



# Primer Congreso Iberoamericano

## XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social

- ▶ La decisión judicial y el rol de los tribunales en el Estado democrático de derecho



Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación





# ► Primer Congreso Iberoamericano

## XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social

- La decisión judicial y el rol de los tribunales  
en el Estado democrático de derecho



Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación



COORDINADORES



JORGE DOUGLAS PRICE  
DIEGO J. DUQUELSKY GÓMEZ

SECRETARIO DE REDACCIÓN



GUILLERMO MORO

Primer Congreso Iberoamericano.

XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.

La decisión judicial y el rol de los tribunales en el Estado democrático de derecho.

1<sup>ra</sup>. edición - abril 2016

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

# ÍNDICE



Página

## Ponencias

CONFERENCIA DE APERTURA. **La decisión judicial y el rol de los tribunales en el Estado democrático de derecho.** JORGE DOUGLAS PRICE..... 3

**Principios jurídicos implícitos y coherencia.** JUAN PABLO ALONSO..... 13

1. Introducción ..... 13
2. La función descriptiva de la coherencia..... 15
3. La primera función normativa de la coherencia: resolución de lagunas..... 23
4. La segunda función normativa de la coherencia: derrotabilidad de incoherencias ..... 29
5. Consideraciones finales ..... 42

**El rol creador del juez en Venezuela. Los límites de justicia en el arte hermenéutico.** FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ..... 49

1. El diseño constitucional de 1999 y el monopolio de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional..... 49
2. Del nacimiento de la Sala Constitucional con la Constitución Bolivariana de 1999 ..... 52
3. Los fines de la interpretación jurídica y de la constitucional ..... 53
4. Judicialización de la política en Venezuela. Sentencias emblemáticas. ¿Un controlador sin controles? La paradoja constitucional. Más allá del blindaje constitucional..... 55
5. Caso: denuncia de la CADH por parte del Gobierno venezolano..... 56
6. Caso: sentencia sobre Juramentación del Presidente de la República del nuevo período constitucional 2013/2019 ..... 58
7. Caso: sentencia N° 137 contra Daniel Ceballos, Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, 17/03/2014 ..... 60
8. Caso: sentencia N° 136 contra Vicente Scarano, alcalde del Municipio San Diego del Estado Carabobo y Salvatore Luccese Scaletta, Director de la Policía Municipal de San Diego, 12/03/2014..... 61



9. Caso: sentencia N° 276 de la Sala Constitucional, que interpreta el art. 68 de nuestra Carta Fundamental, 24/04/2014.....	62
10. Conclusiones.....	64

**El formalismo jurídico. Una aproximación a partir de Max Weber.** LUIS FERNANDO BARZOTTO..... 65

1. Introducción: Occidente y la racionalidad formal.....	65
2. El derecho formal: la norma.....	70
3. El pensamiento jurídico formal: el sistema.....	75
4. La justicia formal: la legalidad .....	80
5. Los fundamentos materiales del formalismo. Los valores del Estado de derecho .....	85
6. Consideraciones finales: el antiformalismo .....	90

**Construcción de un modelo complejo de decisión judicial.** JUAN JOSÉ BENTOLILA..... 93

**Decidir la verdad de los hechos. Narrativismo y verdad judicial constitucionalizada.** JOSÉ CALVO GONZÁLEZ..... 103

1. Hechos y verdad.....	103
2. Ni los hechos, ni todos los hechos y tampoco nada más que los hechos	106
3. Ni la verdad, ni toda la verdad y tampoco nada más que la verdad .....	110

**El sentido de justicia y el juez: cómo y por qué deciden como deciden.** MARCELO CAMPOS GALUPPO..... 115

**Argumentación jurídica a partir de la Constitución.**

RAFFAELE DE GIORGI .....	129
1. ....	129
2. ....	130
3.....	133
4.....	134
5.....	136

**Defesa dos tribunais constitucionais nacionais e Projeto de um tribunal constitucional internacional.** PAULO FERREIRA DA CUNHA..... 143

1. Enquadramento Epistemológico e Teleologia .....	143
2. Defesa da Constituição e dos Tribunais Constitucionais Nacionais .....	144
3. Projeto de um Tribunal Constitucional Internacional .....	149
4. Conclusão.....	153

<b>Decisión judicial, democracia y determinación. A propósito de la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin.</b> IMER B. FLORES....	155
1. Introducción .....	155
2. Los modelos de decisión judicial .....	156
3. El modelo del juez Herbert (y Hans) .....	161
4. El modelo del juez Hércules y la tesis de la única respuesta correcta .....	170
5. A modo de conclusión .....	178
<b>El silencio de lo justo: una mirada crítica sobre justicia y democratización.</b> MARINA GORALI.....	179
1. El límite y la diferencia: una condición necesaria .....	181
2. Justicia, democracia y violencia .....	184
3. Democratización infinita.....	186
<b>A efetividade da governança social: controvérsias e constatações.</b> MIRACY B. S. GUSTIN .....	189
1. Considerações iniciais.....	189
2. O que mudar e em qual direção? .....	192
3. Governança social e capital social e humano como alternativas de inclusão social e econômica .....	195
4. Uma metodologia de constituição de capital social e humano .....	197
5. Importância de redes sociais mistas para a efetividade de capital social e humano e de governança social.....	203
6. Algumas considerações .....	204
<b>¿Es posible una teoría de la decisión a partir de la hermenéutica?</b> LENIO LUIZ STRECK.....	207
1. Consideraciones preliminares: la revolución copernicana del derecho operada por el nuevo constitucionalismo .....	207
2. La constitución y la exigencia de nuevos paradigmas interpretativos. Las recepciones teóricas equivocadas.....	209
3. La reacción del <b>establishment</b> al activismo judicial, al panprincipiologismo y a la fragmentación jurisprudencial .....	218
4. La respuesta hermenéutica al activismo .....	222
<b>El valor del “discurso de odio” como criterio hermenéutico de las decisiones judiciales.</b> RAÚL MADRID .....	231
1. El discurso de odio es un criterio que, de hecho, orienta la actuación judicial .....	231

2. Existe un aparente conflicto o dilema entre el discurso de odio y la libertad de expresión ..... 233
3. La noción de "discurso de odio" es un concepto difícil de definir desde el punto de vista jurídico..... 233

**La independencia (en la toma de decisiones) del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho. NARCISO MARTÍNEZ MORÁN..... 241**

1. Introducción ..... 241
2. El Estado democrático de derecho..... 242
3. El Poder Judicial en el Estado democrático de derecho ..... 251
4. La independencia del Poder Judicial. ¿Es verdaderamente independiente el Poder Judicial?..... 256
5. Politización del Poder Judicial..... 268
6. Conclusión..... 276

**Hacia un modelo alternativo de adjudicación constitucional y del rol político-jurídico de los tribunales constitucionales. La teoría del derecho de Jürgen Habermas. OSCAR MEJÍA QUINTANA ..... 279**

1. Introducción ..... 279
2. Rawls: la jerarquización de los principios ..... 283
3. Dworkin vs. Alexy: peso vs. ponderación de los principios ..... 286
4. Habermas: teoría del derecho y decisión judicial..... 291
5. Hacia un paradigma alternativo de adjudicación constitucional ..... 297
6. Derecho privado y decisión judicial ..... 308
7. Conclusión..... 312

**Presunciones. DANIEL MENDONCA ..... 315**

1. Presunciones legales ..... 315
2. La noción de presunción..... 317
3. Enunciados de presunción..... 320
4. Las normas de presunción ..... 323
5. La fórmula de presunción ..... 325
6. Funciones de las presunciones..... 328
7. Bloqueo y destrucción de presunciones ..... 331

**Princípios do Direito e o Paradoxo da Decisão. JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES ..... 333**

- 1..... 333

2. Os Princípios do Direito entre positivismo e jusnaturalismo .....	338
3. Redescubriendo os princípios do direito desde o "positivismo construtivista" .....	347
4. O paradoxo da decisão judicial.....	351
5. O décimo segundo-camelo: entre positivismo construtivista e corrupção sistêmica .....	355

**La Suprema Corte de Justicia de la Nación frente al nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México.** RAMÓN ORTEGA GARCÍA.... 359

1. Propósito .....	359
2. Orígenes y rasgos del nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México .....	360
3. Constitucionalismo vs. legalismo .....	369
4. El nuevo rol de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los tribunales en México.....	375

**Los tribunales y el Estado democrático de derecho.** MARIO PORTELA. 381

1. Tribunales y Estado democrático de derecho.....	381
2. Modelos judiciales.....	382
3. La situación local.....	383
4. La democracia judicial.....	387

**La pirámide invertida y los clásicos del derecho constitucional.** JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA..... 393

1. Los niveles olvidados en la pirámide jurídica tradicional.....	393
2. Conceptos clave para el <i>upgrade</i> .....	397
3. La estructura del ordenamiento jurídico.....	405
4. La pirámide invertida.....	412
5. Conclusiones.....	427

**¿Puede la filosofía hacer algo por los jueces? El papel de la ética en la formación judicial** JAVIER SALDAÑA SERRANO ..... 429

1. Consideraciones previas .....	429
2. La acción de juzgar y el rol de los tribunales.....	430
3. La ética del juez en el Estado liberal de derecho .....	432
4. La ética del juez en el Estado constitucional de derecho .....	436
5. Ética judicial y principios jurídicos sustanciales .....	440
6. Ética judicial y debilitamiento de la ley .....	441

	<i>Página</i>
7. Ética judicial y labor interpretativa del juez.....	442
8. Vinculación entre la ética y el derecho .....	443
9. La ética judicial y sus diferentes modelos .....	443
10. Virtudes y principios judiciales .....	460
11. Funciones de las virtudes judiciales.....	462
12. Conclusiones.....	464
<b>Diez tesis sobre la función de los tribunales en el Estado democrático de derecho . OSCAR SARLO .....</b>	<b>467</b>
1. Introducción .....	467
2. La institucionalidad jurídica como parte de un proyecto civilizatorio.....	468
3. Ligazón de los tribunales a la política como parte de la institucionalidad....	471
4. El carácter simbólico de la funcionalidad específica del derecho y los tribunales.....	473
5. Dependencia de la funcionalidad de los tribunales respecto de los controles sistémicos. Cultura legal y proyecto civilizatorio .....	478
6. Transformación de la cultura legal a partir de su tematización académica, la revisión crítica y la adopción de políticas públicas.....	479
7. El proyecto civilizatorio en América Latina como objeto de disputa política .. ..	480
8. El desarrollo del Estado latinoamericano como diferente del de los Estados centrales .....	481
9. La cultura legal latinoamericana: sus anomias y anomalías .....	484
10. La dogmática jurídica en América Latina: un obstáculo para comprender el papel de la cultura legal, su revisión crítica y la formulación de políticas públicas..	488
11. El modelo de juez latinoamericano: todavía una tarea pendiente .....	489
12. Conclusiones.....	490
<b>Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones. RODOLFO LUIS VIGO.....</b>	<b>493</b>
1. Palabras preliminares .....	493
2. Los cambios en la Europa del siglo XX.....	494
3. Teoría y autores neoconstitucionalistas .....	496
4. La constitucionalización del derecho.....	500
5. Algunos riesgos de la constitucionalización y del neoconstitucionalismo.	503
6. Algunas prevenciones frente a los riesgos señalados.....	523
7. Conclusión.....	541

**Tribunales y jurisdicciones interculturales en una democracia deliberativa vibrante.** LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA ..... 543

1. Introducción ..... 543
2. La necesidad de superar el estrecho ideal de ciudadanía liberal ..... 545
3. Diferentes clases de minorías y diversos derechos ..... 548
4. Poniendo a prueba la teoría: el caso de las mujeres mapuche ..... 552
5. Conclusión. Una concepción pluralista y su recepción constitucional.... 563

**Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Acerca de las condiciones semánticas de un juego del lenguaje con sentido.** PILAR ZAMBRANO ..... 567

1. Introducción ..... 567
2. El realismo semántico como presupuesto lógico de la capacidad significativa de los enunciados iusfundamentales..... 571
3. Conclusión: el realismo semántico como condición lógica de la interpretación iusfundamental ..... 584

**CONFERENCIA DE CIERRE. Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca.** MANUEL ATIENZA ..... 589

1. Introducción ..... 589
2. Glosa al *Manifiesto* ..... 594
3. Conclusión..... 612

**Debates**

**El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo.** MARCO NAVAS ALVEAR ..... 617

1. Introducción ..... 617
2. La complejidad de la Constitución ecuatoriana ..... 622
3. Los jueces y la complejidad de la Constitución: convergencias y tensiones.... 633
4. A manera de conclusión: ¡lidiar con la complejidad!..... 638

**La participación política en el diseño constitucional ecuatoriano. Notas sobre “El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo”.** MAURO BENENTE..... 643

1. Introducción ..... 643
2. El participacionismo en la Constitución ecuatoriana ..... 645
3. Notas finales. Participación y Poder Judicial..... 655

**Bibliografía**..... 657



*La mayoría de los textos aquí publicados provienen de ponencias presentadas en el Primer Congreso Iberoamericano y XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, convocadas bajo el lema “La decisión judicial y el rol de los tribunales”, organizado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, realizado del 15 al 17 de octubre de 2014, cuyo tono coloquial ha sido respetado íntegramente en la edición*



# Ponencias







# La decisión judicial y el rol de los tribunales en el Estado democrático de derecho

JORGE DOUGLAS PRICE<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** decisión judicial - pensamiento jurídico - Tribunales - Estado democrático de derecho - democracia.

El tema de nuestro Congreso, el último que tendré el honor de abrir en nombre de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho como Presidente de la misma, es un tema particularmente complejo, rico en implicaciones de naturaleza y alcance diferentes. Es un tema que puede ser enfrentado desde múltiples perspectivas; un tema que puede ser objeto de reflexión desde diferentes ámbitos disciplinarios, pero —podríamos decir— ninguna de las disciplinas tradicionales bajo las cuales se organiza el pensamiento jurídico alcanza a agotarlo.

Es justamente por esto, por su carácter de inagotabilidad, de apertura, de disponibilidad a la revisión de los presupuestos en virtud de los cuales ha sido y es observado y construido, que considero (consideramos) que el tema es particularmente idóneo para orientar nuestras reflexiones en estos días, en los cuales nuestra Asociación concluye una experiencia y se apresta a abrirse a otra.

---

(1) Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2010-2014). Profesor Titular de Teoría General del Derecho I y II (Universidad Nacional del Comahue).

Mi intervención de apertura, en consecuencia, se limitará a proponer algunos espacios de reflexión en la certeza de que las discusiones que se desenvolverán durante el Congreso ocuparán los mismos, aunque seguramente no los llenarán por completo, y abrirán muchos otros. Son tantas las cuestiones que se abren a nuestra consideración.

La primera cuestión quisiera formularla del siguiente modo: la decisión judicial es la actividad central en torno a la cual se organiza el sistema del derecho, tanto la intervención (tratamiento) del sistema del derecho en relación a los eventos que apodamos "sociales", como su indiferencia respecto de aquello que llamamos el mundo (¿de la vida?) pueden ser considerados como el resultado de una actividad decisional, no importando si ella se realiza de modo manifiesto o simplemente implícito.

Desde este punto de vista el derecho es la técnica de la decisión judicial, o, si ustedes quieren, un programa decisional.

Cuando la filosofía del derecho ha reflexionado sobre la decisión judicial ha dirigido su interés a la construcción de conceptos que fuesen capaces de describir la estructura de las operaciones que llamamos "decisiones": ella se ha ocupado de investigar las características de la argumentación jurídica, de la interpretación, del razonamiento, de la organización (y construcción) de los hechos que el derecho considera jurídicamente relevantes.

La filosofía del derecho se ha ocupado también del conocimiento del derecho, incluso de su epistemología (o epistemologías). Se ha preguntado qué significa conocer el derecho bajo el modelo del derecho positivo y, en tal sentido, ha descrito el conocimiento del derecho no tanto como una actividad de derivación de normas —como se planteara bajo el discurso del derecho natural— sino como una actividad dirigida a la construcción de una dogmática, esto es a la construcción de un cuerpo de conceptos que redujera la multiplicidad de puntos de partida y, por ende, las posibilidades de decisión, lo que implica reducir los hechos a calificaciones jurídicas, o, lo que es lo mismo, reducir la complejidad del mundo para poder tratar con él, o, lo que es lo mismo, con la contingencia.

La investigación filosófica se ha orientado a los fundamentos de tales decisiones, a la estructura lógico-formal bajo las que vienen presentadas-formuladas o la función persuasiva de tales operaciones, o, también se ha ocupado, en algunos casos y de modo exclusivo, del carácter lingüístico-comunicacional de tales operaciones.

Finalmente, ha estudiado al pensamiento jurídico como pensamiento complejo, como estructura compleja, de la cual forman parte elementos de naturaleza diversa que concurren a conformar un todo reunido de operaciones que no pueden ser separadas y que constituyen —señalo— un todo diferenciado que opera solo en el sistema del derecho.

La segunda cuestión podría formularla del siguiente modo: **el rol de los tribunales** ha sido objeto de observaciones de naturaleza preferentemente sociológico-jurídica, también política; la reflexión se ha ocupado de la organización de la administración de justicia, del acceso al derecho o a justicia<sup>(2)</sup> (entendida en aquel sentido administrativo), de la formación y selección de los magistrados, de la cultura jurídica de los tribunales, de la estructura del proceso, más recientemente de la informatización de los procesos y, en muchos ordenamientos jurídicos, del tiempo del proceso.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, en cambio, la reflexión se ha concentrado sobre el juez y el carácter de la decisión judicial. Y es en este sentido donde se ha discutido, y aún se discute, si la aplicación-adjudicación del derecho es una actividad de subsunción de normas o si se trata de una actividad de creación de las mismas, cuestión que en la filosofía del derecho argentina fue registrada en un memorable ensayo de Genaro Carrió denominado “Algunas palabras sobre las palabras de la ley”, en respuesta al no menos célebre “Las palabras de la ley” de Sebastián Soler.

La tercera cuestión podríamos colocarla del siguiente modo: la idea del Estado democrático de derecho concentra en sí un complejo de condensaciones semánticas —como podría decir Luhmann— en las cuales se vuelve manifiesta la diferencia entre derecho y política, y, al mismo tiempo, se vuelve manifiesta la gran empresa conceptual que caracteriza al derecho moderno y que está orientada al ocultamiento de su unidad.

En efecto, si el Estado moderno toma cuerpo como resultado de la constitucionalización de la política, lo que implica la indisponibilidad de algunas posibilidades siempre presentes como resultado de la organización jurídica de las decisiones políticas, es porque —el estado moderno— se pretende dar a sí mismo carácter exclusivamente jurídico. Un carácter que

(2) La expresión **derecho a justicia** proviene de distinguir entre el acceso a la justicia, entendida como la sola administración de justicia o poder judicial, y el acceso de todos a todos los medios a través de los cuales las personas pueden tratar sus pretensiones o diferencias, como, por ejemplo, los medios alternativos de resolución de conflictos.

está manifiestamente adoptado en todas las estructuras de la administración pública, que opera como un aparato intermedio entre el público ciudadano y el propio sistema jurídico. Es en este sentido que la organización de la justicia es administración.

La reflexión filosófica sobre el Estado de derecho se ha concentrado sobre la naturaleza del poder que, en esta forma de estado, encuentra en el derecho la legitimación de su ejercicio y sobre la naturaleza de la política que encuentra en el derecho la forma en la cual se condensa (manifiesta, exhibe, argumenta) el ejercicio del poder.

En otros términos, la reflexión filosófica actual sobre el Estado tiene como su objeto no ya la naturaleza del poder, ni la modalidad de autolimitación del ejercicio de la fuerza, como pudo ser por ejemplo en Hobbes, ni tampoco la naturaleza de la soberanía o las formas de ejercicio del poder. Hoy esta reflexión tiene como objeto la circularidad de un programa que podría ser metafóricamente representado con el conocido grabado de Escher, llamado "Cascada", en el cual se ve cómo, descendiendo por planos diferentes, que van desde lo alto a lo bajo, de la cima a la sima, el agua de la cascada retorna continuamente al nivel de partida. Todo el debate de relaciones entre principios y normas, que fuera planteado a través de Hart y Dworkin, podría ser visto así de otro modo.

Ahora, también aquí la concretización del programa del derecho tiene como referencia la centralidad de la decisión judicial. Y esta centralidad se manifiesta a lo largo del recorrido en el cual el programa se realiza (bien podríamos decir el sistema operativo) en el punto más alto, allí donde solo una decisión, la decisión que podemos llamar "conclusiva", aquella que cierra el círculo —esto es, la decisión del Tribunal que posee la capacidad de decir qué cosa sea la Constitución— puede valorar la congruencia del programa en la misma decisión, lo que permite tratarlo siempre como "originario" en cuanto representa el punto de confluencia de política y derecho y, por ende, el de su diferenciación, el lugar a partir del cual sus respectivos programas (el de la política y el del derecho) siguen senderos diferentes, aunque retornarán a irritarse mutuamente una y otra vez.

El cuarto tema nos viene dado por el adjetivo calificativo "democrático". ¿Qué queremos decir con democracia? ¿en qué medida el Estado podría ser "democrático"? O, atentos como estamos a las tres cuestiones

iniciales: ¿qué tendría que ver la democracia con la decisión judicial? ¿se trata de un modo específico de decisión o argumentación? ¿se trata simplemente de argumentar, aun si tendríamos mucho que acordar sobre qué cosa significa argumentar? ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales estaríamos dispuestos a llamar a una argumentación "democrática"? ¿podría darse tal cosa?

La democracia significa la conservación de la complejidad a pesar de la continua actividad decisoria, y la preservación de un ámbito de selección de opciones lo más amplio posible para decisiones siempre nuevas y diferentes. De allí que sostenga que la función del sistema de derecho democrático sea, al propio tiempo, la de conservar e innovar; y que esa sea la promesa que los tribunales puedan hacer. En ella la democracia encuentra una forma de operar a la que denomina "racional" y, al mismo tiempo, su posibilidad de referencia a aquello que Habermas denominara "el mundo de la vida", desde que se tiene que decidir decidiendo, transformando datos fácticos en conceptos jurídicos (la operación específica de la dogmática), y esto no incluye lo que no se elige, ni lo hace definitivamente inaccesible.

Son estas las cuatro grandes cuestiones en torno a las cuales se diseña la red conceptual que constituye el tema de nuestro Congreso.

Ahora, ¿cuáles reflexiones pueden ser hechas respecto a esta red conceptual?

Primero que nada quisiera colocar algunas preguntas, que dejaré naturalmente sin respuesta porque son confiadas a las discusiones de estos tres días.

