencia. En un fallo de 2002, la Corte Suprema de la República Argentina sostuvo por mayoría que dicha pastilla es "abortiva" y, por lo tanto, atenta contra el derecho a la vida. El fallo cita abundante literatura científica intentando mostrar, en primer lugar, que la pastilla puede actuar luego de la fecundación; en segundo lugar, que "El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide" (es decir, con la fertilización); y, en tercer lugar, que en ese momento comienza la vida y el desarrollo de la persona.[10] Ahora bien, es fundamental distinguir claramente los tres aspectos. En primer lugar, la cuestión de si dicho medicamento actúa sólo antes de la fertilización o puede actuar aun después en algunos casos, impidiendo la implantación del óvulo ya fecundado, es efectivamente una cuestión científica que debe determinar la biología. En segundo lugar, suponiendo que se comprobara que el medicamento actúa o puede actuar luego de la fertilización, la cuestión de si esto constituye un aborto es algo que, en el sentido jurídicamente relevante, no puede determinarse empíricamente a través de la ciencia. La ciencia puede informar cuáles son las características biológicas del embrión en sus diferentes etapas y explicar por qué ocurren, pero determinar si la destrucción de un embrión pre-implantado es un aborto o no depende de cuál sea nuestra definición de "aborto". Dicha definición *podría* ser provista, estipulativa o convencionalmente, por la ciencia. Por ejemplo, podríamos establecer que es aborto la destrucción de cualquier embrión humano desde la fertilización. O podríamos establecer que es aborto la destrucción de cualquier embrión humano desde la implantación. Desde el punto de vista puramente médico o científico, no existe ninguna razón para preferir una u otra definición. Se trata simplemente de una convención. Por ello, debemos considerar una tercera cuestión fundamen-

[10] República Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, 325:292.

tal: la cuestión de cuándo comienza el individuo humano a tener un derecho a la vida. Esta cuestión es independiente de cuándo actúa la pastilla y de cuándo estipulamos que la destrucción de un embrión es un aborto (o la interrupción de un embarazo). Si consideramos que un embrión posee un derecho a la vida desde la concepción, llamaremos aborto a la destrucción de un embrión desde la concepción. Si consideramos que un embrión posee un derecho a la vida desde la implantación, llamaremos aborto a la destrucción del embrión desde la implantación. Y si pensamos que el derecho a la vida aparece en algún estadio posterior, diremos que el aborto no es inmoral hasta alcanzar ese estadio posterior.

El punto fundamental que deseo remarcar es que la biología, la medicina o la ciencia en general no pueden ayudar en nada a resolver la cuestión fundamental de cuándo comienza un individuo a tener un derecho moral a la vida. Esta es una cuestión genuinamente bioética. Las ciencias médicas sólo pueden actuar, en este contexto, como auxiliares, informando acerca de los rasgos que los individuos humanos poseen en diferentes etapas de su vida, información que luego puede ser tomada en cuenta desde el punto de vista moral. Por ejemplo, las ciencias biológicas pueden informarnos (por ejemplo) que los individuos adquieren el genoma en el momento de la fertilización, o que desarrollan el sistema nervioso luego del tercer mes de embarazo. Ahora bien, si bien esta información es relevante, se requiere de un *argumento* ético para concluir que tal o cual característica es o no suficiente para afirmar que el individuo posee un derecho a la vida. No es posible inferir del hecho de que, por ejemplo, los embriones poseen el genoma completo desde la fertilización, que éstos poseen un derecho a la vida desde la fertilización.

VI. Conclusión

He recorrido tres posibles conexiones entre la bioética y el derecho. También he enfatizado la importancia de que los argumentos o compromisos genuinamente (bio)éticos no sean confundidos con afirmaciones o hallazgos científicos (o, más concretamente, médicos o biológicos). Quisiera ahora concluir con una advertencia. Mi defensa de la importancia de la bioética para el derecho puede hacer pensar en la bioética como una disciplina altamente estructurada y desarrollada. Es verdad que esta disciplina se ha transformado en una suerte de "profesión" y ha adquirido cierto grado de autoridad social tanto en lo relativo a la toma de decisiones dentro del derecho, como en la creación de nuevas