La **primera** es esta: los conceptos que la filosofía del derecho usa, aquello que la reflexión produce como contenidos, acúmulos semánticos, a través de los cuales se representa eso que llamamos realidad ¿son conceptos genuinamente jurídicos? ¿son conceptos exclusivamente jurídicos? En otros términos: la reflexión filosófico-jurídica ¿está enderezada exclusivamente a la comprensión de la realidad y a su descripción? ¿a su interpretación? ¿a la misma reconstrucción conceptual de aquello que viene nombrado como realidad?

Dice Maturana que acerca de todo objeto podemos seguir un camino explicativo u otro, pero ello, la elección del camino, no depende de un argumento racional (sin que podamos abordar, en este pequeño discurso, qué es un "argumento racional"), sino que depende de las preferencias,

de las emociones, de la disposición interna a aceptar, implícita o explícitamente, una u otra de dos posibles condiciones iniciales: "a) aceptar las propiedades del observador como dadas, en la objetividad sin paréntesis y b) aceptar el acontecer del vivir en el lenguaje, tanto como instrumento de pregunta, como fenómeno que explicar, en la objetividad con paréntesis". Se trata de una marca o "distinción".

La **segunda pregunta** proviene de preguntarse: ¿para qué cosa sirve la reflexión filosófico-jurídica? Preguntarse si el derecho continúa siendo representado como deber ser, si las consideraciones filosóficas sobre el derecho tienen la función de reflexionar sobre valores, sobre el "deber ser" del deber ser, que desde hace más de un siglo los filósofos del derecho vienen sosteniendo; como pensaba incluso Kelsen, que por el mismo motivo excluía (o excluyó) la reflexión filosófico-jurídica del complejo de la ciencia del derecho y la situó en una teoría, una doctrina (*Lehre*) que tenía por objeto elaborar los presupuestos básicos de la ciencia del derecho, los conceptos a través de los cuales el derecho podía emprender la tarea de su autodescripción, tal como los preceptos del Círculo de Viena indicaban. No se trata de discutir aquí el profundísimo y polisémico pensamiento de Kelsen, sino que dicha autocomprensión es típica de la tradición y también del pensamiento del filósofo vienés, propia del pensamiento más retrógrado y conservador, como de aquel que pretende ser progresista. La podemos encontrar en un Del Vecchio, y también en un Bobbio.

Sé bien que conceptos como "conservador" y "progresistas" son conceptos del siglo pasado y han perdido hoy gran parte de su marco semántico: entonces no los usaré; pero podríamos decir que tanto el pensamiento que está detrás de las tragedias de las dictaduras, como el que está dentro de las variadas formas de las democracias, algunas de las cuales adoptan formas caricaturescas, recurren a ese esquema.

Orientaciones más recientes reconducen el derecho al universo de la moral y atribuyen a la filosofía del derecho la competencia para discutir sobre los fundamentos de la racionalidad al interior de la cual se desenvuelve la actividad decisional del juez: una actividad que presupondría, apunto, la competencia de evaluar, sopesar, ponderar y, por ende, la competencia de orientarse entre valores, principios y axiomas racionales. Yo no sé cómo se puede **ponderar** cuando, en relación a la individualidad de los individuos se puede decidir; decidir, por ejemplo, entre la tutela de la propiedad y el

reconocimiento de la dignidad. Por seguir preguntando: ¿será que tal vez debemos pensar que la filosofía del derecho tiene verdaderamente esta competencia?

**Tercera pregunta.** Se difundió en los años 60 del siglo pasado una orientación según la cual el derecho tenía el deber de elaborar los presupuestos epistemológicos de la ciencia jurídica. Se abrían, al menos, dos vías alternativas preguntándose: ¿la ciencia del derecho que es o la del derecho que debe ser? Quince años antes, apenas concluida la Segunda Guerra Mundial, se habría respondido sin hesitación: del derecho que debe ser; en los años 60 se decía: del derecho como es, a condición de que sea el derecho de un Estado democrático; aunque habría que agregar que entonces se decía: del derecho como es, a condición de que el juez considere los valores al interior de los cuales se determina el principio que se especifica en la norma, la cual es válida solo en relación a esta su escala de, podríamos decir con Kelsen, derivación y fundamentación (Hofstadter: extraño y grácil bucle).

**Cuarta pregunta:** ¿se puede considerar como una cuestión exclusivamente filosófico-jurídica la cuestión de si la tragedia del holocausto producida por el nazismo tuvo como su caldo de cultivo la crisis del positivismo de los primeros treinta años del siglo pasado, y consecuentemente desarrolló todos los ingredientes de un catastrófico iusnaturalismo?, o tal vez ¿será que aquella tragedia tuvo como caldo de cultivo un despiadado positivismo que había recluido en sí la consumación filosófico-jurídica del misticismo del Estado? ¿en verdad se puede considerar resuelta esta cuestión, abandonándola entre los objetos del museo del pensamiento jurídico, de modo que nosotros podamos celebrar finalmente al estado democrático de derecho?

¿Es posible que todavía en el siglo XXI la filosofía del derecho deba mirar al universo de sus conceptos llevándose a su interior hipotecas así de pesadas?

Me pregunto si, después de lo que hemos vivido en el siglo pasado, en los trágicos más de cincuenta años que podríamos delimitar entre 1933 y 1984, la filosofía del derecho puede todavía tener a su cargo hipotecas que no han sido canceladas, o si puede tener hipotecas que puedan también opacar el presente con memorias del pasado. Y todo lo que opaca, aun si el derecho porta genéticamente una opacidad como ha dicho Carlos Cárcova, confunde, y allí donde hay confusión todo es posible.



Me pregunto si después de aquello que hemos tenido como herencia del pensamiento, de la segunda mitad del “siglo breve” —como lo llamó justamente Hobsbawm—, acumulada a partir de los aportes de Foucault, de Derrida, de Luhmann, todavía podemos continuar pensando con los viejos instrumentos conceptuales. Pensar, por ejemplo, si los conceptos jurídicos son verdaderamente representaciones filosófico-jurídicas de eso que llamamos “realidad”, del deber ser, o de sus fundamentos de valor. La realidad no se deja describir ingenuamente por el derecho, tanto como las mercancías no van solas al mercado, como decía Marx.

La reflexión sobre la realidad, así como la observación de la realidad, de aquello que viene siendo nombrado como realidad, no tiene frente a sí objetos, no tiene frente a sí objetividades observables que se puedan representar o describir, o bien a los cuales da fundamento: ella tiene siempre dentro de sí un lugar de inobservabilidad, un lugar de aquello que no se ve y que, solo si es ocultado, permite ver aquello que funge como realidad. Dentro hay alguna cosa que no se ve y que hace posible la visión. Por esto, las preguntas de la Sociología —decía Luhmann— son: ¿qué cosa hace al caso? y ¿qué cosa está dentro? Preguntas que, paradójal y no tan paradójalmente, los jueces se hacen cada vez que deciden.

Pero también nosotros quisiéramos reformular el sentido de aquellas preguntas.

¿Y si dentro de la idea según la cual el juez aplica derecho estuviese la realidad de la decisión judicial, esto es: el hecho de que el juez habla un lenguaje que ya ha sido hablado y que construye la realidad a la cual ellos atribuyen una forma?

¿Y si dentro del lenguaje que en otros lugares es hablado y que el juez usa para construir la realidad de su decisión estuviese el disciplinamiento de saber a través del cual el juez ve como realidad aquello que otros han construido como realidad? En otros términos: ¿y si viésemos que el juez ve el mundo con los ojos de otros?

¿Y si dentro de los conceptos a través de los cuales la filosofía del derecho se representa el mundo de los valores hubiese abismos semánticos capaces de contener todo aquello que puede ser presentado como contenido de la razón del iluminismo, la cual era (es) razón porque tenía (tiene) la fuerza de imponerse como única, y entonces, como razón de sí misma? ¿no podríamos preguntar entonces qué razón tiene la razón para declararse racional?

¿Y si dentro de la universalidad de los valores encontrásemos, en cambio, valores singulares, valores específicos, valores determinados, que es como decir, “no universales”? ¿se vería entonces cómo ellos pueden estar junto a su propia determinación? ¿Y si dentro de la realidad estuviese la realidad del derecho, esto es, un complejo sistema de valoraciones a través de las cuales el derecho percibe lo mismo que él ha producido?

¿Y si los presupuestos epistemológicos del pensamiento jurídico fuesen simplemente una especie de espejo en el cual se refleja un recorrido como aquel que es maravillosamente representado en la “Cascada” de Escher?

Y si el programa del Estado democrático de derecho fuese, como pensaba Kelsen, incompatible con las representaciones iusnaturalistas, ¿cuáles son las representaciones que podrían abrirnos a la continua reproducción de alternativas, a las alternativas que abran, por ejemplo, las posibilidades de inclusión de los que sistemáticamente son excluidos, bajo la apariencia de la universal inclusión?

¿No será que el problema del Estado democrático de derecho, como también ha señalado Cárcova, se encuentra en que las condiciones de igualdad y libertad que proclama como fines a los que tiende o debiera tender no son sino las condiciones de posibilidad de sí mismo y, por ende, el problema se encuentra subvertido?

Todas estas, y muchas otras, son preguntas legítimas: ellas derivan de las grandes cuestiones que oscilan entre la tragedia y la comedia de la humanidad, aun si cierta comedia ha devenido tan negra que termina por difuminar la distinción (bien que me niego a decir que la hacen desaparecer, discurso que en nuestro país al menos tuvo trágicas consecuencias).

Estoy seguro de que ustedes, queridas y queridos huéspedes de este Congreso, sabrán elaborar nuevas preguntas que respondan a estas preguntas.





# Principios jurídicos implícitos y coherencia

JUAN PABLO ALONSO<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** principios jurídicos implícitos - coherencia jurídica - sistema normativo - lagunas - antinomias.

## 1. Introducción

En este trabajo presentaré una concepción de los principios jurídicos implícitos compatible con la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho.

Asimismo, presentaré una concepción de la coherencia jurídica como una peculiar relación entre principios (implícitos en este caso) y reglas. Para ello, consideraré la distinción de MacCormick<sup>(2)</sup> entre consistencia y coherencia de los sistemas jurídicos. Según el autor escocés, la consistencia es una relación entre normas: un sistema normativo es consistente si carece de antinomias. La coherencia, por su parte, es una relación entre normas y principios: un sistema normativo es coherente con relación a un principio (o conjunto de principios) si sus normas su subsumen en tal principio (o conjunto de principios). Según MacCormick, nada impide que un sistema normativo sea consistente (sin antinomias) pero incoherente con los principios que rigen

---

(1) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona). Profesor adjunto regular de Teoría General del Derecho (Facultad de Derecho, UBA). Profesor de Posgrado (UBA, Universidad de Palermo y Universidad Torcuato Di Tella).

(2) MACCORMICK, NEIL, "Coherence in legal justification", en A. Peczenik (ed.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, Reidel Publishing, 1984, pp. 231/251.

en él. Esta noción de coherencia de MacCormick como relación entre principios y reglas será central en el presente trabajo.

Siguiendo la concepción de las normas de Alchourrón y Bulygin,<sup>(3)</sup> utilizaré el método inductivo como herramienta para la obtención de principios implícitos, los que serán estructurados como fórmulas de la lógica de relaciones.<sup>(4)</sup>

Una vez inducidos los principios se construirá el “diagrama de coherencia”: tal diagrama es el gráfico que representa las relaciones de coherencia entre los casos del Universo de Casos (UC).<sup>(5)</sup>

Distinguiré tres funciones de la coherencia de las normas jurídicas con relación a sus principios de referencia: una función descriptiva y dos funciones normativas.

La función descriptiva presupone que el sistema normativo es completo (carece de lagunas) y consistente (carece de antinomias). Además, es un sistema coherente ya que es posible describir su coherencia en función de los principios que se inducen de él.

La primera función normativa de la coherencia presupone que el sistema posee alguna patología normativa (lagunas o antinomias). El propósito de esta función es inducir principios de tal modo que, a través del diagrama de coherencia, se pueda delinear la solución coherente para el caso patológico.

La segunda función normativa de la coherencia presupone dos cuestiones:

- a. que el sistema normativo es completo y consistente; y

---

(3) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Bs. As., Astrea, 1975 (la versión original en inglés es: *Normative Systems*, Nueva York, Springer-Verlag, 1971). “Llamaremos *normas* a los enunciados (es decir, a las expresiones lingüísticas) que correlacionen casos con soluciones”, p. 37. Las citas pertenecen a la versión castellana.

(4) Podría utilizarse la abducción en lugar de la inducción, aunque con el mismo resultado, dado que ambas herramientas metodológicas llevarían a las mismas conclusiones, al menos en el marco del presente trabajo. En otros contextos jurídicos, probablemente la abducción presente ventajas metodológicas por sobre la inducción, en el sentido de que es la mejor explicación metodológica sobre el modo en que los juristas obtienen principios implícitos. Sobre la abducción en la ciencia jurídica puede consultarse TUZET, GIOVANNI, *Dover decidere*, Roma, Carocci Editore, 2010. La idea de que la abducción sería más pertinente que la inducción para explicar principios implícitos me fue sugerida por Gabriela Scataglino.

(5) El concepto de “Universo de Casos” (UC) ha sido definido por ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la... op. cit.*, p. 51 y ss.

- b. que existe algún caso del UC cuya solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema. Tal incoherencia será (o no) derrotable en función de la jerarquía de los principios involucrados.<sup>(6)</sup>

Concluiré el trabajo efectuando consideraciones finales respecto de la concepción de los principios jurídicos implícitos presentada.

## 2. La función descriptiva de la coherencia

### 2.1. La reivindicación de inmuebles en el Anteproyecto de Freitas. Las normas y la matriz del sistema normativo

Para presentar la función descriptiva de la coherencia utilizaré el régimen de reivindicación de inmuebles del Anteproyecto de Freitas del Código Civil Brasileiro, régimen analizado en *Normative Systems*.<sup>(7)</sup>

Las propiedades relevantes del Universo de Propiedades (UP)<sup>(8)</sup> que se utilizarán para la configuración del Universo de Casos (UC)<sup>(9)</sup> son tres:

- BFE: buena fe del enajenante (buena fe de quien vendió el inmueble).
- BFA: buena fe del adquirente (buena fe de quien compró el inmueble).
- TO: título oneroso (el carácter oneroso de la transferencia inmobiliaria).

El Universo de Acciones (UA)<sup>(10)</sup> posee una sola acción: la Restitución del inmueble (R).

El Universo de Soluciones (US),<sup>(11)</sup> por su parte, admite dos soluciones normativas posibles:

- OR: obligatorio restituir el inmueble.
- FR: facultativo restituir el inmueble.

(6) Como se verá al final del trabajo, estas exigencias pueden debilitarse de tal forma que solo la condición b) sea necesaria para la segunda función normativa de la coherencia, mientras que la condición a) es contingente aunque, de hecho, bastante usual.

(7) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la...*, op. cit., 1971, p. 38 y ss.

(8) La noción de Universo de Propiedades (UP) está explicada en *Introducción a la...*, *ibid.*, p. 52 y ss.).

(9) La noción de Universo de Casos (UC) está explicada en *Introducción a la...*, *ibid.*, p. 54 y ss.).

(10) La noción de Universo de Acciones (UA) está explicada en *Introducción a la...*, *ibid.*, p. 71 y ss.).

(11) La noción de Universo de Soluciones (US) está explicada en *Introducción a la...*, *ibid.*, p. 74 y ss.).

Las disposiciones jurídicas, en el Anteproyecto de Freitas de Código Civil brasileiro, son las siguientes:

Art. 3877

(...)

inc. 2: compete la reivindicación, cuando la cosa demandada fuere inmueble ... contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe por título oneroso, si la hubo de enajenante de mala fe.

Art. 3878: Compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada:

inc. 2: contra el actual poseedor, que de mala fe la hubo de enajenante obligado a restituirla al reivindicante.

inc. 3: contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe de enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito.

Art. 3882

inc. 1: tampoco compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

Las normas y la matriz del sistema normativo son las siguientes:

- N3877(2):  $\neg\text{BFE} \Rightarrow \text{OR}^{(12)}$
- N3878(2):  $\neg\text{BFA} \Rightarrow \text{OR}$
- N3878(3):  $\neg\text{TO} \Rightarrow \text{OR}^{(13)}$
- N3882(1):  $\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{FR}$

---

(12) Alchourrón y Bulygin señalan que el uso de la palabra “aunque” en la formulación del art. 3877, inc. 2, puede dar lugar a una ambigüedad; sin embargo, según los autores, el uso de dicha palabra parecería indicar que la buena fe del adquirente y el título oneroso se mencionan a título de ejemplo, de tal forma que la única condición estipulada por la norma es la mala fe del enajenante. En este trabajo, en consonancia con los autores, se adopta tal interpretación (*op. cit.*, p. 39).

(13) En este caso se presenta la misma ambigüedad que la que se presenta en el art. 3877, inc. 2. Coincidentemente con la posición antes asumida, se adoptará una interpretación amplia, según la cual el título gratuito es condición suficiente para la reivindicación, considerando la mención de la buena fe del adquirente y de la buena fe del enajenante a título ejemplificativo.

(14) Esta matriz es de ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la...*, *op. cit.*, p. 41.

	BFE	BFA	TO	3877(2)	3878(2)	3878(3)	3882(1)
1	+	+	+				FR
2	-	+	+	OR			
3	+	-	+		OR		
4	-	-	+	OR	OR		
5	+	+	-			OR	
6	-	+	-	OR		OR	
7	+	-	-		OR	OR	
8	-	-	-	OR	OR	OR	

Como surge de la matriz, el sistema es completo y consistente: completo porque no tiene lagunas (todos los casos están correlacionados al menos con una solución normativa) y consistente porque no tiene antinomias (en los casos en los que hay más de una solución normativa, las mismas son equivalentes). El sistema carece de casos genéricos difíciles desde el punto de vista lógico.

En los casos 4, 6, 7 y 8 el sistema presenta redundancias, por lo que el mismo no es independiente; no obstante, debe señalarse que las redundancias no importan problemas lógicos, sino que impactan en la presentación o formulación del sistema.

## 2.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia

En cuanto a la coherencia del sistema, propondré tres principios implícitos (identificados con las letras griegas  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ ) estructurados como enunciados que establecen relaciones (de la lógica de relaciones) entre los casos del UC y sus soluciones normativas; luego analizaré si tales principios se verifican en el sistema normativo a estudio. Se trata de los siguientes principios implícitos:

- $\alpha$ : quien adquiere de un enajenante de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de enajenante de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de enajenante de buena fe).

$$BFE \geq \neg BFE$$

- $\beta$ : quien adquiere de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de buena fe).

$$BFA \geq \neg BFA$$



- $\gamma$ : quien adquiere a título oneroso tiene mejor o igual derecho que quien adquiere a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente a título gratuito no puede tener mejor derecho que el adquirente a título oneroso).

$$TO \geq \neg TO$$

Los principios implícitos establecen la relación de “tener un derecho mejor o igual que”, relación que, en este contexto solo significa que “Facultativo Restituir (FR)” es un derecho mejor que “Obligatorio Restituir (OR)”, toda vez que quien puede conservar el inmueble (FR) está mejor posicionado, en términos patrimoniales, que aquel que debe restituir el inmueble (OR) al reivindicante. Complementariamente, hay un derecho igual cuando ambos pueden conservar el inmueble (FR) o cuando ambos deben restituirlo (OR).

Los principios implícitos propuestos se estructuran como enunciados de la lógica de relaciones; puntualmente, los casos del UC se comparan sobre la base de la relación “tener un derecho mejor o igual”, relación que, al ser transitiva y reflexiva, configura una cuasiordenación.<sup>(15)</sup>

Varias de las diferentes ordenaciones de la lógica de relaciones podrían utilizarse para formular principios del tipo aquí propuesto.<sup>(16)</sup> En otro trabajo, vinculado al derecho penal,<sup>(17)</sup> he propuesto el siguiente principio implícito: “la comisión de homicidio en concurrencia de circunstancias agravantes (premeditación, por ejemplo debe estar penada más severamente que la comisión de homicidio sin concurrencia de circunstancias agravantes. Tal principio establece la relación ‘estar penada/o más severamente que’, relación que, al ser transitiva y asimétrica, configura una ordenación parcial estricta”.<sup>(18)</sup>

Los principios implícitos propuestos incorporan la cláusula *ceteris paribus* a través de la frase **“siempre y cuando el resto de las circunstancias se**

(15) En este trabajo sigo la clasificación de las ordenaciones propuesta por SEN, AMARTYA, *Elección Colectiva y Bienestar Social*, Francisco E., Castillo (trad.), Alianza, Madrid, 1976, p. 24 (versión original en inglés: *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, 1970) (traducción al castellano de FRANCISCO ELÍAS CASTILLO, *Elección Colectiva y Bienestar Social*, Alianza, Madrid, 1976). Las citas pertenecen a la versión castellana.

(16) Sobre las diferentes variedades de ordenaciones de la lógica de relaciones puede consultar SEN, AMARTYA, *op. cit.*, p. 22 y ss.

(17) En ALONSO, JUAN PABLO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006, pp. 193/197, analicé el sistema del delito de homicidio del Código Penal argentino (arts. 79 a 82), estableciendo su coherencia a través de principios jurídicos implícitos del tipo aquí analizado. El principio implícito en cuestión se formalizó:  $HMC \& AGR > HMC \& \neg AGR$ .

(18) SEN, AMARTYA, *op. cit.*, p. 24.

mantengan constantes". Esta incorporación obedece a que en algunas relaciones, como la cuasiordenación aquí analizada, las comparaciones se efectúan de "a pares" de casos; casos que deben poseer las mismas propiedades salvo aquella propiedad que es objeto de la comparación.<sup>(19)</sup>

Propuestos los principios implícitos  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ , corresponde corroborar si los mismos se verifican en los casos genéricos del UC respecto de las soluciones normativas del sistema a estudio.

a. Verificación de  $\alpha$ :  $BFE \geq \neg BFE$

- 1 ( $BFE \& BFA \& TO \Rightarrow FR$ ) > 2 ( $\neg BFE \& BFA \& TO \Rightarrow OR$ )
- 3 ( $BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$ ) = 4 ( $\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$ )
- 5 ( $BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ ) = 6 ( $\neg BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )
- 7 ( $BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ ) = 8 ( $\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )

b. Verificación de  $\beta$ :  $BFA \geq \neg BFA$

- 1 ( $BFE \& BFA \& TO \Rightarrow FR$ ) > 3 ( $BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$ )
- 2 ( $\neg BFE \& BFA \& TO \Rightarrow OR$ ) = 4 ( $\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$ )
- 5 ( $BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ ) = 7 ( $BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )
- 6 ( $\neg BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ ) = 8 ( $\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )

c. Verificación de  $\gamma$ :  $TO \geq \neg TO$

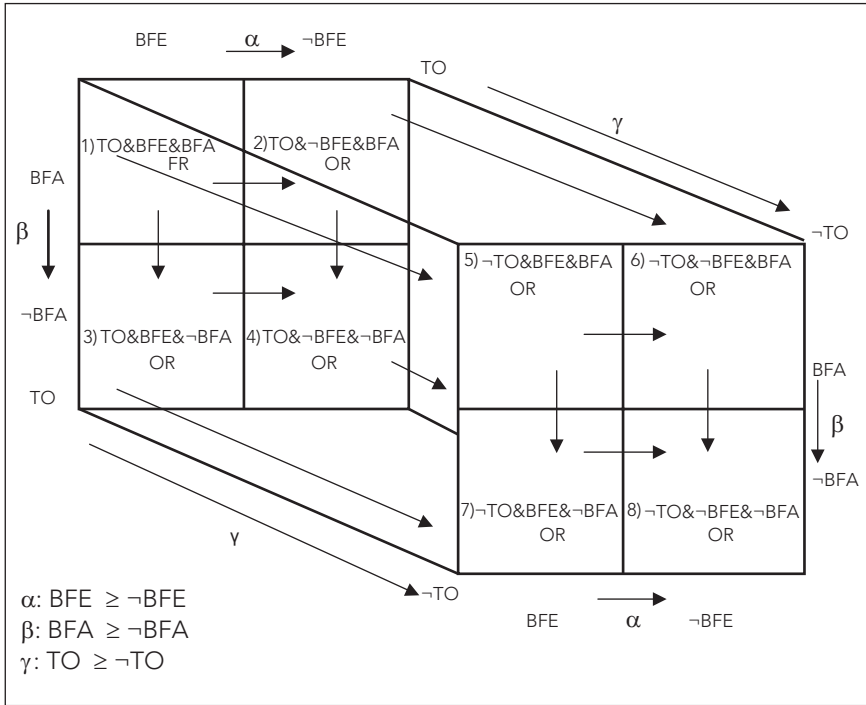
- 1 ( $BFE \& BFA \& TO \Rightarrow FR$ ) > 5 ( $BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )
- 2 ( $\neg BFE \& BFA \& TO \Rightarrow OR$ ) = 6 ( $\neg BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )
- 3 ( $BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$ ) = 7 ( $BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )
- 4 ( $\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$ ) = 8 ( $\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$ )

Se ha verificado que los principios implícitos  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$  rigen en todos aquellos pares de casos del UC que resultan comparables en función de los mismos. Los tres principios establecen la misma relación: "tener un derecho mejor o igual que", relación que es transitiva y reflexiva. En algunos pares de casos se ha verificado la relación "tener un derecho mejor que" (pares 1/2, 1/3, y 1/5) mientras que en los otros se ha verificado la relación "tener un derecho igual a".

(19) Algo similar sucede con las comparaciones que se realizan en la lógica de preferencias, la cual es una aplicación particular de la lógica de relaciones. "Las relaciones de preferencia o indiferencia son, por tanto, relaciones binarias, porque la preferencia de un individuo sobre un conjunto de alternativas siempre puede descomponerse en juicios de preferencia o indiferencias sobre todos los pares de alternativas que pueden formarse en ese conjunto", en ZULETA HUGO, *Razón y elección*, México, Fontamara, 1998, p. 81.

Verificados los principios corresponde construir el diagrama de coherencia.

**GRÁFICO 1.**



Al subsumirse en tres principios el sistema normativo es pluralista;<sup>(20)</sup> su diagrama de coherencia fluye en tres sentidos distintos (de izquierda a derecha - $\alpha$ -, de arriba hacia abajo - $\beta$ -, y de atrás hacia adelante - $\gamma$ -).

El diagrama de coherencia determina la posición de coherencia de cada uno de los casos del UC con relación al resto, determinando cuál es el caso "mejor posicionado" (el caso 1) y el "peor posicionado" (el caso 8). El resto de los casos (los "intermedios") se encuentran entre estos casos "extremos".

Si bien no pueden compararse aisladamente todos los casos entre sí, debido a las restricciones de comparabilidad que impone la cláusula *ceteris paribus*, sí pueden compararse muchos pares de casos teniendo en cuenta los tres principios a la vez en función de la transitividad de la relación "tener un derecho mejor o igual que".

(20) KRESS, KEN, "Coherence", en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Reino Unido, Blackwell Publishers, 1996, pp. 533/552.

Desde el caso 1 hasta el caso 8 todas las comparaciones posibles son las siguientes:

- 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  2 ( $\neg$ BFE&BFA&TO) ( $\alpha$ )
  - 2 ( $\neg$ BFE&BFA&TO)  $\geq$  4 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA&TO) ( $\beta$ )
  - 4 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA&TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\gamma$ )
- 
- 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\alpha, \beta, \gamma$ ) —por transitividad—
  - 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  2 ( $\neg$ BFE&BFA&TO) ( $\alpha$ )
  - 2 ( $\neg$ BFE&BFA&TO)  $\geq$  6 ( $\neg$ BFE&BFA& $\neg$ TO) ( $\gamma$ )
  - 6 ( $\neg$ BFE&BFA& $\neg$ TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\beta$ )
- 
- 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\alpha, \gamma, \beta$ ) —por transitividad—
  - 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  3 (BFE& $\neg$ BFA&TO) ( $\beta$ )
  - 3 (BFE& $\neg$ BFA&TO)  $\geq$  4 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA&TO) ( $\alpha$ )
  - 4 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA&TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\gamma$ )
- 
- 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\beta, \alpha, \gamma$ ) —por transitividad—
  - 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  3 (BFE& $\neg$ BFA&TO) ( $\beta$ )
  - 3 (BFE& $\neg$ BFA&TO)  $\geq$  7 (BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\gamma$ )
  - 7 (BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\alpha$ )
- 
- 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\beta, \gamma, \alpha$ ) —por transitividad—
  - 1 (BFE&BFA&TO)  $\geq$  5 (BFE&BFA& $\neg$ TO) ( $\gamma$ )
  - 5 (BFE&BFA& $\neg$ TO)  $\geq$  6 ( $\neg$ BFE&BFA& $\neg$ TO) ( $\alpha$ )
  - 6 ( $\neg$ BFE&BFA& $\neg$ TO)  $\geq$  8 ( $\neg$ BFE& $\neg$ BFA& $\neg$ TO) ( $\beta$ )
-

- $1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) (\gamma, \alpha, \beta)$  —por transitividad—
- $1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 5 (BFE \& BFA \& \neg TO) (\gamma)$
- $5 (BFE \& BFA \& \neg TO) \geq 7 (BFE \& \neg BFA \& \neg TO) (\beta)$
- $7 (BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) (\alpha)$

- 
- $1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) (\gamma, \beta, \alpha)$  —por transitividad—

Se verifica que tanto el “caso mejor posicionado” (1) como el “caso peor posicionado” (8) son comparables con todos los casos del UC. Esta situación de comparabilidad total de los casos “extremos” se presenta en todos los sistemas normativos coherentes, sean monistas o pluralistas.<sup>(21)</sup>

A diferencia de los sistemas monistas, en los sistemas pluralistas no todos los casos intermedios son comparables entre sí (no puede garantizarse que para todo par de casos intermedios pueda establecerse una relación de coherencia). En este sistema no son comparables entre sí los siguientes casos: 2/3, 2/5, 2/7, 3/5, 3/6, 4/5, 4/6, 4/7 y 6/7.

Con relación a los sistemas coherentes pluralistas, puede concluirse lo siguiente:

- a. cada caso del UC es comparable con al menos otro caso del UC;
- b. los casos “extremos” son comparables con todos los casos del UC;
- c. no todos los casos “intermedios” son comparables entre sí; siempre existe al menos un par de casos “intermedios” incomparables entre sí.

En razón de que los principios implícitos se verifican en los ocho casos del UC, en términos inductivos su grado probabilístico es 100% ( $8/8=1$ ).<sup>(22)</sup>

---

(21) La diferencia entre sistemas de coherencia monistas y pluralistas fue acuñada por KRESS, KEN, *op. cit.* Según Kress, los sistemas monistas coherentes se subsumen en un único principio; los pluralistas, en varios. En ALONSO, JUAN PABLO, *op. cit.*, analicé el sistema de la progresividad impositiva como ejemplo de sistema monista (p. 189 y ss., 199 y ss.).

(22) Podría objetarse mi afirmación de que “los principios ( $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ ) poseen un grado probabilístico del 100%”, ya que la mención a “grado probabilístico” sería más adecuada en el marco de un proceso inductivo en el que se afirma que una ley científica (por ejemplo, física) ha sido verificada empíricamente en todos los casos individuales posibles. Por ello, podría reemplazarse “grado probabilístico” por “grado de confirmación”, “grado de coherencia” o alguna expresión análoga (ver nota al pie 4).

### 3. La primera función normativa de la coherencia: resolución de lagunas

#### 3.1. Un sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz

Variaré el conjunto de normas de Freitas, manteniendo el mismo universo del discurso (UD)<sup>(23)</sup> y el mismo universo de casos (UC). Las disposiciones, las normas y la matriz de este sistema son las siguientes:

- N1: no procede la reivindicación, contra el poseedor de buena fe que la hubo adquirido por título oneroso de enajenante de buena fe.

$$N1: BFE \& BFA \& TO \Rightarrow FR$$

- N2: es obligatorio restituir el inmueble cuando el poseedor adquirió de mala fe de enajenante de buena fe.

$$N2: BFE \& \neg BFA \Rightarrow OR$$

- N3: es obligatorio restituir el inmueble cuando la cosa se obtuvo por título gratuito.

$$N3: \neg TO \Rightarrow OR$$

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3
1	+	+	+	FR		
2	-	+	+			
3	+	-	+		OR	
4	-	-	+			
5	+	+	-			OR
6	-	+	-			OR
7	+	-	-		OR	OR
8	-	-	-			OR

Como señalé, se trata del mismo UD y del mismo UC; esto último debido a que las normas de este sistema imaginario consideran las mismas propiedades relevantes (BFE, BFA y TO) que el sistema de Freitas. Sin embargo, el US posee grandes diferencias. Mientras que el sistema de Freitas era completo, este no lo es ya que los casos 2 y 4 carecen de solución normativa, configurándose dos lagunas normativas.

(23) La noción de Universo del Discurso (UD) está explicada en ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la...*, op. cit., p. 32 y ss.

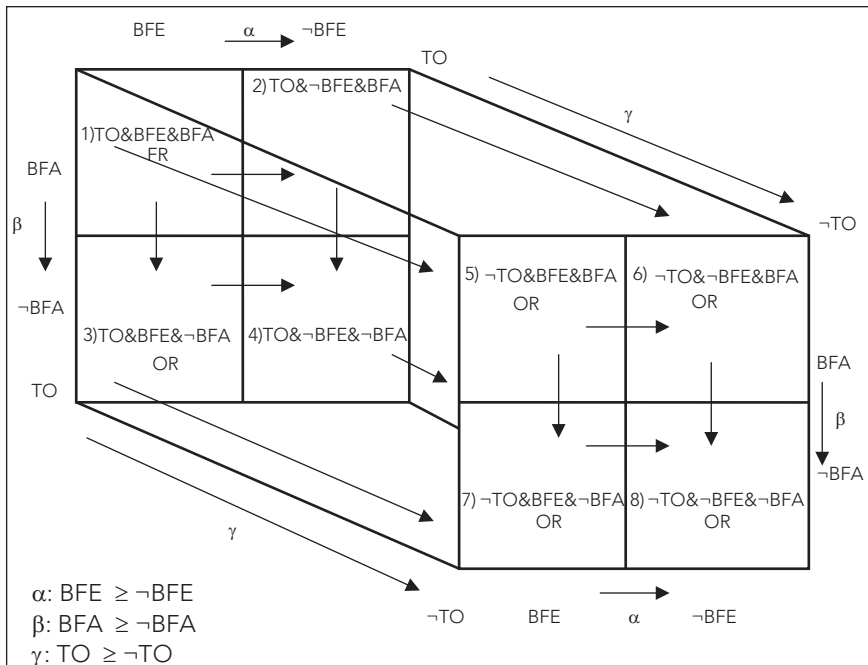
### 3.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia

Para solucionar las lagunas normativas intentaré verificar si las normas de este sistema incompleto se subsumen en los principios implícitos ( $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ ) que se utilizaron para determinar la coherencia del sistema de Freitas. Si la respuesta es afirmativa, tales principios implícitos podrían utilizarse para resolver los casos con lagunas normativas.

Ahora bien, si ese procedimiento es exitoso, las soluciones normativas emergentes no pertenecerán al sistema normativo (al menos en virtud de los clásicos criterios de pertenencia, el de deducibilidad y el de legalidad),<sup>(24)</sup> pero las mismas podrán considerarse “coherentes con los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ ”, principios implícitos que “explican” las relaciones de coherencia del sistema en cuestión. Por el contrario, si las normas del sistema no se subsumen en  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ , entonces habrá que recurrir a otros principios diferentes u otras técnicas argumentativas.

Los principios implícitos y el diagrama de coherencia son los siguientes:

**GRÁFICO 2.**



(24) Ver CARACCIOLLO, RICARDO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 57 y ss.

Como se advierte, las normas de este sistema se subsumen en los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ , no obstante las lagunas en los casos 2 y 4. La verificación de esta subsunción coherentista se puede efectuar debido al carácter transitivo de la relación “tener un derecho mejor o igual” establecida por los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ .

Las comparaciones efectuadas anteriormente [*supra* 2.2.] se aplican sin mayores inconvenientes a este sistema normativo; desde el caso “mejor posicionado” (caso 1) hasta el caso “peor posicionado” (caso 8), pueden efectuarse tales comparaciones, sustrayendo los casos sin soluciones.

Por ejemplo, el caso 1 tienen un derecho mejor o igual que el 2 (1/2 por  $\alpha$ ), pero como este carece de solución, debe verificarse si los casos que están peor o igual que el caso 2 están, también, peor o igual que el caso 1. Y ello se verifica respecto del caso 6 (1/2 por  $\alpha$ , 2/6 por  $\gamma$ ) que tiene un derecho peor que el caso 1, y se verifica respecto del caso 8 (1/2 por  $\alpha$ , 2/6 por  $\gamma$ , 6/8 por  $\beta$ ) que tiene un derecho peor que el caso 1.

Lo mismo sucede respecto del caso 4 (1/3 por  $\beta$ , 3/4 por  $\alpha$ , 4/8 por  $\gamma$ ).

Dada la existencia de dos lagunas normativas, los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$  no se verifican en todos los casos del UC, sino en seis de los ocho. Por ello el grado probabilístico de los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$  en este sistema es 75% ( $6/8=0,75$ ).<sup>(25)</sup>

No existe otro conjunto de principios que explique la coherencia del sistema con un grado probabilístico mayor o igual que el conjunto propuesto ( $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ ). Por ello, tales principios pueden usarse como premisas de razonamientos para solucionar los casos no solucionados (los casos 2 y 4).

### 3.3. La solución para el caso 4

Las dos soluciones posibles del US del sistema normativo son OR (es obligatorio restituir el inmueble) y FR (es facultativo restituir el inmueble). Resolver la laguna del caso 4 supone determinar cuál de estas dos soluciones es la más coherente con el sistema normativo, sobre la base de los principios implícitos inducidos/verificados al 75% ( $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ ).

(25) Karl Popper critica el carácter probabilístico de la inducción en las ciencias naturales debido a que la probabilidad de verdad de una generalización (su grado probabilístico) es el cociente entre el número finito de casos observados y el número infinito de los casos a los que se pretende aplicar la generalización; cociente que resulta cero. Entiendo que tal objeción no es trasladable a aquellos análisis en los que los casos a los que se pretende aplicar la generalización son finitos. (POPPER, KARL, *The logic of scientific discovery*, Londres, Routledge, 1959; y “*Realism and the aim of science*”, en *Postscript to The Logic Scientific Discovery*, Londres, Routledge, 1982).



De la posición del caso 4 en el diagrama de coherencia puede afirmarse que ese caso 4 no puede tener un derecho peor que el caso 8 (puede tener un derecho mejor o igual, por  $\gamma$ ); a su vez, el caso 4 no puede tener un derecho mejor que el caso 3 (puede tener un derecho igual o peor, por  $\alpha$ ).

El primer argumento es el siguiente:

1. caso 8:  $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \neg\text{TO} \Rightarrow \text{OR}$  (caso 8, Cn SN)
  2. caso 4 ( $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO}$ )  $\geq$  caso 8 ( $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \neg\text{TO}$ ) ( $\gamma$ :  $\text{TO} \geq \neg\text{TO}$ )
- (0,75)
3. caso 4:  $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{FR} \vee \text{OR}$  (1,2)

La premisa 1 es el caso 8 con la solución atribuida por el sistema normativo; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.<sup>(26)</sup>

La premisa 2 es el principio implícito  $\gamma$ , que indica que quien adquirió el inmueble a título oneroso debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*). Como se vio, este principio tiene un grado probabilístico del 75%, ergo, no se deduce del sistema; pero aunque solo se induzca incompletamente, cabe hacer uso de ese principio toda vez que es la mejor hipótesis de coherencia (junto con  $\alpha$  y  $\beta$ ).

La conclusión 3 indica que el caso 4 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 4 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 8 (por  $\gamma$ ), y como el caso 8 tiene la solución OR, entonces el caso 4 puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

El segundo argumento es el siguiente:

1. caso 3:  $\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \neg\text{TO} \Rightarrow \text{OR}$  (caso 3, Cn SN)
  2. caso 3 ( $\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO}$ )  $\geq$  caso 4 ( $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO}$ ) ( $\alpha$ :  $\text{BFE} \geq \neg\text{BFE}$ )
- (0,75)
3. caso 4:  $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{OR}$  (1,2)

La premisa 1 es el caso 3 con la solución normativa atribuida por el sistema; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

---

(26) Sobre el criterio de deducibilidad, ver CARACCILO, RICARDO, *op. cit.*, p. 57 y ss.

La premisa 2 es el principio implícito  $\alpha$ , que indica que quien adquirió de enajenante de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de enajenante de mala fe, siempre que el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*). Este principio tiene un grado probabilístico del 75%; no se deduce del sistema, sino que se induce incompletamente.

La conclusión 3 indica que el caso 4 (sin solución normativa en el sistema) puede tener la solución OR. Del razonamiento surge que el caso 4 no puede tener la solución FR porque se le atribuiría al caso 4 un derecho mejor que 3; situación vedada por el principio implícito  $\alpha$ .

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 4 no puede tener un derecho mejor que el caso 3 (por  $\alpha$ ), y como el caso 3 tiene la solución OR, entonces el caso 4 solo puede tener la solución OR, que no es mejor sino igual que la del caso 3.

De los dos argumentos se concluye que la solución OR para el caso 4 es la única solución coherente con los principios inducidos de este sistema.

Debe notarse que los principios implícitos inducidos cumplen una función importante para completar la laguna normativa del caso 4: puntualmente, permiten abastecer una de las premisas del argumento analógico (la premisa 2) para atribuir una solución normativa al caso no resuelto.

### 3.4. La solución para el caso 2

De la posición del caso 2 en el diagrama de coherencia puede afirmarse que ese caso 2 puede tener un derecho igual o peor que el caso 1) (por  $\alpha$ ); a su vez puede tener un derecho mejor o igual que el caso 6 (por  $\gamma$ ) y que el caso 4 (por  $\beta$ ).

El primer argumento es el siguiente:

1. caso 1: BFE & BFA & TO  $\Rightarrow$  FR (caso 1, Cn SN)
2. caso 1 (BFE & BFA & TO)  $\geq$  caso 2 ( $\neg$ BFE & BFA & TO) ( $\alpha$ : BFE  $\geq$   $\neg$ BFE)  
----- (0,75)
3. caso 2:  $\neg$ BFE & BFA & TO  $\Rightarrow$  FR  $\vee$  OR (1,2)

La premisa 1 es el caso 1 con la solución normativa atribuida por el sistema; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio  $\alpha$ , que indica que quien adquirió de enajenante de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor)

que quien adquirió de enajenante de mala fe, siempre que el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*). Este principio  $\alpha$  que tiene un grado probabilístico del 75%.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución OR como la solución FR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho peor o igual que el caso 1 (por  $\alpha$ ), y como el caso 1 tiene la solución FR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (igual que 1) como la solución OR (peor que 1).

El segundo argumento es el siguiente:

1. caso 6:  $\neg\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \neg\text{TO} \Rightarrow \text{OR}$  (caso 6, Cn SN)
2. caso 2 ( $\neg\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \text{TO}$ )  $\geq$  caso 6 ( $\neg\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \neg\text{TO}$ ) ( $\gamma$ :  $\text{TO} \geq \neg\text{TO}$ )  
------(0,75)
3. caso 2:  $\neg\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{FR} \vee \text{OR}$  (1,2)

La premisa 1 es el caso 6 con la solución normativa atribuida por el sistema normativo; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio implícito  $\gamma$ , que indica que quien adquirió a título oneroso debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*), principio implícito que ostenta un grado probabilístico del 75%.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 6 (por  $\delta$ ), y como el caso 6 tiene la solución OR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (mejor que 6) como la solución OR (igual que 6).

El tercer argumento consiste en comparar el caso 2 (sin solución en SN) con el caso 4. Como se vio, el caso 4 carece de solución en el sistema normativo, pero de acuerdo a los argumentos del punto anterior [*supra* 3.3.] la única solución coherente para 4, sobre la base de los principios implícitos  $\alpha$  y  $\gamma$ , es OR. Por tanto efectuaré el tercer argumento atribuyéndole la solución OR al caso 4.

El tercer argumento es el siguiente:

1. caso 4:  $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{OR}$  (caso 4,  $\alpha$ ,  $\gamma$ )

2. caso 2 ( $\neg\text{BFE} \& \text{BFA} \& \text{TO}$ )  $\geq$  caso 4 ( $\neg\text{BFE} \& \neg\text{BFA} \& \text{TO}$ ) ( $\beta$ :  $\text{BFA} \geq \neg\text{BFA}$ )  
 -----(0,75)

3. caso 2:  $\neg\text{BFE} \& \text{BFA} \& \text{TO} \Rightarrow \text{FR} \vee \text{OR}$  (1,2)

La premisa 1 es el caso 4 con la solución normativa atribuida en función de los argumentos desarrollados en el punto anterior [*supra* 3.3.].

La premisa 2 es el principio implícito  $\beta$ , que indica que quien adquirió de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*); principio implícito que ostenta un grado probabilístico del 75%.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 4 (por  $\beta$ ), y como la única solución coherente para el casos 4 es OR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (mejor que 4) como la solución OR (igual que 4).

Como se advierte, los principios inducidos  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$  no permiten resolver la laguna del caso 2, toda vez que sobre la base de los mismos es posible atribuirle tanto la solución FR como la solución OR.