leyes y en su interpretación. Esta profesionalización sin embargo ha sido criticada y, hasta cierto punto, los críticos tienen razón. Hay incluso quienes afirman que la bioética está ocupando, cada vez más, el mismo papel que la religión ocupó alguna vez.[11] Sea como fuere, nada podría estar más lejos de mis propósitos que describir a la bioética como un conjunto de verdades monolíticas. La bioética es una disciplina incipiente y comparte muchas de las debilidades epistémicas y la errática metodología que posee la ética y la filosofía en general. La relevancia de la bioética para el derecho consiste simplemente en su capacidad de resaltar el hecho de que no podemos tomar decisiones sociales centrales relacionadas con las ciencias biomédicas recurriendo exclusivamente al derecho o a la medicina. Se trata, por el contrario, de cuestiones de genuino interés para la ética.

VII. Bibliografía

ANNAS, George; GLANTZ, Leonard; y MARINER, Wendy, "Alegato de los profesores de bioética", *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4.

BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F, *Principles of Biomedical Ethics*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1998,

ENGELHARDT, H. Tristram, "The Ordination of Bioethicists as Secular Moral Experts", *Social Philosophy & Policy*, año 2002, vol. 19, núm. 2.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida,* trad. de Caracciolo, R. y Ferreres, V., Barcelona, Ariel, 1994.

DWORKIN, Ronald,; NAGEL, Thomas; NOZICK, Robert; RAWLS, John; SCANLON, Thomas; THOMSON, Judith Jarvis; "El alegato de los *amici curiae*", *Perspectivas bioéticas en las américas*, año 1997, núm. 4.

NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980.

VAN DER BURG, Wibren, "Law and Bioethics", en Kuhse, Helga y Singer, Peter (eds.), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell, 1998.

[11] Engelhardt, H. Tristram, "The Ordination of Bioethicists as Secular Moral Experts", *Social Philosophy & Policy*, año 2002, volume 19, núm. 2, pp. 59-82.

CONTRIBUYENTES

Amalia AMAYA es investigadora en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sus principales áreas de interés son la filosofía del derecho, en particular, la epistemología de la prueba jurídica y la teoría de la argumentación jurídica, aunque tiene intereses también en el ámbito de la filosofía moral y política, y del razonamiento práctico general. Entre sus publicaciones más recientes se destacan los artículos "Legal Justification by Optimal Coherence" (*Ratio Iuris*, 2011), "Virtue and Reason in Law" (en *New Waves in the Philosophy of Law,* editado por Maksymillian del Mar, 2011) y "Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho" (*Discusiones*, 2011), así como dos libros, *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*; y *Virtue, Law, and Justice* (co-editado con Ho Hock Lai), ambos publicados en 2012.
[amaya@filosoficas.unam.mx]

Gabriel Ignacio ANITUA es Profesor Adjunto Regular de derecho penal y criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, y Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación. Se especializa en derecho penal, derecho procesal penal y criminología. Autor de varios artículos y libros, entre los que se destacan *Justicia Penal Pública* (2003), *Historias de los pensamientos criminológicos* (2009[2005]), *Derechos, Seguridad y Policía*" (2009) y *Castigos, cárceles y controles* (2011).
[ganitua@derecho.uba.ar].

Enrique CÁCERES NIETO es Investigador Titular "B" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Se especializa en epistemología jurídica, filosofía del derecho y razonamiento jurídico. Es autor de *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho* (2007), *Justiniano. Un prototipo de sistema experto en materia de derecho humanos, elaborado con base en una concepción constructivista del derecho* (2007), y "Steps toward a Constructivit and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition", en *Law and Neuroscience,* editado por Freeman, Michael (2010).
[encacer@hotmail.com]

Alejandro CHEHTMAN es Profesor Asociado de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina, e Investigador del CONICET. Sus intereses de investigación son en derecho penal y derecho internacional, con énfasis en derecho penal internacional, derecho internacional humanitario y teoría jurídica. Es autor de A *Theory of Asymmetric Warfare: Normative, Legal and Conceptual Issues* (a publicar próximamente); *Lecturas en Derecho Penal Internacional Contemporáneo* (2013) y *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* (2010); en castellano, *Fundamentos Filosóficos de la Jurisdicción Penal Extraterritorial* (2013).
[achehtman@utdt.edu]