#### 4. La segunda función normativa de la coherencia: derrotabilidad de incoherencias

##### 4.1. Otro sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz

Variaré, nuevamente, el conjunto de normas de Freitas, manteniendo el mismo UD y el mismo UC. Las disposiciones, las normas y la matriz son las siguientes:

- N1: no procede la reivindicación, contra el poseedor de buena fe que la hubo adquirido por título oneroso de enajenante de buena fe.

$$\text{N1: } \text{BFE} \& \text{BFA} \& \text{TO} \Rightarrow \text{FR}$$

- N2: no procede la reivindicación contra quien adquirió de enajenante de mala fe, si lo hubo por título oneroso.

$$\text{N2: } \neg\text{BFE} \& \text{TO} \Rightarrow \text{FR}$$

- N3: procede la reivindicación contra quien adquirió de enajenante de buena a título oneroso, si adquirió el inmueble de mala fe.

$$\text{N3: } \text{BFE} \& \neg\text{BFA} \& \text{TO} \Rightarrow \text{OR}$$

- N4: es obligatorio restituir el inmueble cuando se obtuvo por título gratuito.

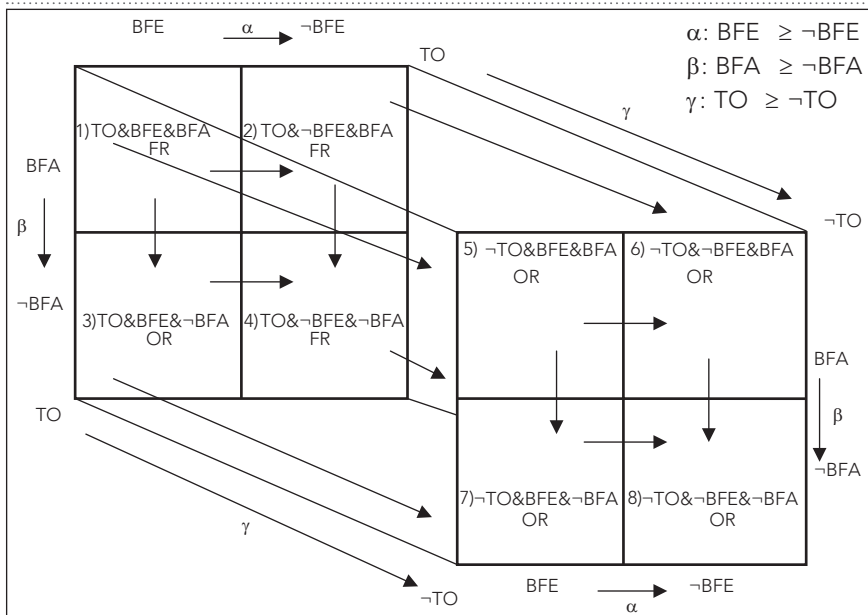
$$N4: \neg TO \Rightarrow OR$$

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	N4
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			OR	
4	-	-	+		FR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Al igual que en los dos sistemas anteriores, estamos frente a un mismo UD y un mismo UC (las propiedades relevantes son las mismas —BFE, BFA y TO—). Sin embargo, y nuevamente, este US posee grandes diferencias con los dos anteriores. Al igual que el sistema de Freitas, este sistema es completo y consistente, pero las soluciones del US pueden ser objeto de objeciones coherentes. Estas objeciones se visualizan claramente mediante el diagrama de coherencia, emergente de los principios antes inducidos  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ .

#### 4.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia

GRÁFICO 3.



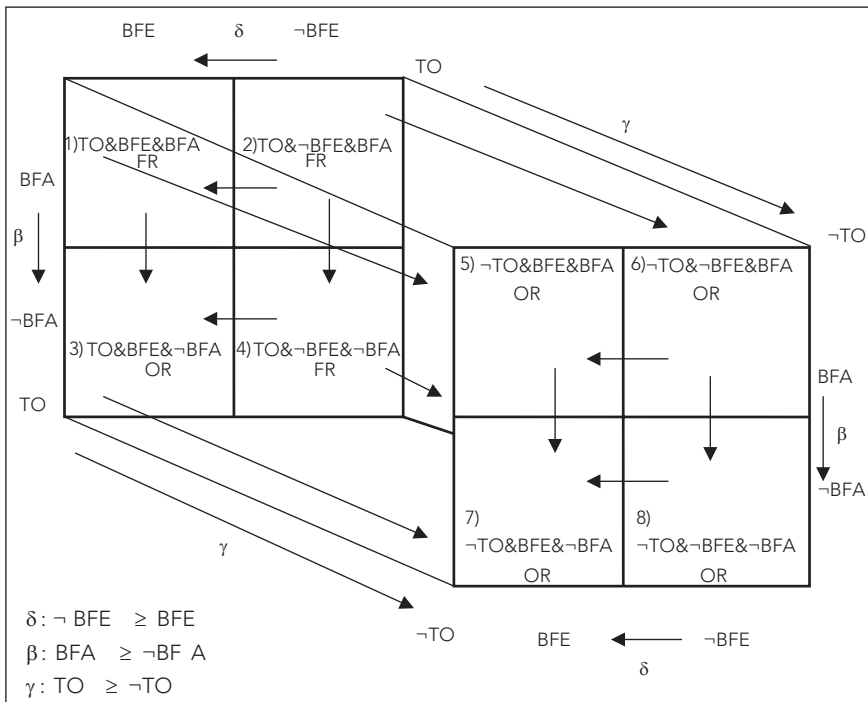
Los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$  no se verifican a un 100%. Ello debido a las soluciones de los casos 3 y 4. Según  $\alpha$ , el caso 3 debería tener una solución mejor o igual que el caso 4, pero el caso 4 tiene una solución (FR) que es mejor que la del caso 3 (OR).

$\beta$  y  $\gamma$  se verifican de manera completa en el sistema;  $\alpha$ , por su parte, se verifica en los pares de casos 1/2, 5/6 y 7/8, pero no respecto del par de casos 3/4.

Ante esta situación, un eventual camino sería buscar un principio que reemplace a  $\alpha$  y que, en conjunción con  $\beta$  y  $\gamma$  expliquen mejor la coherencia del sistema. Un principio  $\delta$  como el siguiente explicaría mejor la coherencia del sistema: quien adquiere de un enajenante de mala fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de buena fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes —el adquirente de enajenante de buena fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de enajenante de mala fe— ( $\neg BFE \geq BFE$ ).

El nuevo diagrama de coherencia es el siguiente:

**GRÁFICO 4.**



En este nuevo diagrama de coherencia el caso "mejor posicionado" sería el caso 2, y el "peor posicionado", el caso 7.

El nuevo principio  $\delta$  establece la relación inversa que establecía el anterior principio  $\alpha$ . En efecto, mientras  $\alpha$  establecía la relación " $BFE \geq \neg BFE$ ", el nuevo principio  $\delta$  establece la relación " $\neg BFE \geq BFE$ ", colocando a quien adquiere de enajenante de mala fe en mejor posición normativa que quien adquiere de enajenante de buena fe.

Sin embargo, el solo hecho de que  $\delta$  se verifique con más alto grado probabilístico que  $\alpha$  no parece ser una razón concluyente para considerar que  $\delta$  es el que debe regir en la determinación de la coherencia del sistema normativo analizado.

En efecto, podrían articularse varias objeciones a la vigencia de  $\delta$  en el sistema normativo. Premiar la mala fe por sobre la buena fe no es, por cierto, una situación usual en el derecho privado. Además,  $\delta$  ( $\neg BFE \geq BFE$ ) se opone a otro principio del mismo sistema,  $\beta$  ( $BFA \geq \neg BFA$ ), debido a que  $\delta$  premia la mala fe por sobre la buena fe mientras que  $\beta$  premia la buena fe por sobre la mala fe. Genera perplejidad el hecho de que un mismo sistema, por un lado, premie la buena fe, y por otro lado la castigue.

Una perplejidad similar se presenta en el delito de lesiones del Código Penal (en adelante, CP) argentino. Las lesiones dolosas leves tienen una pena de un mes a un año de prisión (art. 89 CP), mientras que las lesiones culposas en general (dentro de las que se incluyen las lesiones culposas leves) tienen una pena de un mes a tres años (art. 94 CP). Sostenere que las lesiones culposas o los delitos culposos en general deben estar más penados que las lesiones dolosas o los delitos dolosos en general sobre la base de la relación de las penas de los arts. 89 y 94 CP, contradiría con otras muchas comparaciones del Código Penal argentino según las cuales, en condiciones equivalentes, los delitos dolosos siempre están más penados que los delitos culposos; incluso, muchos de los delitos solo admiten forma de comisión dolosa, quedando impune la forma culposa.

Parece más correcto describir la situación de la siguiente forma: dado que en el Código Penal argentino los delitos dolosos siempre están más penados que los culposos, la relación entre las penas de los arts. 89 y 94 CP es incoherente con respecto al modo en que se regulan los demás casos de relación doloso-culposa.

Con la situación aquí analizada sucede lo mismo: dado que en el derecho civil (argentino, brasilero, etc.) la buena fe se encuentra en mejor situación normativa que la mala fe o, cuanto mucho, sus situaciones normativas son similares, entonces un sistema normativo que, en condiciones equivalentes, premia la mala fe por sobre la buena es un sistema normativo incoherente.

Esta es una de las razones que me llevan a pensar que la abducción, y no la inducción, es la mejor explicación de cómo los juristas obtienen principios implícitos. En la inducción el conjunto de principios con más alto grado probabilístico prevalece por sobre los restantes conjuntos. En la abducción, en cambio, además del dato del grado probabilístico se requiere que el conjunto de principios pueda explicar las razones de por qué se adopta este sistema normativo y no otro. En términos inductivos el conjunto de principios " $\beta\gamma\delta$ " tiene un 100% de grado probabilístico, ergo, es el conjunto de principios que debe prevalecer. En términos abductivos, en cambio, tal conjunto de principios no es aceptable ya que establecen relaciones de coherencia opuestas entre sí ( $\beta$  establece la relación  $BFA \geq -BFA$ , mientras que  $\delta$  establece la relación inversa " $-BFE \geq BFE$ ").

Por tanto, el conjunto de principios " $\alpha\beta\gamma$ " es el conjunto que mejor explica las relaciones de coherencia de los casos del sistema normativo. Tal conjunto no se verifica al 100% dado que no se verifica en el par de casos 3/4.

En efecto, cada principio regula cuatro pares de casos. El principio  $\beta$  regula (satisfactoriamente) los pares 1/3, 2/4, 5/7 y 6/8. El principio  $\delta$  regula (satisfactoriamente) los pares 1/5, 2/6, 3/7 y 4/8. Por su parte, el principio  $\alpha$  regula los casos 1/2, 3/4, 5/6 y 7/8, regulando satisfactoriamente los pares 1/2, 5/6 y 7/8; pero tal regulación satisfactoria no se verifica en el par de casos 3/4.

Con relación a este par de casos 3/4, debe notarse que el problema no es la solución aislada del caso 3 o la del caso 4, ya que 3 podría tener la solución que tiene OR, siempre y cuando 4 tuviese esa misma solución; complementariamente, 4 podría tener la solución que tiene FR, siempre y cuando 3 tuviese esa misma solución. Está claro entonces que el problema no son las soluciones aisladas de 3 o 4, sino la combinación de la solución OR para el caso 3 con la solución FR para el caso 4.

Entonces, o solo una de ambas soluciones es incorrecta, aunque no sabemos (no podemos determinar) cuál es la incorrecta; o ambas soluciones son incorrectas. Dado que respecto de los demás pares de casos se verifican  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\delta$ , cabe afirmar que tales principios ostentan un grado



probabilístico entre el 87,50% (7/8, en la hipótesis de que solo una de esas soluciones sea incorrecta) y el 75% (6/8, en la hipótesis de que ambas soluciones sean incorrectas).

De lo expuesto cabe afirmar que el sistema normativo es completo, consistente pero incoherente con relación a los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\delta$ . La incoherencia se presenta en el par de casos 3/4, con relación al principio  $\alpha$ .

#### 4.3. Las respuestas coherentes posibles para los casos 3 y 4

Dada la incoherencia detectada podría intentarse “corregir” el sistema, esto es, tornarlo coherente. Existen tres alternativas para tornar coherente al sistema:

- a. corregir solo el caso 3, asignándole FR en vez de OR;
- b. corregir solo el caso 4, asignándole OR en vez de FR; o
- c. corregir ambos casos: se le asigna FR al caso 3 (en lugar de OR) y se le asigna OR al caso 4 (en lugar de FR).

Las dos primeras alternativas parecen *prima facie* preferibles a la tercera, toda vez que las dos primeras provocan una menor modificación en el sistema normativo original, al ajustar solo una solución normativa del US. La tercera alternativa provoca una modificación mayor, al ajustar dos soluciones normativas del US. Sin embargo, la preferencia de ajustar la menor cantidad de soluciones podría ser derrotada en función de otras consideraciones, que se analizarán más adelante.<sup>(27)</sup>

##### 4.3.1. Primera alternativa: corregir el caso 3

Asignándole al caso 3 la solución FR en lugar de OR, el sistema se torna coherente, ya que el par de casos 3/4 pasa a respetar la coherencia exigida por  $\alpha$ . En efecto,  $\alpha$  exige que 3 tenga un derecho mejor o igual que 4, y en el sistema original 3 tenía un derecho (OR) peor que el derecho de

(27) En ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, “La concepción expresiva de las normas”, en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 121/153, ambos autores estipulan las condiciones de adecuación para la operaciones de substracción en los procesos de derogación de normas. Una de esas condiciones es que “el conjunto de los elementos que se substraen del sistema debe ser mínimo, esto es, solo aquellas proposiciones deben ser restadas (del sistema), cuya eliminación es estrictamente necesaria para satisfacer la condición (i)”, condición que exige que “ninguna proposición o conjunto rechazados puede permanecer en el sistema” (*ibid.*, p. 139). Entiendo que estas consideraciones de Alchourrón y Bulygin son trasladables a lo aquí analizado, en el sentido de que en el proceso de tornar coherente un sistema incoherente, son preferibles aquellas operaciones que realizan la menor cantidad de cambios en el sistema normativo a corregir.

4 (FR), situación incoherente con las exigencias de  $\alpha$ . El argumento es el siguiente:

1. caso 4:  $\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ \neg TO \Rightarrow FR$  (caso 4, Cn SN)
2. caso 3:  $(BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO) \geq$  caso 4  $(\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO)$  ( $\alpha$ :  $BFE \geq \neg BFE$ )  
------(0,875)
3. caso 3:  $BFE \ \& \ \neg BFA \ TO \Rightarrow FR$  (1,2)

El argumento pretende responder a la pregunta acerca de cuál es la solución más coherente según  $\alpha$  para el caso 3 tomando como referencia la solución atribuida al caso 4. La premisa 1 es el caso 4 con su solución (FR), la premisa 2 es el principio inducido  $\alpha$  ( $BFE \geq \neg BFE$ ) y la conclusión señala que sobre la base de las premisas 1 y 2 la solución para el caso 3 debe ser FR. Con este ajuste, la matriz es la siguiente:

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	N4
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			$\Theta$ FR	
4	-	-	+		FR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Este ajuste acarrea una peculiar consecuencia: las propiedades BFE y BFA se tornan irrelevantes, toda vez que su presencia o ausencia en nada incide en la caracterización deóntica de la acción R (restituir el inmueble), única acción del UA. Según Alchourrón y Bulygin, una propiedad es relevante cuando su presencia en un caso genérico conlleva un diferente estatus normativo de la acción del UA con relación al caso complementario (en donde la propiedad está ausente). Una propiedad es irrelevante cuando su presencia (o su ausencia) en un caso genérico no afecta al estatus normativo de la acción del UA:

La propiedad  $p$  es **relevante en el caso**  $C_i$  de un  $UC_j$  en relación a un sistema normativo  $\alpha$  y a un  $UC_k = D_f$  el caso  $C_i$  y su caso complementario con respecto a  $p$  en  $UC_j$  tienen diferente status normativo en  $\alpha$  y el  $UAK$ .

Decir que dos casos tienen diferente **status** normativo en relación a un sistema normativo  $\alpha$  y a un  $UAK$  significa que hay un

elemento (una solución) del USmin correspondiente al UAk que está correlacionado con  $\alpha$  con uno de los casos y no con el otro.

La propiedad  $p$  es irrelevante en el caso  $C_i$  de un  $UC_j$  en relación a un sistema normativo  $\alpha$  y a un  $UAk = Df.$   $p$  no es relevante en  $C_i$ , es decir, el caso  $C_i$  y su complementario con respecto a  $p$  en  $UC_j$  tienen igual status normativo en relación a  $\alpha$  y el USmin correspondiente a UAk.<sup>(28)</sup>

Por tanto, en virtud del ajuste de coherencia efectuado, la única propiedad relevante es  $TO / \neg TO$ ; consecuentemente, el sistema reformulado es el siguiente:

- N1:  $TO \Rightarrow FR$
- N2:  $\neg TO \Rightarrow OR$

	TO	N1	N2
1	+	FR	
2	-		OR

El resultado de esta reformulación es paradójico. Se tornó coherente un sistema incoherente sobre la base de un principio implícito que establece  $BFE \geq \neg BFE$  y el resultado es que tales propiedades se transforman en irrelevantes, al igual que las propiedades  $BFA / \neg BFA$ .

Los ajustes coherentistas pueden realizarse tanto en el universo de casos (UC) como en el universo de soluciones (US). Un ejemplo de ajuste en el UC lo analiza Moreso con relación a la Ley de Arrendamientos Urbanos, que en su art. 58.1 solo otorga el derecho a la subrogación del contrato al cónyuge supérstite, mas no le otorga tal derecho al supérstite de una unión de hecho. Analizando una sentencia del Tribunal Constitucional Español que declaró la inconstitucionalidad de tal distinción, Moreso señala que el problema no estriba en el US, dado que no hay un exigencia constitucional relativa a que todo supérstite tenga derecho a subrogar un contrato de arrendamiento urbano; lo que es constitucionalmente inadmisibles es asignar tal derecho al supérstite de un matrimonio legal y no al supérstite de una unión de hecho.<sup>(29)</sup>

En el caso analizado por Moreso, el cuestionamiento de coherencia se dirige directamente a una distinción contenida en el UC, distinción que se

(28) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la...*, op. cit., pp. 1971, 152 y 153.

(29) MORESO, JOSÉ J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 171 y ss.

considera inconstitucional. Sobre esa base el ajuste se dirige directamente a eliminar la distinción y, consecuentemente, a reducir la cantidad de casos relevantes del UC.

Pero esa no es la situación ahora analizada, dado que el juicio de incoherencia nunca estuvo dirigido al modo en que el UC está configurado, sino que se dirigió al US; puntualmente a las soluciones normativas de los casos 3 y 4 del UC, sosteniéndose que la combinación de ambas soluciones (caso 3:OR, caso 4:FR) era incoherente con las exigencias del principio implícito  $\alpha$  ( $BFE \geq \neg BFE$ ).

La cuestión es que este primer ajuste de coherencia en el US acarrea una consecuencia indeseada: torna irrelevantes propiedades consideradas relevantes por el legislador positivo; propiedades que no eran pasibles de objeciones coherentistas.

En tal sentido, este ajuste coherentista podría objetarse debido a que sacrifica propiedades fácticas que el legislador consideró relevantes; es más, en virtud de este ajuste el universo de propiedades (UP) relevantes seleccionadas por el legislador positivo se reduce notablemente, ya que se pasa de tres propiedades relevantes a una propiedad relevante, reduciendo consecuentemente la cantidad de casos del UC, que pasa de ocho casos relevantes a dos casos relevantes.

Por tanto, si no hay objeciones de coherencia respecto del UP elegido por el legislador positivo, entonces deberá explorarse algún otro ajuste coherentista que respete las propiedades relevantes originales del UP, esto es, las propiedades  $BFE/\neg BFE$ ,  $BFA/\neg BFA$ , y  $TO/\neg TO$ .

#### 4.3.2. Segunda alternativa: corregir el caso 4

En la segunda alternativa de ajuste coherentista se corrige el caso 4, asignándole la solución OR en reemplazo de FR. Este ajuste torna coherente el sistema en cuanto a las exigencias de  $\alpha$ , debido a que 4 tendría una solución igual que 3 (y no una solución mejor, como tenía en el sistema original).

El argumento es el siguiente:

1. caso 3:  $BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ \neg TO \Rightarrow OR$  (caso 3, Cn SN)
  2. caso 3:  $(BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO) \geq$  caso 4  $(\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO)$  ( $\alpha$ :  $BFE \geq \neg BFE$ )
- (0,875)
3. caso 4:  $\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ TO \Rightarrow OR$  (1,2)

El argumento pretende responder a la pregunta acerca de cuál es la solución más coherente según  $\alpha$  para el caso 4 tomando como referencia la solución atribuida al caso 3. La premisa 1 es el caso 3 con su solución (OR), la premisa 2 es el principio inducido  $\alpha$  ( $BFE \geq \neg BFE$ ) y la conclusión 3 señala que sobre la base de las premisas 1 y 2 la solución para el caso 4 debe ser OR.

Con este ajuste, la matriz es la siguiente:

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	N4
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			OR	
4	-	-	+		FR OR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Este ajuste acarrea una consecuencia similar al anterior: la propiedad  $BFE/\neg BFE$  se torna irrelevante, toda vez que su presencia o ausencia en nada incide en la caracterización deóntica de la acción R (restituir el inmueble), única acción del UA.

No obstante ello, desde esta perspectiva este ajuste es preferible al anterior, ya que sacrifica solo una de las propiedades relevantes originales ( $BFE/\neg BFE$ ), mientras que el ajuste anterior sacrificaba dos propiedades ( $BFE/\neg BFE$  y  $BFA/\neg BFA$ ).

En virtud de este ajuste, las propiedades relevantes que se conservan son  $TO/\neg TO$  y  $BFA/\neg BFA$ ; consecuentemente, el sistema reformulado es el siguiente:

- N1:  $BFA \ \& \ TO \Rightarrow \ FR$
- N2:  $\neg BFA \ \& \ TO \Rightarrow \ OR$
- N3:  $\neg TO \Rightarrow \ OR$

	BFA	TO	N1	N2	N3
1	+	+	FR		
2	-	+		OR	
3	+	-			OR
4	-	-			OR

Nuevamente estamos frente a una reformulación que tiene como consecuencia la irrelevancia de la propiedad BFE /  $\neg$ BFE. Se tornó coherente un sistema incoherente sobre la base de un principio implícito que establece que  $BFE \geq \neg BFE$  y el resultado es que tales propiedades se transforman en irrelevantes.

Este ajuste es susceptible de objeciones similares a las efectuadas al ajuste anterior: sacrifica una propiedad relevante, la cual no es objeto de cuestionamiento coherentista alguno. Puede explorarse la tercera alternativa para verificar si la misma permite mantener la relevancia de todas las propiedades del UP original.

4.3.3. Tercera alternativa: corregir los casos 3 y 4

La última alternativa es corregir ambos casos problemáticos, combinando los dos argumentos de las alternativas primera y segunda.

Según la primera alternativa [supra 4.3.1.], el caso 3 pasaba de la solución OR a la solución FR.

Según la segunda alternativa [supra 4.3.2.], el caso 4 pasaba de la solución FR a la solución OR.

Con ambos ajustes, el sistema pasa a ser el siguiente:

	BFE	BFA	TO	N <sub>1</sub>	N <sub>2</sub>	N <sub>3</sub>	N <sub>4</sub>
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			OR FR	
4	-	-	+		FR OR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Este ajuste conserva la relevancia de las tres propiedades del UP que eran relevantes en el sistema normativo original y, en ese sentido, configura un ajuste coherentista más admisible que los otros dos, al provocar la menor distorsión posible del sistema normativo original.

Pero desde otra perspectiva, este ajuste coherentista modifica mayor cantidad de soluciones del US que las dos primeras alternativas. En efecto, las dos primeras alternativas modificaban una sola solución normativa del US, mientras que este ajuste modifica dos soluciones normativas del US.

En definitiva, las mejores alternativas posibles son dos:

- a. segunda alternativa: modificar una sola solución normativa del US y sacrificar una propiedad relevante del UP;
- b. tercera alternativa: modificar dos soluciones normativas del US y conservar las tres propiedades relevantes de UP.

Hemos llegado, creo, a los límites de la coherencia.

#### **4.4. Sobre la competencia del juez para tornar coherente lo incoherente**

En la primera función normativa de la coherencia el juez debe modificar el sistema si quiere cumplir con su obligación de dictar sentencia. En efecto, si el juez se enfrenta ante un caso individual que se subsume en un caso genérico relevante del UC que carece de solución (una laguna normativa), el juez debe completar el sistema, asignándole a tal caso una solución.<sup>(30)</sup> Se trata de una obligación técnica, en el sentido de que solo modificando el sistema (completándolo) puede cumplir con su obligación de dictar sentencia.<sup>(31)</sup>

En la segunda función normativa de la coherencia esta obligación técnica no existe, ya que el caso genérico involucrado tiene una solución normativa. Lo que sucede es que tal solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema involucrado. Frente a esta situación, ¿puede el juez modificar el sistema, esto es, tornarlo coherente?

No pretendo responder a esta pregunta de manera integral, ya que tal respuesta sería tan (o más) extensa que el presente trabajo. Me limitaré a esbozar posibles caminos para la misma.

En la hipótesis de un sistema normativo incoherente con un principio explícito (o conjunto de principios) de raigambre constitucional, parece claro que el juez puede modificar el sistema, tornándolo coherente, en virtud del criterio *lex superior*. En razón de la jerarquía existente, el sistema de principios constitucionales "derrota" al sistema normativo infraconstitucional.<sup>(32)</sup>

---

(30) En este trabajo, al analizar la primera función normativa de la coherencia, solo exploré la hipótesis de lagunas normativas. La necesidad del juez de modificar el sistema se presenta de manera análoga en aquellos casos genéricos del UC correlacionados con soluciones normativas incompatibles (antinomias) y, aunque con ciertas variaciones, en los casos de ambigüedad. Al respecto puede verse ALONSO, JUAN PABLO, *op. cit.*, p. 9 y ss. y 91 y ss.

(31) Esta noción de "deber técnico" ha sido elaborada por ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la...*, *op. cit.*, p. 217 y ss.

(32) Esta es la tesis de la "primacía constitucional", sostenida por José J. Moreso en *La indeterminación...*, *op. cit.*, p. 165 y ss.

Pero la hipótesis analizada en este trabajo es diferente dado que la incoherencia se presenta entre el sistema normativo y los principios implícitos de él obtenidos. Dado que no puede predicarse una relación de jerarquía entre el conjunto de normas y el conjunto de principios implícitos, la derrotabilidad de las normas en virtud de los principios implícitos no es clara.

Un camino para fundar tal derrotabilidad sería sostener que cuando un sistema normativo se subsume en un conjunto de principios implícitos que establece relaciones de orden, la violación de esas relaciones de orden es, además, una violación a la igualdad ante la ley, principio explícito de raigambre constitucional, positivizado en la mayoría de los sistemas constitucionales contemporáneos.<sup>(33)</sup>

En nuestro caso, dado el principio implícito que exige que quien actúa de buena fe no debe estar en peor situación normativa que quien actúa de mala fe (verificado en el sistema específico y en casi todos los institutos de derecho privado), la norma que, en iguales circunstancias, asigna mejor derecho al de mala fe por sobre el de buena fe configura una incoherencia que puede ser derrotada en virtud del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Como señala Alexy, la exigencia constitucional de igualdad no se limita a la igualdad en la aplicación del derecho, sino que incluye también la igualdad en la formulación del derecho.<sup>(34)</sup> Ello no significa que cada vez que se registre una incoherencia entre un sistema normativo y sus principios implícitos tal incoherencia deba ser derrotada en virtud del principio constitucional de igualdad.

En derecho penal, por ejemplo, se podría ampliar el alcance de una causa de justificación a un caso individual que no se subsuma en la tipificación de la justificación, siempre y cuando se pueda sostener que tal caso individual debería haber sido incluido en función de los principios implícitos que fundamentan la adopción de esa causa de justificación. Esta ampliación puede entenderse como la "derrotabilidad" de la restricción de la tipificación en virtud de los principios subyacentes.<sup>(35)</sup>

(33) En la Constitución de la República Argentina, el principio de igualdad ante la ley está consagrado en el art. 16.

(34) ALEXY, ROBERT, *La teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling (trads.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 387.

(35) Algunos autores sostienen que las mujeres golpeadas que agreden a sus golpeadores cuando están dormidos (porque no lo pueden hacer cuando están despiertos) deberían



En cambio, no se admitiría ampliar el alcance de un tipo penal a un caso individual no cubierto por el tipo, arguyendo que tal caso individual debería estar incluido en ese tipo penal en función de los principios implícitos que fundamentan la adopción de tal tipo penal. Ello porque, en este segundo caso, los principios subyacentes (sostenidos por el principio de igualdad ante la ley) colisionan contra el principio de legalidad penal que prohíbe extender las sanciones penales a casos individuales no comprendidos en la descripción típica. En este sentido, y aunque se considere que la incoherencia es relevante en términos de igualdad ante la ley, ni los principios implícitos ni el principio de igualdad permiten “derrotar” al sistema de reglas, debido a que, ante la colisión con el principio de legalidad penal, el segundo (el de legalidad penal) prevalece sobre los primeros y, por ello el juez debe aplicar el sistema de reglas aunque este sea incoherente.<sup>(36)</sup>

En definitiva, puede distinguirse entre:

- a. la detección de la incoherencia; y
- b. la posibilidad de derrotar al sistema de reglas incoherentes.

Que se dé la primera no necesariamente implica que se dé la segunda.

## 5. Consideraciones finales

### 5.1. Tres funciones de la coherencia normativa

Tomando como punto de partida la noción de “coherencia normativa” de MacCormick (una peculiar relación entre principios y reglas), he distinguido tres funciones de la coherencia: una descriptiva y dos normativas.

La función descriptiva permite explicar la coherencia de un sistema normativo, explicitando sus principios subyacentes o implícitos. En esta función se presupone que el sistema normativo es completo (carece de lagunas

---

considerarse como “legítima defensa” aun cuando no se dé el requisito de inmediatez entre la agresión y la defensa. Por ejemplo, MORESO, JOSÉ J., “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 205/222.

(36) En este sentido se expide MORESO, en “Principio de legalidad...”, *ibid.* Sobre este tópico, Carrara ha dicho que: “Por analogía, la pena no puede extenderse de un caso a otro; pero la excusa sí puede extenderse por analogía, de un caso a otro caso”, en CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, José Ortega Torres y Jorge Guerrero (trads.), Bogotá, Temis, 1956.

normativas) y consistente (carece de antinomias). Además, en términos inductivos, el grado probabilístico de los principios determinantes de la coherencia del sistema es 100%.<sup>(37)</sup>

En la primera función normativa de la coherencia, el sistema normativo padece de alguna patología (por ejemplo, lagunas normativas). A través de esta función se pretende corregir el defecto del sistema. Dada la existencia de la patología, no es posible verificar principios implícitos al 100%, ello debido a que en el proceso de verificación ha de sustraerse el/los caso/s patológico/s, lo que necesariamente supondrá que el grado probabilístico será inferior a 100%.

Como se vio, la posibilidad de resolver casos de lagunas normativas es contingente. El éxito depende de: a) que sea posible verificar principios; y b) que sea posible arribar a una única respuesta correcta en función de los principios verificados y de las normas del sistema. En este trabajo hemos analizado un sistema con dos lagunas normativas, concluyendo que era posible verificar principios al 75% y que para una de las lagunas (la del caso 4) se podía arribar a una única respuesta correcta (OR) mientras que para la otra laguna (caso 2) no se podía arribar a una única respuesta correcta, dado que en función de los principios verificados al 75%, era plausible tanto la solución normativa OR como la solución normativa FR. En definitiva, la técnica coherentista propuesta no garantiza que puedan resolverse todos los casos genéricos patológicos, y esto puede suceder, al menos, por dos razones:

- a. porque del eventual sistema normativo analizado no pueden verificarse principios implícitos (hipótesis no explorada en este trabajo); y
- b. porque no obstante poder verificarse principios implícitos, de estos no puede arribarse a una única solución coherente, sino a varias soluciones incompatibles entre sí.<sup>(38)</sup>

En la segunda función normativa de la coherencia utilicé, como punto de partida, un sistema completo y consistente [supra 4]. Sobre la base de los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$  (principios usados para la función descriptiva

(37) Como señalé en el apartado 4.2, en términos abductivos, el hecho de que un conjunto de principios se verifique al 100% no es concluyente para determinar la coherencia de un sistema. Abductivamente puede afirmarse que la verificación al 100% es condición necesaria pero no suficiente para la función descriptiva de la coherencia.

(38) En este trabajo, para el análisis de la primera función normativa de la coherencia, solo se exploró la hipótesis de lagunas normativas. Como señalé en el apartado 4.4, lo concluido respecto de esta hipótesis es extensible a casos de antinomias y a problemas de ambigüedad.

[*supra* 2] y para la primera función normativa [*supra* 3]) se detectó un par de soluciones incoherentes; puntualmente, se señaló que los casos 3 ( $BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$ ) y 4 ( $\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow FR$ ) poseían soluciones incompatibles en función del principio verificado  $\alpha$  ( $BFE \geq \neg BFE$ ).

Detectada la incoherencia, se exploraron diferentes soluciones, concluyendo que existían dos formas admisibles de corregir la incoherencia:

- a. la segunda alternativa (corregir el caso 4, asignándole OR en lugar de FR) [*supra* 4.3.2.]; o,
- b. la tercera alternativa (corregir el caso 3, asignándole FR en lugar de OR y corregir el caso 4, asignándole OR en lugar de FR) [*supra* 4.3.3.].

Se afirmó que no había manera de preferir una alternativa por sobre la otra; por ello —y nuevamente— se dijo que el método coherentista propuesto presentaba limitaciones dado que ambas correcciones, incompatibles entre sí, eran admisibles en términos coherentistas.

El sistema normativo tomado como ejemplo para la segunda función normativa de la coherencia era completo y consistente. Ahora bien, nada obsta que un sistema normativo incompleto (o inconsistente, o ambos) sea a la vez incoherente. En tal hipótesis se deberá usar la primera función normativa para resolver los casos de lagunas o antinomias y la segunda función normativa para resolver los casos de incoherencia.

Finalmente, se marcó una diferencia entre la primera y la segunda función normativa. En la primera función el juez debe modificar el sistema (completar la laguna o remover la antinomia) para cumplir con su obligación de dictar sentencia. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin señalé que ese deber es un “deber técnico”. En la segunda función normativa ese “deber técnico” no existe dado que el juez tiene una (y solo una) solución normativa para el caso traído a su conocimiento; el problema es que dicha solución es incoherente con los principios implícitos del sistema. Señalé que para fundamentar la derrotabilidad de tal solución normativa debía argumentarse del siguiente modo: como tal solución infringe las relaciones determinadas por los principios implícitos, también infringe el principio constitucional explícito de igualdad ante la ley y, debido a la relación de jerarquía entre el principio constitucional de igualdad (ley superior) y el sistema de normas que contiene la solución incoherente (ley inferior), el sistema incoherente puede ser “derrotado” y tornado coherente por el juez.

## 5.2. Principios implícitos y juspositivismo. La cuestión de la discreción judicial "fuerte"

He intentado presentar una concepción de principios jurídicos implícitos compatible con las tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho. En dicha concepción los principios se obtienen a partir del material normativo positivo considerado como punto de partida, con utilización de un modelo de verificación basado en herramientas inductivas y abductivas.

El carácter juspositivista del modelo estriba en que el contenido de los principios implícitos viene determinado exclusivamente por el contenido de las normas usadas para obtenerlos. Para la configuración de los principios implícitos no se ha considerado ningún contenido externo al sistema de normas de referencia. Las limitaciones del modelo presentado (en el sentido de que en algunos casos no se puede arribar a una única respuesta correcta) no obstan a que pueda afirmarse que es incorrecto sostener que el juspositivismo es incapaz de dar cuenta del fenómeno de los principios jurídicos implícitos.<sup>(39)</sup>

La posibilidad de admitir principios implícitos con arreglo a la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho puede impactar en el modo en que se concibe la llamada tesis de la "discreción judicial fuerte", usualmente atribuida al juspositivismo. Tal atribución no es injusta si se tienen en cuenta los desarrollos de Hart<sup>(40)</sup> y de Alchourrón y Bulygin<sup>(41)</sup> sobre el tema.

Cabe preguntarse, sin embargo, si se trata de una tesis necesaria del positivismo jurídico. La respuesta sería (obviamente) afirmativa si se considera que es parte central de la concepción juspositivista justamente la discreción judicial fuerte en los casos difíciles o, incluso, si se considera

(39) Esto es lo que afirma Dworkin con relación al juspositivismo en general, y a la versión hartiana en particular. "Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas [principios, directrices políticas y otros tipos de pautas no identificables por su origen o pedigree]", en DWORKIN, RONALD, "El modelo de las normas (I)", en *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Barcelona, Ariel Derecho, 1984, p. 72.

(40) HART, HERBERT L. A., *El concepto de derecho*, Genaro Carrió (trad.), Bs. As., AbeledoPerrot, 1963, p. 155 y ss. (versión original en inglés: *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961. La cita pertenece con la versión en castellano.

(41) ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la...*, op. cit., p. 214 y ss.

que la imposibilidad de dar cuenta de principios jurídicos (implícitos, especialmente —ya que los explícitos se pueden identificar mediante su *pedigree*—)<sup>(42)</sup> también es un aspecto central de la concepción juspositivista.

Sin embargo, también sería admisible una reconstrucción del juspositivismo en la cual lo central sea, exclusivamente, la tesis de las “fuentes sociales del derecho” según la cual la identificación del derecho depende de hechos sociales; generalmente, actos de promulgación y de derogación de normas. En esta reconstrucción, y en palabras de Ródenas, para el juspositivismo “puede identificarse aquello que el derecho es, con completa independencia de los juicios sobre lo que debiera ser, de forma que las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen a la hora de determinar cuál es el derecho de una comunidad”.<sup>(43)</sup>

En esta inteligencia, la tesis de la discreción judicial fuerte sería una derivación particular que efectúan Hart y Alchourrón y Bulygin de la tesis central de las fuentes sociales del derecho junto con sus propios desarrollos metodológicos o teóricos.

Ahora bien, los principios implícitos verificados en los diversos sistemas normativos analizados a lo largo del presente (los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$ ) han sido obtenidos del material positivo analizado; y aun si se las considera valoraciones (y en algún sentido lo son), no son valoraciones externas a los sistemas normativos en cuestión, sino internas a ellos y —en este último sentido— compatibles con la tesis de las fuentes sociales del derecho.

Concluyo, entonces, que la tesis de la “discreción judicial fuerte” es una tesis no necesaria sino contingente del juspositivismo. De hecho, en el ejemplo analizado en el punto 3, la laguna normativa del caso 4 puede resolverse mediante la utilización de los principios  $\alpha$ ,  $\beta$  y  $\gamma$  verificados con arreglo a la tesis de las fuentes sociales del derecho y, en tal sentido, no puede hablarse de discreción judicial fuerte dado que el sistema normativo le ofrece una guía para resolver ese caso. Contrariamente, la laguna normativa del caso 2 no puede ser resuelta mediante el uso de tales principios y, respecto de ese caso genérico, la tesis de la discreción judicial

---

(42) No es objeto de este trabajo la problemática de los principios explícitos y el juspositivismo; tal problemática sería objeto de un trabajo adicional, tanto o más extenso que el presente.

(43) RÓDENAS, ÁNGELES, *Los intersticios del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 88.

fuerte tiene plena vigencia ya que el juez puede elegir tanto la solución FR como la solución OR.

### 5.3. Cuestiones abiertas

A lo largo del presente trabajo me he referido alternativamente a la inducción y a la abducción (también llamada "inferencia a la mejor explicación")<sup>(44)</sup> como herramientas metodológicas idóneas para la verificación de principios implícitos. Salvo cuestiones de detalle, cualquiera de las dos herramientas puede ser utilizada para fundamentar la verificación de los principios implícitos, al menos en el marco y en el modo en que se ha hecho a lo largo del presente trabajo.

Sin embargo, es probable que en otros contextos jurídicos la elección de una u otra herramienta conduzca a resultados diferentes.

Queda abierta, entonces, la siguiente pregunta: ¿cuál es la mejor explicación teórica sobre el modo en que los juristas obtienen principios implícitos?, ¿es la inducción?, ¿es la abducción?, ¿es alguna otra explicación teórica diferente (por ejemplo, el falsacionismo popperiano)?

La elucidación de tal problemática excede, claramente, los límites del presente trabajo.



(44) LEITER, BRIAN, *Naturalizing jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.



# El rol creador del juez en Venezuela

## Los límites de justicia en el arte hermenéutico

FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** Sala Constitucional - derechos humanos - activismo judicial - subjetividad revolucionaria socialista.

### 1. El diseño constitucional de 1999 y el monopolio de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional

Con la Constitución de 1999 se creó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, figura inédita e innovadora en nuestra historia constitucional, creada con el propósito de constituirse en órgano de la legitimación democrática, y en este sentido, servir de cauce para dirimir los conflictos entre poderes públicos y realizar una labor hermenéutica a fin de garantizar la supremacía constitucional, la vigencia de los valores superiores de nuestra Carta Magna y la uniformidad de los criterios interpretativos de normas y principios constitucionales —especialmente de derechos humanos—, por cuanto, como expresamente se consagró en el art. 335 de la Constitución de Venezuela, la Sala **es el último y máximo intérprete de la Constitución.**<sup>(2)</sup>

---

(1) Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad del Zulia (Maracaibo, Venezuela).

(2) El resaltado me pertenece.



Sin embargo, a 15 años de su establecimiento y a la luz de la jurisprudencia reciente desarrollada por dicho órgano, y tomando en cuenta varias sentencias paradigmáticas en materia de recurso de interpretación constitucional, este estudio analiza el desarrollo jurisprudencial del mismo.

Si bien se reconoce que en sus inicios, la Sala realizó un **verdadero activismo judicial**, es decir, una labor creativa con algunas sentencias emblemáticas, con jurisprudencia progresiva en materia de interpretación de derechos humanos, paulatinamente se ha venido desnaturalizando en sus funciones, presentando un grave déficit de legitimación democrática, con una jurisprudencia regresiva, asumiendo un rol político y apartándose del plexo de valores que fundamentan la Carta de 1999, especialmente el de **la preeminencia de los derechos humano**.

Con un pretendido —rol creador— y activismo asumido por la Sala Constitucional, los criterios hermenéuticos utilizados, más allá de la retórica discursiva, se configura en un modelo de judicialización de la política, subvirtiendo y lesionando los principios de derechos humanos y democráticos, especialmente el de la progresividad y de la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, traspasando los límites de justicia a los cuales está llamado el órgano sentenciador. Por un lado, en virtud de la asunción del monopolio de la interpretación constitucional y de los tratados de derechos humanos, a través del vaciamiento de contenido del núcleo esencial de algunos derechos interpretados, por cuanto, nuestra Constitución establece el carácter vinculante de la interpretación para todas las salas y tribunales de la República.

El juez constitucional venezolano se ha transformado así en un comunicador y ejecutor del proyecto político, no del axiológico previsto en la Constitución de 1999, sino de la élite del PSUV, contenido en el llamado **Plan de la Patria**, desconociendo, no de forma inocente la normativa de la Carta Magna de 1999, más allá de toda ideología y de los imperativos de justicia.

De este modo, la Sala construye un discurso con sentido hegemónico, favoreciendo una justicia procedimental, cuyos contenidos de justicia material son cuestionables.

De esta forma, la praxis jurisprudencial no se ha separado de la experiencia política venezolana, sesgada por la subjetividad revolucionaria socialista que pretende conculcar los poderes desde una concepción del poder centralizado que cierra el sistema democrático en su pluralidad y discursividad. La crisis política se ha acentuado a través de un espacio público donde es inexistente el reconocimiento del otro y de sus diferencias.

La argumentación jurídica de nuestra sala Constitucional no es más la práctica o el espacio para discernir lo que el juez es capaz de disentir. Y este cierre de la discursividad se observa en la reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Se analiza seguidamente cómo se ha producido la deslegitimación democrática progresiva del órgano constitucional.

En el desarrollo del iter jurisprudencial, Brewer Carías<sup>(3)</sup> señala algunos aspectos de ampliación de competencias de la Sala Constitucional, consecuencia de su labor hermenéutica, a saber:

- a. la creación del recurso autónomo de interpretación de la Constitución;
- b. la ampliación de los poderes de avocamiento de todas las salas que componen el Tribunal Supremo de Justicia;
- c. la asunción del monopolio de la interpretación de la Constitución, mediante la restricción de los poderes de control difuso de la constitucionalidad;
- d. el monopolio de la interpretación en materia de tratados de derechos humanos en el orden interno.

A los efectos de esta investigación, nos detendremos en el punto d relativo al monopolio de la interpretación constitucional.

En este orden de ideas, en la sentencia N° 1939 del 2003 —Caso Apitz, Barbera y otros— indicó la Sala Constitucional:

Por otra parte, al ser la Sala Constitucional el **“máximo y último intérprete”** de la Constitución y teniendo la obligación de velar **“por su correcta interpretación”**, lo que se asegura por el carácter vinculante de sus decisiones en materia de interpretación constitucional, conforme lo prevé el artículo 335 del Texto Fundamental, es esta Sala y no otra del Tribunal Supremo de Justicia, la única que puede conocer y decidir —en razón de su afinidad material— los recursos de interpretación constitucionales que sean propuestos.<sup>(4)</sup>

(3) BREWER CARIÁS, ALLAN, “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de Derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los Derechos Humanos”, 2005. Documento preparado para el Encuentro de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Centro América y República Dominicana.