Flora DI DONATTO es Profesora del Center for Migration Studies de University of Neuchâtel, Suiza. Se especializa en estudios de narrativas del derecho procesal y la evidencia, sociología jurídica, y estudios migratorios y derechos humanos. Es autora de *La realtà delle storie. Tracce di una cultura* (2012) y *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo* (2008), además de diversos artículos especializados.
[flora.didonato@unine.ch]

Xavier DÍEZ DE URDANIVIA FERNÁNDEZ es Profesor Investigador de tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila y de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma del Noreste, México. Es Presidente en Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila de Zaragoza. Se especializa en derecho constitucional, teoría política, argumentación jurídica y derechos humanos. Es autor de *El Estado en el Contexto Global* (2008), *El Sistema Federal Mexicano. Orígenes, evolución y perspectivas* (2003) y *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en México* (1998).
[xdufster@gmail.com]

Jorge Luis FABRA ZAMORA es Doctorando en Filosofía, McMaster University, Canadá e Investigador Externo de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. Se especializa en filosofía del derecho, filosofía de la responsabilidad civil y filosofía del derecho constitucional. Ha editado *Filosofía de la Responsabilidad Civil* (con Carlos Bernal, 2013) y "50th Anniversary Hart's Concept of Law" (con Imer Flores, Revista *Problema*, vol. 5, 2013).
[jorgefabraz@gmail.com, fabrajl@mcmaster.ca]

Martín FARREL es Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Se especializa en filosofía moral, política y del derecho. Sus publicaciones incluyen *Una sociedad (relativamente) justa* (2008); *Filosofía del Derecho y Economía* (2006) y *Ética en la relaciones internas e internacionales* (2003).
[mdfarrell@fibertel.com.ar]

Marcelo FERRANTE es Profesor Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Sus áreas principales de investigación y docencia son el derecho penal y la filosofía del derecho, especialmente responsabilidad penal y filosofía del derecho penal. Es autor de *Filosofía y Derecho Penal. Ensayos* (2013), *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos* (con Marcelo Sancinetti, 1999) y *Estudios sobre la Imputación Objetiva* (con Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, 1998).
[mferrant@utdt.edu]

Roberto GARGARELLA es Profesor Ordinario de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, y Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran

The Legal Foundations of Inequality (2009), y *The Accountability and Democratic Judiciaries in Latin America, Africa, and East Europe* (2009).
[robert@utdt.edu]

Riccardo GUASTINI es Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Dipartimento di Cultura Giuridica "Giovanni Tarello" de la Universidad de Génova, Italia. Entre sus obras más importantes se destacan *Dalle fonti alle norme* (1991), *Distinguiendo* (1999), *Estudios de teoría constitucional* (2001) y *Estudios sobre la interpretación jurídica* (2004).
[guastini@unige.it]

MARTÍN HEVIA es Profesor Asistente de la Universidad Torcuato di Tella, Argentina, y Decano de la Escuela de Derecho en dicha universidad. Sus áreas de investigación y docencia son la filosofía del derecho privado, la teoría jurídica y la filosofía política, el derecho privado y constitucional comparado, el derecho contractual, y la regulación jurídica de la medicina y los derechos reproductivos. Es autor de *Derecho Privado y Filosofía Política: Fundamentos de la Responsabilidad Civil* (2011) y *Reasonablenes and Responsibility: A Theory of Contract Law* (2012).
[mhevia@utdt.edu]

Ken HIMMA es Part Time Lecturer en University of Washington, Estados Unidos. Ha publicado extensamente sobre filosofía del derecho, ética de la información y propiedad intelectual. También ha publicado en filosofía de la religión, ética y filosofía de la guerra. Entre sus obras se destacan *The Conceptual Foundations of Law: Morality and the Grounds of Law* (2014), *Jurisprudence: Legal Philosophy in a Nutshell* (con Richard Delgado, 2014).
[himma @ uw.edu]