(4) CORTE IDH, Resolución de la Presidenta, “Caso Apitz Barbera y Otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela” (supervisión de cumplimiento de sentencia),

Este criterio lo ha sostenido en reiterada jurisprudencia la Sala Constitucional. Por su parte, la Sala denegó la facultad de los jueces para desaplicar normas cuando basen su decisión en una interpretación que haga *motu proprio* de los principios constitucionales.<sup>(5)</sup> Al respecto, véase la sentencia N° 833 del 25/05/2001.

## 2. Del nacimiento de la Sala Constitucional con la Constitución Bolivariana de 1999

Toda la estructura sistémica constitucional reposa bajo la égida que corresponde a los jueces, la responsabilidad de la protección última de la Constitución.

La Constitución venezolana acoge un sistema mixto o integral de la constitucionalidad, combinando el método difuso a través de los jueces de la República con el método concentrado del control de la constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional.

Por su parte, dada la complejidad de las interacciones entre los sistemas jurídico y político de nuestras actuales democracias, aparte de la función destinada a la preservación del plexo axiológico constitucional, este órgano, custodio especialísimo de la Constitución, está llamado a convertirse en un "moderador de los conflictos sociales". Desde este punto de vista, según Modugno,<sup>(6)</sup> el órgano de garantía se convierte en un poder constituyente en sesión permanente a través del llamado a actualizar la voluntad constituyente en cada norma individualizada o sentencia.

Por su parte, como lo afirma la más respetable doctrina jurídica europea, los órganos constitucionales deben buscar su propia legitimación a través de su obra jurisprudencial.

Siguiendo a Zagrebelsky,<sup>(7)</sup> la Corte constitucional, "propugnadora de valores y de principios del conjunto", "portadora fiel de los valores del derecho",

---

18/12/2009, [en línea], [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/apitz\\_18\\_12\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/apitz_18_12_09.pdf), consultado en junio de 2014.

(5) BOSCAN, GUILLERMO, "Judicialización y politización en América Latina. Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los Poderes Públicos", en *Revista Cuestiones Jurídicas*, vol. 4, n° 2, 2010, p. 47.

(6) MODUGNO, FRANCO, "Corte costituzionale e potere legislativo", en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 52/53.

(7) ZAGREBELSKY, VLADIMIRO, "La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di Riforma", en *Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1982, p. 156.

debe buscar su legitimación a través de su hacer, promoviendo en la “**vida política la indispensabilidad de su función, siendo una participante consciente, a este objetivo y sin interferencias extrañas a su propia posición imparcial de los desarrollos políticos y de su significado**”.<sup>(8)</sup>

Si se observa con atención, la “natural carencia de legitimación democrática” de ciertas cortes constitucionales deriva del no cumplimiento de la función de custodios de la matriz metademocrática de valores que limitan la fuerza del mismo régimen democrático: garantizando un equilibrio entre los polos de la soberanía popular y la supremacía de un sistema de valores constitucionalizados, las cortes se configuran como “órganos judiciales dotados de **fuerza política**, con funciones jurídicas-arbitrales de **custodia-garantía** también ‘sino sobre todo’ con relación a los mismos actos en que se traduce la **soberanía popular**”.<sup>(9)</sup>

El esquema de la legitimidad democrática fundada sobre la soberanía popular, propia del diseño de las más recientes constituciones, tiene como objetivo impedir que la jurisdicción constitucional, instituida para salvaguardar la Constitución, se constituya en un suprapoder incontrolado respecto a los otros, de tal manera que amenace la estructura constitucional democrática en vez de tutelarla, situación que lamentablemente se observa en los últimos desarrollos jurisprudenciales de la Sala Constitucional venezolana.

### 3. Los fines de la interpretación jurídica y de la constitucional

Siguiendo a Bachof, administrar justicia en nombre del pueblo significa para el constitucionalista alemán mantener por parte del juez un diálogo constante y continuo con las partes procesales, con los colegas, con el mundo técnico jurídico-científico y con la opinión pública.<sup>(10)</sup> En la labor creadora del juez, este operador jurídico realiza la delicada tarea de dotar de contenido concreto al etéreo y abstracto derecho: el razonamiento legal es un ejercicio de una labor constructiva que consiste en la mejor justificación de las prácticas legales como un todo.

(8) *Ibid.*, (el resaltado me pertenece).

(9) RUGGERI, ANTONIO y SPADARO, ANTONINO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 11.

(10) BACHOF, OTTO, *Grundgesetz und Richtermacht: Rede bei der feierlichen Übergabe des Rektorats zu Beginn des Sommersemesters am 2. 5. 1959*, Tübinge, Tübingen, Universitätsreden, 1959, p. 60.

El derecho, un organismo vivo en plena evolución, no puede petrificarse, de allí que sea tan valioso el criterio fundamentado en la racionalidad que tenga el juez cuando decide, cuando elabora la *ratio decidendi* de un caso concreto.

Por lo tanto, se afirma en nuestros sistemas jurídicos la necesidad de una función judicial integradora, estabilizadora, moderadora y equilibradora a través de una actualización y adecuada ponderación de los valores jurídicos en el tiempo. En este sentido, y siguiendo a Taruffo, el juez está mucho más abierto y disponible que el propio legislador a captar la esencia de la realidad social. La jurisdicción, bajo este punto de vista, no solo declara el derecho que preexiste, sino que lo crea.

La función creadora de la jurisdicción es doble: por una parte, dar reconocimiento y tutela jurídica efectiva a los derechos y, por la otra, individualizar y actualizar los remedios jurisdiccionales precisos para asegurar la tutela. Acogiendo la tendencia del neoconstitucionalismo, los métodos más recientes hermenéuticos son el **balancing** o la **ponderación entre derechos**.

Numerosas cortes constitucionales han reconocido la tarea creativa del juez, de la cual no se excluye la venezolana. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia N° 083 de 1995, indicó:

Importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de una teoría de su responsabilidad política (...) En este sentido, lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez justifique su decisión en principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado, es una exigencia que no cabe solo predicar en el ámbito extrasistemático, cuando el juez ha agotado ya el arsenal de argumentos del orden positivo, sino que rige igualmente en el plano sistémico o intrapositivo.<sup>(11)</sup>

Para otros autores, por cuanto el rol principal del juez del siglo XXI es el de dotar de eficacia a la Constitución misma, para tal fin el criterio principal de interpretación deberá ser fundamentalmente teleológico, a la manera entendida por Leibholz y el criterio sistemático.

---

(11) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, "Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la ley 153 de 1887", 01/03/1995.

Todos estos criterios se combinan con aquellos rasgos que el neoconstitucionalismo ha dejado en descubierto, siguiendo a Ociel Castaño:

- a. la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria;
- b. la omnipotencia judicial, en lugar de la autonomía del legislador ordinario;
- c. la coexistencia de una pluralidad de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de una homogeneidad ideológica en torno a una serie de principios coherentes entre sí.

Con respecto a la pluralidad de valores, siguiendo a Serpe,<sup>(12)</sup> la Carta Constitucional se funda sobre la armonía, la coherencia y la integridad de principios y derechos-razón, una plantilla, esto es, la Constitución, unidad y diferencia "en el nombre de los valores". En aras de esta armonía, las ambiciones jerárquicas entre valores constitucionales en conflicto se abandonan a favor de una *consistency* de contenido, estructurada sobre la "paz" entre valores, es decir, lo que Serpe considera una **euritmia** axiológica, esto es, sobre un *minimum* esencial de los *Grundrechte*.

Por su parte, según los representantes de la corriente del **judicial activism**, la mayoría de las veces el dilema entre democracia y constitucionalismo es susceptible de solución solo donde los jueces nominados tengan pensamientos que colmen en los puntos esenciales, aquellos de la mayoría, garantizando que sus valores personales, sus visiones filosóficas y sus posiciones sobre determinadas *fattispecie* jurídicamente relevantes (por ejemplo, en materia de aborto) sean compartidas o cuanto menos aceptadas por la mayoría de la opinión pública.

#### 4. Judicialización de la política en Venezuela. Sentencias emblemáticas. ¿Un controlador sin controles? La paradoja constitucional. Más allá del blindaje constitucional

Siguiendo a Berríos,<sup>(13)</sup> los procesos políticos revelan la interacción entre los jueces y el poder político, que encuentra en la arena judicial un ámbito propicio para zanjar controversias que no pueden solucionarse por otros medios con similar costo e impacto.

(12) SERPE, ALESSANDRO, "Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio", en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Maracaibo, Venezuela, 2013.

(13) BERRÍOS, JUAN, "La judicialización de la transición política en Venezuela. Estudios sobre la Decisión No. 141/2013, del 08 de marzo. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", en *Frónesis*, vol. 20, n° 1, 2013, p. 150.

La Sala Constitucional venezolana planteó que la “Constitución es un proyecto axiológico jurídico, según el criterio establecido en la Sentencia No. 1309-2001, del 19-07, es evidente que sus decisiones trasciendan en lo político y así deben ser valoradas”.

Aclara la Sala que:

... el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).

... en este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.<sup>(14)</sup>

## 5. Caso: denuncia de la CADH por parte del Gobierno venezolano

La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) fue realizada por el Ejecutivo Nacional el 10/09/2012, de conformidad con el art. 78 CADH.

La gravedad de esta denuncia de un instrumento convencional especialísimo de tutela de los derechos humanos en la región reside en que se expresó como una solicitud al Ejecutivo venezolano por parte de la Sala Constitucional del TSJ, con ocasión de la sentencia N° 1939, del 18/12/2008 —“Apitz, Barbera y Otros”—: es el caso de los 3 ex magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que sentenció la inejecutabilidad del fallo de la Corte IDH (05/08/2008) y la declaratoria de la responsabilidad internacional del Estado venezolano al violar la normati-

---

(14) TSJ VENEZUELA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 1309-2001, 19/07/2001.

va interamericana de protección de los derechos humanos, ordenando la reincorporación de los tres ex magistrados a sus funciones como jueces.

El gobierno venezolano había justificado la salida del sistema de tutela de la Convención Americana por la necesidad de distanciarse del **“pervertido ejercicio actual de los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte**. Los principios vinculados a los derechos humanos deben ser preservados al margen de estas **instituciones viciadas...**”.<sup>(15)</sup>

Por su parte, la Sala Constitucional fundamentó dicha salida por la usurpación de funciones de la Corte Interamericana en la justicia interna y por el principio de la soberanía nacional. En palabras de la Sala:

Con base en el mismo principio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión...

Por mandato de nuestra Constitución de 1999, todos los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos poseen jerarquía constitucional, incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, y contrariamente a lo estatuido en el art. 23 de nuestra Carta Magna, la Sala, en su interpretación, privilegió la aplicación de las normas constitucionales, especialmente la que tutela los intereses colectivos, frente a los principios y normativa internacional, aun de derechos humanos, invocando el principio de soberanía y autodeterminación nacional.

Concluye la sentencia con estas palabras:

no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución y (...) son inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional.

(15) TSJ VENEZUELA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 1939, 18/12/2008 El resaltado me pertenece.



En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala N° 1265/2008 estableció que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional,

deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares

(...)

Resulta así que **es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno;** al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

(...)

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, **la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República.**

En este caso, estima la Sala que la ejecución de la sentencia de la Corte IDH del 05/08/2008 afectaría los principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente.

## **6. Caso: sentencia sobre Juramentación del Presidente de la República del nuevo período constitucional 2013/2019**

Llegado el día 10/01/2013, por mandato constitucional del art. 241, se requería la juramentación por parte del Presidente electo, el Presidente Hugo Chávez, quien se encontraba en Cuba en tratamiento médico. Sin embargo, para esa fecha se desconocía el verdadero estado de salud del Presidente.

Por tal motivo, la Sala Constitucional resolvió un recurso de interpretación constitucional sobre el significado y alcance del art. 241, norma jurídica

que establece el deber de juramentación del Presidente electo para el caso concreto de un Presidente reelecto que no se presentara al acto de juramentación correspondiente.

En criterio de la Sala Constitucional, en atención a lo decidido en la sentencia N° 2-2013,<sup>(16)</sup> el Estado venezolano contaba con un Presidente de la República reelecto y en funciones, con un período presidencial que había iniciado el 10/01/2013, tal como lo pauta el art. 241 de la Constitución.

El Tribunal, citando el fallo N° 2-2013, ratificó que el Presidente reelecto inició su nuevo mandato el 10/01/2013, configurándose la hipótesis de la “**continuidad administrativa**” entre el período constitucional que finalizaba y el que habría de comenzar y que, por lo tanto, se entendía que el Presidente reelecto, a pesar de no juramentarse dicho día, continuaba en sus funciones.<sup>(17)</sup>

Dicha sentencia presenta diversas contradicciones sistémicas e intrasistémicas por cuanto, por un lado, indicaba el deber de juramentación del recién Presidente reelecto, pero por la otra señalaba que la oportunidad de juramentación podría fijarla el Tribunal Supremo de Justicia para realizarse frente a ella una vez que existiera la constancia por parte del Presidente del cese de los motivos sobrevenidos que impedían la juramentación.

De esta forma, la Sala Constitucional interpretó el art. 241 a favor de los funcionarios del gabinete del Presidente Chávez, lo que sirvió para aplacar un fuerte conflicto político que se anunciaba, por cuanto, por un lado, el pueblo venezolano se interrogaba sobre el verdadero estado de salud del Presidente, existiendo fuertes sospechas de su imposibilidad de asumir el mandato presidencial, y por el otro, el Estado venezolano no daba una información oportuna y veraz sobre dicho estado de salud ante la inminencia de la iniciación del nuevo período presidencial.

La sentencia entonces, se constituyó en una forma de estrategia jurídico-política, apelando al principio general de la “continuidad administrativa de los funcionarios públicos” (principio de la funcionalidad ordinaria de la Administración Pública), incluido al Presidente y a todo su gabinete con una postura contraria a favorecer la convocatoria a nuevas elecciones

(16) TSJ VENEZUELA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 12-1358, 11/01/2013, [en línea] <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/03-11113-2013-12-1358.html>, consultado en septiembre, 2014.

(17) BERRÍOS, JUAN, *op. cit.*, p. 152.

o a la verificación del verdadero estado de salud del Presidente electo, a fin de poder esclarecer, si se constituía la falta absoluta o temporal del Presidente prevista en el Texto Constitucional.

### **7. Caso: sentencia N° 137 contra Daniel Ceballos, Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, 17/03/2014**

El ciudadano Daniel Ceballos recibió una detención arbitraria en su condición de Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, y posteriormente fue enviado a prisión militar mediante sentencia de la Sala Constitucional, cercenándole su derecho al debido proceso y el derecho al juez natural.

En este sentido, la Sala Constitucional en ponencia conjunta declaró el desacato del ciudadano Daniel Ceballos al mandamiento de amparo constitucional cautelar dictado por esa instancia mediante sentencia N° 135 del 12/03/2014 —“Caso Blyde y Smolansky”— con efectos extensivos al referido ciudadano como Alcalde del Municipio de San Cristóbal del Estado Táchira, en virtud del fallo N° 137 del 17/03/2014.<sup>(18)</sup>

Fue sentenciado por dicha Sala a 12 meses de prisión, más las penas accesorias, que comportó igualmente la destitución de su cargo de Alcalde del Municipio San Cristóbal.

La sentencia de la Sala se presenta sin fundamentos y sin motivación de la sentencia que condenó a Daniel Ceballos a 12 meses de prisión y el cese de sus funciones como alcalde de San Cristóbal. La Sala Constitucional, convirtiéndose en un Tribunal Penal, interpretó extensivamente la norma penal para poder limitar los derechos fundamentales del alcalde Ceballos, privándolo de su libertad e inhabilitándolo políticamente, lo cual está prohibido en un régimen democrático regido por el Estado de derecho.

Por lo tanto, con la interpretación de la Sala Constitucional no solo se violaron los derechos humanos del funcionario público en cuestión, sino también los derechos colectivos del cuerpo electoral del Municipio San Cristóbal que lo designó como alcalde.

---

(18) TSJ VENEZUELA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 14-0194, 10/04/2014, [en línea] <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTML>, consultado en septiembre, 2014.

## 8. Caso: sentencia N° 136 contra Vicente Scarano, alcalde del Municipio San Diego del Estado Carabobo y Salvatore Luccese Scaletta, Director de la Policía Municipal de San Diego, 12/03/2014

Se dictó al alcalde Vicente Scarano una medida de amparo constitucional cautelar librada en la sentencia N° 136 del 12/03/2014,<sup>(19)</sup> donde se ordenó la remoción de las barricadas o de cualquier obstáculo puesto por la sociedad civil como forma de protesta, que garantizara el libre tránsito, la protección del medio ambiente y la ordenación del tránsito en dicho Municipio.

A dicho ciudadano se lo demandó por intereses colectivos o difusos y entró a conocer la Sala Constitucional, la cual sometió a los referidos Alcalde y Director de la Policía a una verificación del cumplimiento del mandato constitucional establecido en la sentencia.

Dicho procedimiento, no previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, fue creado por la propia Sala Constitucional, amparada en lo establecido en el art. 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de justicia que establece: "... cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúe un proceso especial a seguir se aplicará el que exclusivamente las Salas de este Alto Tribunal juzguen más conveniente para la realización de la justicia, siempre que tenga fundamento legal".

Es la norma adjetiva de aplicación en casos de lagunas, que obviamente tome en cuenta el logro de los fines de la justicia y tenga base legal, fundamentada en la razonabilidad y la proporcionalidad.

Seguidamente, la Sala Constitucional declaró el desacato del mandamiento de amparo constitucional y determinó la sanción prevista en el art. 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ordenando la prisión de estos ciudadanos.

Aquí observamos cómo la Sala Constitucional se constituyó en Sala Penal, violando con ello el principio del juez natural.

(19) TSJ VENEZUELA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 14-0205, 09/04/2014, [en línea] <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.html>, consultado en septiembre, 2014.

## 9. Caso: sentencia N° 276 de la Sala Constitucional, que interpreta el art. 68 de nuestra Carta Fundamental, 24/04/2014

El recurrente Alcalde del Municipio Guacara del Estado Carabobo pidió un recurso de interpretación jurídica del art. 68 CN y de los arts. 41, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Partidos Políticos y de Reuniones Públicas y Manifestaciones, ante la Sala Constitucional a fin de saber cómo actuar frente a las manifestaciones en contra del Gobierno que se sucedían en dicho municipio. De igual forma, interrogó si para dichas manifestaciones los manifestantes necesitaban solicitar la respectiva autorización.<sup>(20)</sup>

El art. 68 CN establece que: “Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otro requisito que los que establezca la ley. Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de las manifestaciones pacíficas”.

En esta sentencia, la Sala realizó una serie de argumentaciones donde privilegia el criterio sistemático y teleológico de la interpretación conforme a la Constitución.

La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exige que **“la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (...) pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano”**.<sup>(21)</sup>

**La Sala sentenció que dicho derecho no es un derecho absoluto y que:**

La autorización emanada de la primera autoridad civil de la jurisdicción de acuerdo a los términos de la ley de partidos políticos y reuniones políticas y manifestaciones, constituye un requisito de carácter legal, cuyo incumplimiento limita de forma absoluta el derecho a la manifestación pacífica, impidiendo así la realización

---

(20) TSJ VENEZUELA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia N° 276, 24/04/2014, [en línea] <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/abril/163222-276-24414-2014-14-0277.HTML>, consultado en septiembre, 2014.

(21) Ver [en línea] <http://barinas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2006/ABRIL/802-4-1.738-06-1237.html>. El resaltado me pertenece.

de cualquier tipo de reunión o manifestación. Por lo tanto, cualquier concentración, manifestación o reunión pública que no cuente con el aval previo de la autorización por parte de la respectiva autoridad competente para ello, podrá dar lugar a que los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público, a los fines de asegurar el derecho al libre tránsito y otros derechos constitucionales (...) actúen dispersando dichas concentraciones con el uso de los mecanismos más adecuados para ello.<sup>(22)</sup>

De este modo, esta sentencia vació de contenido el derecho humano consagrado en el art. 68, por cuanto lesionó su núcleo esencial al limitar, a través de la imposición de una carga para el manifestante, la obtención de la autorización y permiso de la primera autoridad civil, es decir, **de un régimen autorizador para poder ejercer su derecho humano a manifestar**. Y siguiendo las pautas de la exégesis jurídica, donde el legislador, en este caso, el Constituyente, no establece restricciones, no lo puede hacer el intérprete. **Este requisito invocado por la Sala Constitucional constituye una forma de limitación severa, no prevista en la norma constitucional, que es invariable en un sistema verdaderamente democrático y de libertades donde la manifestación constituye la forma de participación política más auténtica, natural y vital de la condición de ciudadano y de la sociedad civil.**

Obviamente hay que tener en cuenta el contexto sociopolítico en el que se produce dicha sentencia, donde el gobierno venezolano, desde el mes de febrero de 2014, era severamente cuestionado por la sociedad civil y por los partidos de la oposición a través de manifestaciones constantes, masivas y diarias en todas las ciudades del país, en calles y avenidas, que estaban desestabilizando el referido gobierno.

Dicha sentencia sirvió al gobierno de muro de contención de la protesta ciudadana, la cual se acompañaba asimismo de una criminalización de la protesta por parte del Estado venezolano, por cuanto más de 3.000 manifestantes pacíficos fueron detenidos arbitrariamente por los órganos de seguridad y se encuentran liberados bajo régimen de presentaciones ante los tribunales de la República.<sup>(23)</sup>

(22) Ver [en línea] <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/166872-822-16714-2014-14-0452.HTML>

(23) Ver Provea, *Venezuela 2014: protestas y derechos humanos*, informe especial relativo al derecho a la protesta en Venezuela, [en línea] <http://www.derechos.org.ve/informe-venezuela-2014-protestas>

## 10. Conclusiones

Siguiendo a Habermas, la función de la justicia constitucional es la limitación del poder, la racionalización y control del poder estatal y social; ella opera desde el punto de vista del contenido, al consenso general y se concentra en la tutela de las minorías y de los débiles, en la reacción tempestiva y flexible a los nuevos peligros para la dignidad del hombre, y en su carácter apolítico de guía y respuesta. En consecuencia, corresponde a las cortes constitucionales el deber insoslayable de proteger el sistema de los derechos.

Otra problemática que emerge de la labor exegética de la Sala Constitucional venezolana es el control de dicha interpretación, la cual además tiene carácter vinculante en términos del respeto y la preservación de los derechos humanos y de las libertades democráticas.

¿Cuál teoría jurídica, iusnaturalista, iuspositivista, crítica o realista, o trialista es capaz de explicar estas disfuncionalidades presentes en la obra de nuestra Sala Constitucional, develar la camisa de fuerza que ha impuesto el juez constitucional a los demás jueces venezolanos en cuanto a la interpretación de derechos humanos? ¿Podrá vincular a los jueces una sentencia que restrinja derechos humanos?

El autor alemán Bockenforde se interroga sobre la gravedad de la falta de controles sobre la justicia constitucional; en sus propias palabras, el oficio del juez constitucional no está solamente libre de controles, sino que está exceptuado del deber de dar cuenta de su hacer. ¿Cómo es posible, bajo estas circunstancias, crear un vínculo democrático que tutele el principio de la soberanía popular?<sup>(24)</sup>

La Sala Constitucional deja en estado de indefensión a la ciudadanía venezolana al apartarse del sentido y *telos* constitucional de garante de los derechos humanos y de los valores y principios democráticos y, por otra parte, presenta grandes déficits de legitimidad democrática al favorecer restricciones de derechos humanos tales como el de la manifestación pacífica, el debido proceso, el juez natural y el derecho de petición internacional. La interpretación constitucional así entendida se convierte ya no en un activismo judicial o labor creadora, sino en un importante brazo político a favor de la élite en el poder.



---

(24) BÖCKENFÖRDE, W, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Brescia, Morcelliana, 2006, p. 657.

# El formalismo jurídico. Una aproximación a partir de Max Weber<sup>(1)</sup>

LUIS FERNANDO BARZOTTO<sup>(2)</sup>



**Palabras clave:** formalismo jurídico - derecho - pensamiento jurídico - justicia.

## 1. Introducción: Occidente y la racionalidad formal

El tema central de la teoría social de Max Weber es el proceso de racionalización que confirió a Occidente su fisonomía propia. Lo que diferencia a Occidente de otras civilizaciones es que solamente en él se alcanzó una organización política racional —un Estado racional—, una organización económica racional —el capitalismo racional—, una organización racional del saber —la ciencia— y una conducta metódicamente orientada —la disciplina de la vida profesional—. Aunque Weber afirme el carácter polisémico del término, podemos afirmar que el contenido común de esos usos de la expresión “racionalización” es el de “ordenar” o “conferir” “orden”. El hombre occidental, habiendo hecho la “experiencia de la irracionalidad del mundo”,<sup>(3)</sup> o sea, de su carácter caótico y desordenado, se lanzó a dominarlo por la razón.

---

(1) Traducción de Juan Cianciardo (Conicet - Universidad Austral).

(2) Profesor de Filosofía del Derecho (Universidad Federal de Rio Grande do Sul). Doctor en Derecho (Universidad de San Pablo).

(3) WEBER, MAX, “A política como vocação”, en *Ciência e política: duas vocações*, San Pablo, Cultrix, 1999, p. 116.



Para analizar este proceso civilizatorio, la categoría básica utilizada por Weber fue la de acción social racional, así como la distinción entre racionalidad formal y racionalidad material.

La acción social es la acción a la que el agente atribuye un sentido, refiriéndola a la conducta de otro. Weber distingue, en este sentido, cuatro tipos ideales básicos:<sup>(4)</sup> dos de ellos "irracionales" y los dos restantes "racionales".

Entre los tipos irracionales están la acción afectiva y la acción tradicional. La acción afectiva es aquella cuyo sentido radica en un sentimiento o estado emocional. Como expresión de la dimensión afectiva del individuo este tipo de acción se opone a la acción racional. Por su parte, la acción tradicional es aquella que reproduce costumbres inveteradas del grupo social; por su carácter automático e irreflexivo también carece de un sentido racional.

Entre los tipos de acción cuyo sentido está dado por la razón, Weber distingue la acción racional con relación a los valores y la acción racional con relación a los fines. La primera es definida por Weber en estos términos: "la acción racional con arreglo a los valores es determinada por la creencia consciente en el valor (...) absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea, exclusivamente por los méritos de ese valor".<sup>(5)</sup>

La acción "valorativa" es aquella cuyo sentido está dado por la adhesión incondicional a un valor, por tanto indiferente al estado de cosas que será producido por la acción. Integra el contenido de aquello que Weber denomina "ética de la convicción",<sup>(6)</sup> que desdeña los resultados de la acción, concentrándose solo en la pureza de intención de aquel que la realiza.

Con el desencantamiento del mundo provocado por la ciencia moderna y la consecuente pérdida de la influencia de las cosmovisiones

---

(4) El tipo ideal es una construcción científica que busca la univocidad de un concepto por la abstracción de los factores no relevantes para el investigador. Por lo tanto, el tipo ideal es un concepto unívoco (con notas especificadas por el investigador), cuya función es organizar y clasificar material empírico que ser investigado. El término "ideal" se refiere al hecho de que, en su pureza, este concepto no refleja cualquier fenómeno empírico. De esta naturaleza son los conceptos del capitalismo, la racionalización, el formalismo, etc., utilizado por la sociología. Ver WEBER, MAX, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 17/18.

(5) *Ibid.*, p. 20.

(6) WEBER, MAX, "Política como...", *op. cit.*, pp. 111/114.

ético-religiosas, las necesidades de coordinación social se vieron imposibilitadas de acudir a una visión axiológica común que pudiese unificar la acción colectiva. En otros términos: se tornó imposible para Occidente racionalizar la vida social a partir de una racionalidad de contenido valorativo o, en la formulación de Weber, una racionalidad de tipo material: "la racionalidad material (...) expresa el grado en que una acción (...) está orientada por postulados de valor. Estos son extremadamente diversos".<sup>(7)</sup>

La "diversidad" señalada por Weber expresa la fragmentación valorativa propia de la Modernidad. No solo la esfera pública, sino también la vida privada de cada individuo está acosada por valores diversos que se encuentran en conflicto perpetuo entre sí, como los antiguos dioses: "la sabiduría popular nos enseña que una cosa puede ser verdadera, aunque no sea bella, ni sana, ni buena. Esos son los casos más elementales de la lucha que enfrenta a los dioses de órdenes diferentes y de diferentes valores".<sup>(8)</sup>

El politeísmo de la antigua Grecia era un síntoma de algo de lo que solo el hombre moderno tomó conciencia: la imposibilidad de superar el conflicto entre los valores cognitivos (Apolo), estéticos (Afrodita), hedonísticos (Dionisio), éticos (Themis), etc. Esta situación es descripta por Weber con la expresión "politeísmo de valores", y es insoluble desde un punto de vista racional. Por lo tanto, la única actitud honesta es una decisión entre los diferentes dioses/valores.<sup>(9)</sup> Como consecuencia inevitable, se torna imposible para el Occidente contemporáneo una racionalización material de la vida social:

El concepto de racionalidad material es completamente equívoco. Significa que la consideración no se satisface con el hecho inequívoco y puramente formal de que se proceda y calcule de modo "racional" con arreglo a fines con los medios factibles técnicamente más adecuados, sino que se plantean exigencias éticas, políticas, utilitaristas, hedonistas, estamentales, igualitarias o de cualquiera otra clase y que de esa suerte si miden las consecuencias de la gestión económica (...) con arreglo a valores o a fines materiales.<sup>(10)</sup>

(7) WEBER, MAX, *Economía...*, op. cit., p. 64.

(8) WEBER, MAX, "Ciência como vocação", en *Ciência e política...*, op. cit., p. 41.

(9) *Ibid.*, p. 46.

(10) WEBER, MAX, *Economía...*, op. cit., pp. 64/65.

De este modo, la racionalización en Occidente no se apoyó en la acción racional con relación a los valores, sino en la acción racional con relación a los fines: "acción social con arreglo a fines es aquella determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como 'condiciones' o 'medios' para el logro de fines propios racionalmente sopesados o perseguidos".<sup>(11)</sup>

La acción racional con relación a fines o acción estratégica es aquella que "ordena" los medios en vista de un fin establecido por el agente. En ella se calcula cuál sería el medio que tornaría más probable la consecución del fin, o sea, se formula la pregunta acerca de qué acción torna previsible la obtención de un cierto estado de cosas elegido por el agente. A partir de la experiencia que se tiene del mundo (de los objetos exteriores) y de la vida social (de las conductas ajenas), se procura combinar de manera óptima los factores naturales y sociales teniendo en vista la realización de los propósitos del agente. La razón se concentra en los medios y no en los fines, y considera a estos últimos solo desde el punto de vista de la adecuación de las preferencias del individuo y de las consecuencias que la acción previsiblemente puede acarrear ("fines racionalmente sopesados y perseguidos").

La razón que se refiere solo a los medios posee un carácter formal una vez que su actividad se expresa en término de cálculo de medios y no de conformidad con objetivos materiales puestos como fines: "La racionalidad formal (...) expresa el grado de cálculo que es técnicamente posible y que se aplica realmente".<sup>(12)</sup> Entendida como cálculo, la racionalidad formal es "inequívoca".<sup>(13)</sup> Mientras que la racionalidad material, en un contexto de "politeísmo de valores", no puede pretender validez social sino meramente subjetiva, y de allí que su intrínseca equivocidad, el cálculo de medios y fines y la determinación de las consecuencias previsibles de la acción son accesibles a cualquier persona.

Esta racionalidad formal, peculiar de Occidente, se expresa de modo más intenso en las dos esferas centrales de la vida en sociedad: la política y la económica. Tanto una como otra fueron racionalizadas formalmente, esto es, la acción social que ocurre en su interior se encuentra estructurada de modo estratégico, siguiendo la lógica del cálculo de medios y fines. En la esfera política esta racionalización resultó en la "dominación racional"; en

---

(11) *Ibid.*, p. 20.

(12) *Ibid.*, p. 64.

(13) *Ibid.*, p. 64.

la esfera económica, el mismo proceso condujo al “capitalismo racional”. Tanto la racionalización política como la económica demandaron un derecho estructurado según una racionalidad formal, esto es, calculable.

Analizaré brevemente la dominación racional y el capitalismo racional, así como su relación con el derecho racional, aquel que proporciona el orden necesario para la racionalización política y económica.

La dominación es la posibilidad de encontrar obediencia por parte de personas determinadas a un mandato también determinado; depende de la creencia en la legitimidad del poder, es decir, de los motivos “internos” que llevan a la obediencia. De los tres tipos puros de dominación, dos son irracionales según la clasificación weberiana: la dominación tradicional, que reposa sobre la acción tradicional, y la dominación carismática que reposa sobre la acción afectiva. Mientras que la dominación tradicional es aquella que se funda en la creencia de la santidad de tradiciones inmemoriales, la dominación carismática se basa sobre la creencia en las cualidades extraordinarias del líder.

La dominación racional “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”,<sup>(14)</sup> y por eso es denominada también como “dominación legal”. La idea central es que la creencia en la obligatoriedad del derecho positivo genera la racionalidad del uso del poder estatal, puesto que todo poder es ejercido como “competencia”, o sea, toda actividad del detentor del poder está delimitada estrictamente por normas. Eso permite “calcular” la actividad del Estado según sus posibilidades de comportarse siguiendo las normas jurídicas: “El Occidente es el único que ha conocido el ‘Estado’ como organización política con una ‘constitución’ y un derecho racionalmente articulados y una administración (...) guiada por reglas racionales positivas: las leyes”.<sup>(15)</sup>

La burocracia, como modo de organizar la administración a partir de la sumisión a reglas generales o leyes, “es la forma más racional de ejercerse una dominación; y lo es en los sentidos siguientes: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados”.<sup>(16)</sup>

(14) *Ibid.*, p. 172.

(15) WEBER, MAX, *Ensayos sobre la sociología de la religión*, vol. I, Madrid, Taurus, 1992, p. 13.

(16) WEBER, MAX, *Economía...*, *op. cit.*, p. 178.

También el capitalismo racional es algo propio de Occidente. Otras civilizaciones conocieron el intercambio y el comercio, pero solo en Occidente la actividad económica pasó a guiarse por la posibilidad de calcular las probabilidades de ganar en el mercado. Esto significa que el ejercicio de una racionalidad con relación a fines debe poder contar con la previsibilidad del comportamiento ajeno como condición del cálculo económico: “la situación real en caso de pura racionalidad con arreglo a fines es que cada una de las partes cuenta, y normalmente puede contar, como la probabilidad de que la parte contraria se conducirá ‘como si’ reconociera, con fuerza ‘obligatoria’, una norma cuyo contenido indica que debe ‘mantener’ la palabra dada”.<sup>(17)</sup>

El modo de “prever” con alto grado de probabilidad la conducta ajena consiste en pensarla como sometida a una norma de validez general. De allí el papel esencial del derecho para el capitalismo racional: “La aceleración moderna del tráfico económico reclama un derecho de funcionamiento rápido y seguro (...). El mercado demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho calculable según reglas racionales”.<sup>(18)</sup>

La racionalidad formal característica de Occidente exige que el fenómeno jurídico sea comprendido a partir de una perspectiva formal. Puede hablarse del “formalismo jurídico” como la actitud propia del Occidente moderno frente al derecho que se torna de este modo “derecho formalmente racional”, es decir, calculable. Esto implica un concepto de derecho —el derecho formal—, una concepción del pensamiento jurídico —el pensamiento jurídico formal— y una teoría de la justicia —la justicia formal—.

## 2. El derecho formal: la norma

### 2.1. Preliminares

El derecho posee carácter formal en la medida en que su obligatoriedad no está relacionada con un contenido ético, político, económico, etc., sino con su manifestación en la **forma** de una norma general, cuya creación (positividad) y aplicación se producen según un determinado procedimiento.

Este derecho expresa la racionalidad formal propia del sometimiento a la ley, que se opone a la dominación tradicional tanto de los poderes teocráticos como de los poderes patrimonialistas, orientados por fines

---

(17) *Ibid.*, p. 265.

(18) *Ibid.*, p. 272.

materiales. Lo que estos poderes pretenden “no es la vinculación jurídico-formal más precisa y favorable para el cálculo de las probabilidades, o la sistemática racional del derecho y del procedimiento, sino lo que mejor satisface, desde el punto de vista del contenido, las exigencias prácticas, utilitarias y éticas, de esas autoridades. La distinción entre ‘ética’ y ‘derecho’ no existe”.<sup>(19)</sup>

El derecho se distingue de la ética cuando es derecho formal, o sea, cuando su validez no deriva de su contenido moral, sino de las características formales de sus normas: generalidad, positividad y procedimentalidad.

### 2.1.1. Generalidad

Según Weber, “desde el punto de vista jurídico, el derecho moderno se compone de (...) normas abstractas de acuerdo con cuyo contenido una determinada situación de hecho debe producir tales o cuales consecuencias jurídicas”.<sup>(20)</sup>

La norma jurídica consta de dos partes: la previsión abstracta de un hecho descripta en sus trazos típicos y la previsión de una consecuencia jurídica determinada. La formalidad está en la expresión genérica de la norma que busca tipificar los trazos jurídicamente relevantes de la acción en “clases” fácilmente identificables: “un derecho es formal cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, ‘unívocas’, de los hechos”.<sup>(21)</sup>

La generalidad garantiza el carácter racional de la norma en la medida en que las clases que la norma contiene permiten encuadrar los hechos relevantes para la vida jurídica, tornando previsible y calculable el comportamiento estatal y la conducta ajena. Cuando los creadores y aplicadores del derecho se desvinculan de la generalidad de las normas y adhieren a valoraciones concretas, el derecho se vuelve irracional porque resulta imprevisible: “La creación de normas y la actividad judicial son irracionales (...) cuando la decisión de los diversos casos depende esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política, y no de normas generales”.<sup>(22)</sup>

(19) *Ibid.*, p. 604.

(20) *Ibid.*, p. 532.

(21) *Ibid.*, p. 511.

(22) *Ibid.*, p. 511.

La generalidad de las normas permite también distinguir entre creación y aplicación del derecho, uno de los fundamentos del ideal del Estado de derecho contemporáneo:

Por “creación del derecho” entendemos, actualmente, el establecimiento de normas generales integradas, según el lenguaje de los juristas, por uno o varios “preceptos jurídicos”. Concebimos la “aplicación del derecho” como una “aplicación” de esas normas y de los preceptos singulares que el pensamiento jurídico deriva de ellas, a “hechos concretos” que son “subsumidos” bajo las mismas.<sup>(23)</sup>

Sin el carácter de generalidad, es imposible distinguir la tarea del legislador del papel del juez. La función del juez es decidir con base en el encuadramiento de un hecho en una norma general preexistente. En la medida en que no fundamenta su decisión en ninguna norma general, él se torna un “profeta jurídico”,<sup>(24)</sup> alguien que pretende estar calificado carismáticamente para “revelar” el derecho para el caso concreto. La conclusión es la misma que la del epígrafe anterior: privado de normas generales, el derecho se torna irracional, es decir, imprevisible, no pudiendo ordenar la conducta de los miembros de la comunidad.

### 2.1.2. Positividad

La idea de que es posible “crear” derecho, o que el derecho pueda pretender obligatoriedad apoyándose solo en una decisión humana, es algo reciente en la historia. La mayor parte de la humanidad premoderna carecía del concepto de “positivación” —capacidad de una sociedad de “darse” normas por medio de decisiones políticas—:

Originariamente no existe, en absoluto, la idea de que sea posible crear, de manera intencional, determinadas reglas de conducta que tengan el carácter de “normas de Derecho”, es decir, de preceptos garantizados por una “coacción jurídica” (...). Y cuando existe la representación de ciertas normas que “valen” para la conducta y que son obligatorias para decidir la contienda, no son consideradas en un principio como resultado

---

(23) *Ibid.*, p. 508. La distinción entre norma y proposición jurídica en Weber es análoga a la actual distinción entre “texto” y “norma”.

(24) *Ibid.*, p. 526.

u objeto posible de estatutos humanos. Su existencia “legítima” descansa en la absoluta santidad de ciertas prácticas como tales (...) Como elementos de la “tradicición”, pasan por ser, en principio al menos, inmodificables. Es obligatorio conocerlas e interpretarlas (...) mas no es posible crearlas.<sup>(25)</sup>

Un derecho tradicional, basado en la “validez de lo que siempre existió”,<sup>(26)</sup> es incapaz de ordenar una sociedad en constante transformación como la sociedad moderna. Es necesario un derecho esencialmente mutable, cuyas normas son solo “racionales con relación a sus fines” y no “pretenden tener el carácter de normas morales”,<sup>(27)</sup> o sea, no son expresión de una racionalidad material. Los objetivos sociales, en permanente transformación, producen que la racionalidad no sea vista como la conformidad con un orden valorativo inmutable heredado del pasado, sino como la capacidad de adaptación a los desafíos presentes. Esto solo puede ser llevado adelante si la positividad deja de ser considerada una característica posible del derecho y pasa a ser reconocida como su característica central. Nuevas situaciones requieren nuevo derecho, puesto por decisión. En este sentido, el ascenso de la burguesía, la clase portadora del capitalismo racional —un sistema económico que “revolucionara las condiciones dadas de la vida”—<sup>(28)</sup> jugó un papel importante: “Las capas burguesas solían hallarse por regla general interesadas en una práctica jurídica racional y, a través de ella, en un Derecho formal, sistematizado, inequívoco, creado de manera (...) racional, que excluyese tanto la vinculación a la tradición como la arbitrariedad”.<sup>(29)</sup>

El derecho es formal en la medida en que vale no en virtud de su contenido, sino por el hecho de haber sido producido por una decisión considerada legítima. Esta última se da de dos modos básicos: “un pacto de los interesados” o, lo que es más frecuente, por la decisión de una “autoridad considerada legítima”.<sup>(30)</sup> En la dominación racional-legal, hegemónica en la modernidad, la autoridad legítima es aquella cuyo actor de positivación del derecho viene reconocido como tal por estar de acuerdo

(25) *Ibid.*, p. 518.

(26) *Ibid.*, p. 29.

(27) *Ibid.*, p. 29.

(28) *Ibid.*, p. 847.

(29) *Ibid.*, p. 608.

(30) *Ibid.*, p. 29.



con un procedimiento preestablecido: "¿Cómo surgen nuevas reglas jurídicas? En la actualidad, normalmente por medio de la ley, es decir, a través de las formas legítimas y válidas establecidas por la constitución".<sup>(31)</sup>

La positividad del derecho reposa sobre una competencia jurídica, esto es, una actividad según procedimiento aceptado; solamente de este modo es posible "calcular" tanto la actividad de positivación del legislador —es decir, solo así se torna previsible— como también las expectativas generadas por esta actividad.

### 2.1.3. *Procedimentalidad*

El modo de legitimidad predominante en la Modernidad es la dominación legal. Ella se funda en la "creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos".<sup>(32)</sup> La idea básica de la dominación legal es que "cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente en cuanto a la forma".<sup>(33)</sup>

Al contrario de la dominación tradicional en la que el derecho no puede ser creado, o de la dominación carismática en la que el derecho es revelado a los profetas jurídicos, magos y sacerdotes, en la dominación legal se da una "auto-legitimación" formal del derecho: el derecho puede ser creado solo a partir de procedimientos establecidos por el propio derecho.

Cabe resaltar que el carácter procedimental del derecho no se refiere solo a su creación, sino también a su aplicación:

Hablamos de derecho (...) cuando el sentido de la validez de una norma consiste en que el modo de orientar la acción por ella tiene en general alguna "consecuencia jurídica". Esto es: cuando rigen otras normas cualesquiera que vinculan al "cumplimiento" o "infracción" de las primeras determinadas probabilidades, garantizadas por la coacción jurídica, de una acción consensual [acción social colectiva].<sup>(34)</sup>

Puede hablarse de "derecho" cuando una orden social estipula no solo las normas que expresan deberes (reglas primarias), sino también reglas que

---

(31) *Ibid.*, p. 512.

(32) *Ibid.*, p. 30.

(33) *Ibid.*, p. 707.

(34) *Ibid.*, p. 253.

indican por parte de quiénes y con qué procedimientos se constatará el cumplimiento o la violación de las reglas primarias, así como los procedimientos acerca de las consecuencias que se siguen de ese cumplimiento o de esa violación (reglas secundarias).<sup>(35)</sup>

Cualquier derecho tiene la necesidad de reglas que instituyan un cuerpo coactivo que garantice su implementación: “Derecho es la orden garantizada externamente por la probabilidad de la coacción (...) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión”.<sup>(36)</sup>

Lo que diferencia al derecho moderno es que las reglas procedimentales sobre la creación y aplicación de las reglas son las mismas reglas positivas, lo que torna previsible la actividad estatal de positivación e implementación del derecho. De cualquier modo, la coacción jurídica es algo esencialmente formal, en la medida en que el derecho debe ser aplicado para presentarse en la forma de derecho, y no por razones extrajurídicas: “Coacción jurídica es aquella actividad (...) que se encamina a imponer la obediencia a un orden en cuanto tal, por consiguiente, de modo puramente formal y en razón del mismo, porque se pretende su validez obligatoria (...) y no por razones de conveniencia o por otras condiciones materiales”.<sup>(37)</sup>

### 3. El pensamiento jurídico formal: el sistema

#### 3.1. Preliminares

El derecho formal exige la presencia de una corporación de juristas de formación técnica: “Nunca ha existido un ‘derecho’ más o menos desarrollado desde el punto de vista formal, es decir, un complejo de máximas conscientes de decisión, sin la colaboración preponderante de los jurisperitos”.<sup>(38)</sup>

Los juristas, con su “pensamiento jurídico formal”,<sup>(39)</sup> fueron un factor esencial de la racionalización del Estado en la “dominación legal” y en

(35) La terminología “reglas primarias” y “reglas secundarias” fue utilizada por Herbert Hart en su libro *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, para articular la teoría, ya presente en Weber, de que el derecho está compuesto no solo por reglas de comportamiento, sino también por las reglas de la organización.