Isabel JARAMILLO SIERRA es Profesora de la Universidad de los Andes, Colombia. Se especializa en teoría de los efectos de la reforma legal, derecho de familia en acción, derechos sexuales y reproductivos en el derecho comparado y formación de agendas en las cortes constitucionales. Es autora de *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma judicial del Aborto en Colombia* (con Tatiana Alfonso Sierra, 2008), "The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Cannonical Family Law Treatises of Latin America" (*American Journal of Comparative Law*, 2010), "Dalla tradizione della famiglia alla famiglia come tradizione: la riforma del diritto di famiglia del XIX secolo in America Latina" (*Rivista critica del diritto privato*, 2011) y *Derecho y Familia. Historias de Raza, Sexo y Clase en Colombia 1540-1940* (2013).
[ijaramil@uniandes.edu.co]

Sebastián LINARES es Profesor Ayudante Doctor en el Área de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Salamanca, España. Se especializa en derecho constitucional, filosofía política y teoría jurídica. Es autor de *La*

(i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes (2008), y diversos artículos en revistas especializadas.
[slinares@usal.es]

Sergio MURO es Profesor Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Sus áreas principales de investigación y docencia son el derecho de sociedades y de insolvencia, áreas éstas en las que ha publicado varios artículos en Latinoamérica y Europa.
[smuro@utdt.edu]

Guido PINCIONE es Profesor de Filosofía en la University of Arizona, Estados Unidos. Trabaja en la intersección de la filosofía jurídica, moral y política, y en la teoría de la elección racional. Es autor de *Rational Choice and Democratic Deliberation: A Theory of Discourse Failure* (con Fernando R. Tesón, 2006), además de diversos artículos en revistas especializadas.
[pincioneguido@hotmail.com]

Arthur RIPSTEIN es Profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de Toronto, Canadá y director del Departamento de Filosofía. Se especializa en responsabilidad civil, derecho penal, teoría jurídica y filosofía política. Es autor de *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy* (2009) y *Equality, Responsibility and the Law* (1999). Es además editor de *Ronald Dworkin* (2007) y coeditor de *Law and Morality* (con David Dyzenhaus, 2007[1996]).
[arthur.ripstein@utoronto.ca]

Eduardo RIVERA LÓPEZ es actualmente Profesor Investigador de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina, e Investigador independiente del CONICET. Su campo de investigación es la ética teórica, la bioética y la filosofía política. Ha publicado libros en editoriales de Alemania, España, México y Argentina: *Los presupuestos morales del liberalismo* (en versión alemana, 1995; en versión castellana, 1997), *Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo*, 1999), y *Ética y trasplantes de órganos* (2001). Es autor de numerosos artículos en revistas internacionales de filosofía; entre ellas, *Philosophy & Phenomenological Research*, *Utilitas*, *Bioethics*, *Journal of Applied Philosophy* y *Pacific Philosophical Quarterly*.
[erivera@utdt.edu]

Facundo ROJO es Profesor Ayudante de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Se especializa en derecho privado y filosofía moral. Entre sus publicaciones se incluye "Un mundo sin marcas registradas" (*Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 2011).
[Facundomrojo@gmail.com]

Pedro SALAZAR UGARTE es Investigador Titular B de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de

México y cuenta con el Nivel II en el Sistema Nacional de Investigadores. Se especializa en cuestiones constitucionales y teoría democrática. Entre algunos de los libros de su autoría se encuentran *La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica* (2006; 3a. reimpresión 2011) y el *Legalidad, Estado de Derecho y Democracia* (2008).
[pedsalug@yahoo.com]

Alfonso SANTIAGO es Vicerrector de Asuntos Académicos de la Universidad Austral, Argentina. Se especializa en derecho constitucional, teoría del derecho y derechos humanos. Entre sus obras de destacan *Tratado de la delegación legislativa* (2008), *Religión y Política* (2010) y *Entre las fronteras del derecho constitucional y la filosofía del derecho* (2010).
[ASantiago@austral.edu.ar]

Francesca SCAMARDELLA es investigadora en la Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia. Se especializa en narraciones jurídicas, sociología jurídica, y derecho y literatura. Entre su artículos recientes se destacan "La ricerca della verità tra diritto, realtà, cultura. Note a margine di un caso giudiziario" (con Flora di Donnato, *ISLL*, 2013); "Frammenti costituzionali: il nuovo costituzionalismo sociale del mondo globalizzato. Riflessioni a partire dall'ultimo contributo di Gunther Teubner" (*Sociologia del Diritto*, 2013) y "Il silenzio a più voci nelle narrazioni di clienti e avvocati" (con Francesca Scamardella, *Sociologia del Diritto*, 2012).
[francesca.scamardella@unina.it]

Ezequiel SPECTOR es Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, becario del CONICET y Profesor Invitado en la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Sus áreas de investigación y docencia son la filosofía política, la filosofía moral, la filosofía del derecho y, especialmente, la filosofía del derecho de familia. Ha publicado diversos capítulos de libro y artículos en prestigiosas revistas internacionales, entre los cuales se destacan "Do You Deserve To Be Talented?" (*Utilitas*, 2011) y "The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick's Argument", (con Martín Hevia, *Social Theory and Practice*, 2008).
[espector@utdt.edu]

Horacio SPECTOR es Profesor Investigador en la Universidad Torcauto Di Tella, Argentina, y en la Universidad de San Diego, Estados Unidos. Se especializa en teoría del derecho, filosofía moral y política, y análisis económico del derecho. Sus publicaciones incluyen *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism* (1992) y *Analytische und Postanalytische Ethik* (1993), además de numerosos artículos en revistas especializadas.
[hspector@utdt.edu]

Fernando TESÓN es *Tobias Simon Eminent Scholar* en Florida State University College of Law, Estados Unidos. Se especializa en derecho internacional, filosofía del derecho y relaciones internacionales. Sus publicaciones incluyen *Humanitarian Interven-*

tion: An Inquiry into Law and Morality (2005), *Rational Choice and Democratic Deliberation* (con Guido Pincione, 2006) y *A Philosophy of International Law* (1998).
[fteson@law.fsu.edu]

Wilfrid WALUCHOW es Profesor *Senator William McMaster* en la McMaster University, Canadá. Investigador en filosofía del derecho, derecho constitucional, filosofía social y política, y ética aplicada. Es autor de, entre otras, *Positivismo Jurídico Incluyente* (2007[1994]), *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: Un árbol vivo* (2007[2006]) y editor de *Philosophical Foundations of the Nature of Law* (editado con Steffan Sciaraffa, 2013).
[walucho@mcmaster.ca]

RECONOCIMIENTOS

El capítulo 6 fue traducido por Álvaro Núñez Vaquero.

El capítulo 7 fue publicado originalmente en *The BlackWell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory,* editado por Martin P. Golding y William A. Edmundson. Traducido por Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización de Brian Leiter y Blackwell Publishing.

El capitulo 12 fue traducido por Piero Mateii Gentilli y revisado por Jorge Luis Fabra Zamora.

El capítulo 13 fue traducido por Jorge Luis Fabra Zamora.

El capítulo 28 fue publicado originalmente en *The Routledge Companion to Ethics* editado por John Skorupski. Traducido por Francisco Martínez y revisado por Jorge Luis Fabra Zamora, con autorización de John Gardner y Routledge.

El capítulo 38 fue publicado originalmente en *Standford Encyclopedia of Philosophy.* Fue traducido por Verónica Rodríguez Blanco, con la autorización de Tony Honoré.

El capítulo 49 fue publicado originalmente en el *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory,* editado por Dennis Patterson. Traducido por Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización de Arthur Ripstein y Blackwell Publishing.

El capítulo 52 fue publicado en el *Standford Encyclopedia of Philosophy.* Fue traducido por Léider González y Jorge Luis Fabra Zamora, con la autorización de Wil Waluchow.

El capítulo 55 fue traducido por Piero Mattei Gentilli y revisado por Jorge Luis Fabra Zamora.

El capítulo 61 fue publicado orignalmente en *Florida State University Law Review*, vol. 33, núm. 4, 2006, pp. 1119-1148. Traducido al español por Julieta Dapero.