(36) WEBER, MAX, *Economía...*, op. cit., p. 27.

(37) *Ibid.*, p. 253.

(38) *Ibid.*, p. 531.

(39) *Ibid.*, p. 651.

la satisfacción de las necesidades de seguridad jurídica del capitalismo racional. Ambos fenómenos condujeron a problemas "cuya solución requiere ineludiblemente una educación técnica especializada, es decir, racional".<sup>(40)</sup>

La formación técnico-universitaria de los juristas continentales, a partir de la recepción del derecho romano, les permitió racionalizar el derecho con vistas a tornarlo apto al cálculo económico (capitalismo) y político (burocracias). Esto fue llevado a cabo radicalizando las cualidades lógico-formales de la experiencia jurídica, con miras a elevarlo al nivel de un "sistema":

La tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres (...); es decir, en investigar las situaciones de hecho subsumidas en estos preceptos y el modo de su subsunción (...). Ella trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción.<sup>(41)</sup>

Aquello que Weber denomina "lógica" aplicada al derecho significa que el jurista intentará captar la experiencia jurídica como un cosmos de normas que poseen las características formales de la completitud, consistencia y coherencia. Para la facilitar la exposición manteniendo la tesis weberiana de vincular la sistematización a la lógica, vamos a relacionar las cualidades sistemáticas del derecho (completitud, consistencia, coherencia) con los principios de la lógica (tercero excluido, no contradicción, identidad).<sup>(42)</sup> De hecho, el pensamiento jurídico formal realiza una "logicización del derecho", concibiendo al derecho como un "complejo compacto [coherencia] de normas, lógicamente exento de contradicción [consistencia] y de lagunas [completitud] (...): esa concepción [el derecho como un sistema] resultó la única decisiva para el pensamiento jurídico".<sup>(43)</sup>

---

(40) *Ibid.*, p. 531. Para la influencia de los juristas en la racionalización del Estado, ver WEBER, "A política como...", *op. cit.*, pp. 76/77.

(41) WEBER, MAX, *Economía...*, *op. cit.*, p. 251.

(42) Ver KALINOWSKI, GEORGES, *Ésquisse d'une métaphysique*, París, Éditions Beauchesne, 1981, pp. 221/229.

(43) WEBER, MAX, *Economía...*, *op. cit.*, p. 635.

### 3.1.1. *Completitud*

La cualidad lógico-formal de la completitud traduce, en el ámbito del ordenamiento jurídico, la exigencia del principio lógico del tercero excluido: "o A o no-A". Eso significa que la conducta, cualquiera que sea, está siempre prevista por las normas vigentes como lícita o ilícita: "Para el dogmático del derecho la validez (...) de la norma jurídica es el *prius* conceptual; una conducta que no esté jurídicamente normada (de un modo directo) es para él 'permitida' jurídicamente y, por consiguiente, abarcada idealmente por el orden jurídico".<sup>(44)</sup>

La completitud debe ser postulada por razones pragmáticas de cálculo. Sin la postulación de que el orden jurídico es completo se torna inviable el cálculo sobre el comportamiento propio y ajeno basado en que el ordenamiento prevé todas las situaciones: "El derecho objetivo vigente es un sistema 'sin lagunas' de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a casos singulares".<sup>(45)</sup>

Las lagunas no son definidas por el formalismo a partir de los intereses sociales, sino a partir de la posibilidad de encuadramiento formal de esos intereses: "Lo que el jurista no puede (...) 'pensar' con su aparato conceptual, no tiene existencia jurídica".<sup>(46)</sup> Desde el punto de vista jurídico-sistemático, el ordenamiento jurídico no posee lagunas.

### 3.1.2. *Consistencia*

Como se ha analizado, forma parte de la concepción actual del derecho que se lo piense como un conjunto de normas "exento de contradicciones". En términos lógicos, esto traduce la exigencia del principio de no-contradicción: "es imposible A y no-A al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto". La subsunción de un comportamiento en las normas del sistema jurídico no puede conducir a resultados contradictorios: carece de sentido racional permitir u obligar y prohibir la misma conducta: "La conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como (...) 'ejecución' (...) o como 'infracción' de preceptos jurídicos".<sup>(47)</sup>

(44) *Ibid.*, p. 269.

(45) *Ibid.*, p. 511.

(46) *Ibid.*, p. 550.

(47) *Ibid.*, p. 512.

La consistencia complementa la exigencia de completitud en el sentido de que la subsunción debe ser hecha a una única norma o a un conjunto de normas que posea un sentido unificado, es decir, no contradictorio: “De acuerdo con nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro y coherente [consistente]”.<sup>(48)</sup>

Para ordenar o racionalizar la conducta en sociedad, el derecho necesita ser pensado como un sistema, lo que resulta provisto por la característica formal de la consistencia.

### 3.1.3. Coherencia

El carácter general de las normas puede conducir a la vaguedad y a la ambigüedad tornando errática la aplicación del derecho. Esto exige al pensamiento jurídico un esfuerzo de racionalización que transforme en conceptos los términos generales presentes en las normas y que establezca principios, es decir, proposiciones que permitan unificar varias normas y conceptos. El derecho es racional cuando permite pensar varias acciones presentes en la vida social sobre un mismo concepto (por ejemplo, “contrato”) o principio (por ejemplo, “autonomía de la voluntad”). Esto significa que se conciben, en términos lógicos, como jurídicamente idénticos hechos y normas empíricamente distintos. El uso pragmático del principio de identidad ( $A=A$ ) permite al jurista conferir una unidad de sentido o coherencia<sup>(49)</sup> a la diversidad de materias reguladas por el derecho y a las normas referentes a esas materias.

El jurista procede analizando un determinado hecho, destacando en él lo que es jurídicamente relevante, esto es, aquello que puede ser identificado de un modo inequívoco para los fines de la ordenación de la conducta: “las características jurídicamente relevantes [han] sido obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas”.<sup>(50)</sup>

---

(48) *Ibid.*, p. 510. El término “coherencia” aquí tiene el significado de no contradicción, significado para lo que se utiliza el término “consistencia”. El término coherencia, como se verá más adelante, tendrá el significado de “reducibilidad a principios”. Ver la siguiente nota.

(49) Para el concepto de coherencia ver: MACCORMICK, NEIL, *Legal theory and legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1978, cap. VII.

(50) WEBER, MAX, *Economía...*, *op. cit.*, p. 511.

Los términos generales de las normas se transforman así en “tipos”, “conceptos jurídicos formales”<sup>(51)</sup> cuya función es posibilitar la subsunción de hechos concretos a partir de consideraciones puramente técnico-jurídicas —esto es, formales— al margen de cualquier evaluación material o ético-valorativa que perturbase la previsibilidad de la aplicación de estos conceptos.

Del mismo modo, el jurista se dedica a desprender de sectores de la experiencia jurídica proposiciones normativas altamente abstractas que permiten racionalizar u ordenar varias series de casos y las normas referentes a esos casos. Este procedimiento consiste en la “reducción de las razones determinantes de la solución del caso especial a uno o varios ‘principios’”.<sup>(52)</sup> Casos coherentes y reglas coherentes son aquellas que pueden ser pensadas y reguladas a partir de un mismo principio o conjunto de principios.

Para Weber, estos principios son puramente formales, poseyendo una “naturaleza lógica”: es decir, su pretensión es ordenar la experiencia jurídica desde un punto de vista racional-formal. Propone algunos ejemplos del derecho romano: “Hay que citar también principios puramente lógicos como *quod universitati debetur singulis non debetur* o *quod ab initium vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*, y muchos otros del mismo tipo”.<sup>(53)</sup>

Mientras que los juristas romanos emplearon estos aforismos como indicaciones o pautas concretas para la solución de los casos, la ciencia jurídica occidental los generalizó, elevándolos a un alto grado de abstracción capaz de dar coherencia o unidad de sentido a vastos sectores de la experiencia jurídica: “Los vislumbres ocasionalmente muy certeros de los juristas romanos, del tipo de las máximas citadas, fueron arrancados de su conexión con el caso concreto, en que se hallaban en las Pandectas, para ser elevados a la categoría de últimos principios jurídicos, sobre la base de los cuales se argumentaba después deductivamente”.<sup>(54)</sup>

Los principios formales producidos por el pensamiento formal son esenciales en la tarea de sistematización porque confieren unidad de sentido

(51) *Ibid.*, p. 614.

(52) *Ibid.*, p. 509.

(53) “Lo que la comunidad debe, el miembro singular no debe”; “Aquello que es vicioso desde el principio, el tiempo no puede validar”, *ibid.*, p. 634.

(54) *Ibid.*, pp. 634/635.

a casos y normas, permitiendo de este modo extraer del material jurídico proposiciones abstractas que puedan ser utilizadas para el tratamiento de casos para los cuales las normas jurídicas, en su formulación literal, no presentan solución. Por esto Weber menciona la "argumentación deductiva" a partir de los principios: ellos son un instrumento al servicio de las pretensiones de completitud del ordenamiento. Principios generales del derecho como los citados por Weber o "Quien paga mal, paga dos veces" o "Nadie puede transmitir un derecho mayor que el que posee" unifican o dan sentido a una serie de casos y normas jurídicas. Como se ve, la unidad de sentido conferida por los principios es puramente lógico-sistemática, es decir, no posee un contenido ético-material. La coherencia es un índice de racionalidad formal, y no material, del derecho.

## 4. La justicia formal: la legalidad

### 4.1. Preliminares

En la adhesión a formas fijas y a procedimientos institucionalizados, a saber, en la obediencia a normas jurídicas o legalidad, Weber detecta la principal característica de la jurisdicción, que él opone a la "administración": "La actividad judicial asume (...) el carácter de administración cuando se desenvuelve, como esta, sin sujeción a formas y términos preestablecidos, de acuerdo con consideraciones de conveniencia y equidad".<sup>(55)</sup>

La administración trata de resolver problemas concretos por referencia a valores materiales (conveniencia, equidad). La jurisdicción trata de encuadrar casos en las normas y en los conceptos de los principios jurídicos creados a partir de ellas.

La administración se origina en el ámbito familiar, en la cual el *pater familiae* o el *dominus* decide los casos sin referirse a las normas o procedimientos. La referencia a valores o fines materiales bastan al *pater familiae* para orientar su decisión de un modo asimétrico: él interpreta los fines e impone a su familia su decisión. En toda forma de aplicación de una "justicia material" que esté fundada en la diversa jerarquía entre un grupo dominante y el resto de la sociedad se puede ver un resquicio de "paternalismo" propio del ámbito familiar. Así como el padre de familia, el señor feudal o patrimonial no percibe que su actuación en la solución de los conflictos se

---

(55) *Ibid.*, p. 502.

encuentra limitada por las formas. Cuando eso ocurre no se puede hablar de jurisdicción, sino de administración:

El padre (...) no se liga en absoluto a principios jurídicos formales ni a formas fijas de un procedimiento (...) De hecho, las consecuencias extremas de una "administración paternal de justicia" (ejercida por el señor patrimonial) son un simple traslado de la solución intrafamiliar de las contiendas a la asociación política. Si se piensa esta situación hasta sus últimas consecuencias, la aplicación del derecho se resuelve en mera "administración".<sup>(56)</sup>

Mientras la génesis de la administración está vinculada al ámbito doméstico, el origen de la jurisdicción está ligado a la solución de conflictos entre familias y clanes distintos. Aquí no hay lugar para apelar a valores materiales comunes, y por eso se hace necesaria la institucionalización de normas y procedimientos, o sea, de formas que hacen nacer la idea de jurisdicción.

En el arbitrio con que el señor de la casa, que no está ligado a principios ni a requisitos formales, resuelve las contiendas, podemos ver la sede primitiva de toda "administración", mientras que en el procedimiento original estrictamente formalista que tiende a resolver las dificultades surgidas entre clanes diferentes encontramos el prelude de la "actividad judicial" regulada, que no hace sino pronunciar sentencias dentro de lo vigente, adaptándolo al caso.<sup>(57)</sup>

Al contrario de lo que ocurre con la administración, vinculada a objetivos materiales, la jurisdicción está conectada a una concepción formal de la justicia. La justicia se identifica con la legalidad en una forma que podría ser enunciada así: "a cada uno según lo que la ley le atribuye". Este es el tipo propiamente "racional" de justicia una vez que la legalidad torna el comportamiento judicial previsible y, por tanto, calculable. La actividad jurisdiccional, en su tarea de realizar la justicia que consiste en la aplicación exacta de la ley, se compone de tres momentos: subsunción del caso en una norma preexistente; deducción exacta de las consecuencias jurídicas previstas por la norma; y universalización del resultado para todos los casos restantes jurídicamente semejantes.

(56) *Ibid.*, pp. 625/626.

(57) *Ibid.*, p. 522.



#### 4.1.1. Subsunción

Es un presupuesto de la justicia formal la distinción entre la creación y la aplicación del derecho, pues la norma a ser aplicada debe ser considerada como habiendo sido creada antes del surgimiento del caso. Ella no es creada *ad hoc* por el juez:

La distinción entre creación de “normas jurídicas” y “aplicación” de las mismas a casos concretos no existe cuando la actividad judicial, como simple “administración”, aparece ante nosotros formando un conjunto de decisiones libres, que pueden variar en cada caso. En esta hipótesis no podemos hablar de normas jurídicas (...) En la medida en que la actividad judicial no se realiza por subsunción del caso concreto bajo normas jurídicas generales (...) hay actividad judicial de tipo irracional”.<sup>(58)</sup>

Con frecuencia, Weber denomina a la actividad judicial irracional como “justicia del Cadí”, aquella en la que falta “la idea de ‘ley’ como regla que el juez debe aplicar”.<sup>(59)</sup> En la justicia del Cadí, la sentencia refleja “el sentido de equidad del juez en cada caso o según otros medios y principios irracionales de la averiguación del derecho”.<sup>(60)</sup>

Si no se conoce cuál es el patrón al que el juez vinculará su decisión, las sentencias se tornan completamente imprevisibles y resultan, por tanto, irracionales desde un punto de vista formal.

La racionalidad formal propia de la actividad de aplicación de las normas, que se expresa en la exigencia de establecer la equivalencia semántica entre el contenido del significado de la norma y la descripción del caso<sup>(61)</sup> (subsunción), caracteriza a la jurisdicción por oposición a la racionalidad material de la administración.

Mientras que la jurisdicción opera aplicando las normas a los casos, en la administración esto no es exigido, en la medida en que la actividad ocurre dentro de circunstancias que no pueden ser estereotipadas en normas como, por ejemplo, el establecimiento por parte de un Banco Central de la tasa de interés que debe estar vigente en un determinado país.<sup>(62)</sup> Aquí,

---

(58) *Ibid.*, p. 508.

(59) *Ibid.*, p. 523.

(60) *Ibid.*, p. 1062.

(61) Ver HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 289.

(62) La llamada “legalidad” de la administración tiene relación con el contexto legal que se debe respetar y no con el contenido de su actividad.

obviamente, se trata de hacer frente a hechos teniendo en cuenta valores y consecuencias de orden material (el desarrollo económico, el control de la inflación, etc.).

Como repugna a la justicia formal la idea de que la sentencia judicial se tome sin una clara caracterización de la norma sobre la que el caso está siendo subsumido, la propia discusión judicial se encamina de modo inevitable a la racionalización formal de las normas, forzando el esclarecimiento de los conceptos contenidos en ellas: "cuando la decisión se convierte en objeto de discusiones, o se suponen o buscan, relativamente a ella, determinados fundamentos racionales (...) inevitablemente se produce una cierta tipificación normativa".<sup>(63)</sup>

#### 4.1.2. Deducción

La racionalización formal del derecho exige que los conceptos presentes en las normas jurídicas sean aplicados "silogísticamente".<sup>(64)</sup> Las decisiones judiciales son concebidas como conclusiones de razonamientos en los que se deduce de lo general a lo particular la solución del caso concreto.<sup>(65)</sup> Por este camino resulta posible esquematizar el razonamiento que será hecho por el juez en una articulación lógica de proposiciones que implican una proposición final llamada "conclusión":

Si p, entonces q	(contenido proposicional de una norma general).
Ahora, p	(descripción de un estado de cosas coincidente con el contenido de la norma)
Entonces q	(conclusión del razonamiento).

En este razonamiento, p expresa la descripción de un hecho y q la consecuencia jurídica.<sup>(66)</sup>

Obviamente, la deducción depende de la subsunción de las normas jurídicas preexistentes: "Cuando no hay normas tradicionales (...), el 'derecho objetivo' que se condensa en los fallos resulta también sumamente elástico y dúctil. Se desconocen por completo las fundamentaciones rigurosamente racionales de la decisión concreta".<sup>(67)</sup>

(63) WEBER, MAX, *Economía...*, op. cit., p. 517.

(64) *Ibid.*, p. 590.

(65) *Ibid.*, p. 590.

(66) El concepto de "deducción" en la argumentación jurídica se extrajo de MACCORMICK, NEIL, *Rhetoric and rule of law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

(67) WEBER, MAX, *Economía...*, op. cit., p. 520.

La fundamentación racional solo puede hacerse presente cuando el argumento viene estructurado formalmente como una deducción a partir de una norma reconocida. Para operar rigurosamente la deducción, es necesario que todas las consideraciones extrajurídicas sean eliminadas de la argumentación: "De todos modos, la precisión jurídica (...) es rebajada cuando en lugar de conceptos jurídicos se hacen intervenir en los considerandos de las sentencias consideraciones sociológicas, éticas o económicas".<sup>(68)</sup>

#### 4.1.3. Universalización

Luego de que el juez ha subsumido el caso concreto en una norma general y ha deducido las consecuencias jurídicas para el caso, la justicia formal exige que universalice los resultados de su sentencia. La racionalidad de la actividad judicial depende de la garantía de que la norma que fue aplicada en un determinado caso será igualmente aplicada en casos futuros semejantes: "Cuando el juez pone en movimiento la garantía de la coacción relativamente a un caso concreto, por razones igualmente concretas, inicia casi siempre la vigencia empírica de una norma general como 'derecho objetivo', porque la significación de sus máximas trasciende del caso singular a los futuros".<sup>(69)</sup>

Aunque el juez examine detalladamente las características concretas del caso, reclamando para él una solución que se presenta como una excepción, las "razones concretas" deben ser articuladas en "razones universales", válidas para todos los casos semejantes.

La universalización está ligada al propio papel del juez como guardián de la justicia formal o de la legalidad. Aplicar la ley del mismo modo ante dos casos identificados como abarcados por ella (universalización) es la propia esencia de la imparcialidad del juez:

También influye la naturaleza misma de la tarea del juez. Al juez que en una ocasión ha logrado aplicar de una forma consciente y pública como norma de decisión tal o cual máxima, le resulta difícil y a menudo casi imposible, si quiere escapar a toda sospecha de parcialidad, negar la garantía de la coacción en otro caso de la misma índole.<sup>(70)</sup>

---

(68) *Ibid.*, p. 659.

(69) *Ibid.*, p. 516.

(70) *Ibid.*, p. 517.

## 5. Los fundamentos materiales del formalismo.

### Los valores del Estado de derecho

#### 5.1. Preliminares

El agente establece medios en vista de fines. En tanto que la racionalidad formal se concentra en los medios, cuando los fines orientan de modo permanente la acción puede hablarse de racionalidad material. De este modo, para Weber la racionalidad formal del Estado moderno está al servicio de los fines materiales del hombre político que está ocupado en una causa, y la racionalidad formal de la empresa capitalista, vinculada con el cálculo de las posibilidades de ganar, tiene su fundamento en los valores del empresario capitalista, partidario del *ethos* de la acumulación ilimitada.

Del mismo modo, la racionalidad formal del derecho está fundada en la búsqueda de la realización de propósitos materiales o valores. Para Weber, la ciencia no puede fundamentar esos valores, sino apenas hacerlos explícitos: "La ciencia mostrará que, adoptando tal posición, cierta persona estará al servicio de tal dios y ofendiendo tal otro y que, si desea mantenerse fiel a sí misma, llegará, ciertamente, a determinadas consecuencias íntimas, últimas y significativas".<sup>(71)</sup>

La ciencia manifiesta cuáles son los valores que subyacen a ciertas actitudes, elecciones e instituciones. Su tarea se limita a desvelar para el agente "el sentido último de sus propios actos".<sup>(72)</sup>

La ciencia no puede, por lo tanto, salvar al individuo que trabaja con el derecho de la opción de decidir entre el formalismo o el antiformalismo. Solo puede manifestar cuál es el sentido último de esas opciones.

El antiformalismo, con todo, niega que el formalismo repose sobre valores. De hecho, el desencantamiento del mundo propuesto por el formalismo parece apuntar un "vacío valorativo" de la experiencia jurídica. Al final, para el formalismo, "el derecho vigente es un aparato racional desprovisto de toda santidad y, por tanto, modificable en cualquier momento de acuerdo con fines racionales".<sup>(73)</sup>

(71) WEBER, MAX, "Ciência como...", *op. cit.*, p. 46.

(72) *Ibid.*, p. 46.

(73) WEBER, MAX, *Economía...*, *op. cit.*, p. 660.

Del mismo modo, para el formalismo la jurisdicción no está ligada a ningún contenido material de justicia, sino a “una regulación formal de una lucha de intereses”.<sup>(74)</sup>

Para el antiformalismo, el formalismo es neutro en relación a los valores y, por tanto, carece de sentido. Sin embargo, para Weber el formalismo es simplemente la expresión consecuenta de la actitud propia hacia el ideal occidental del “Estado de derecho”. El sentido último del Estado de derecho es la actitud formalista que lo sustenta sobre los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad.

### 5.1.1. Libertad

Weber señala el rechazo de todos los poderes autoritarios al Estado de derecho, debido al hecho de que este limita sus poderes: “el jerarca, el déspota (precisamente el ilustrado), el demagogo, no se sujetan a limitaciones formales de ninguna especie, ni quieren siquiera estar ligados por las reglas que ellos mismos establecen”.<sup>(75)</sup>

Aquí vemos cómo la propia forma del derecho, el hecho de que esté expresado en normas, representa un obstáculo a la tiranía y, por tanto, una garantía para la libertad.

El formalismo jurídico propone que el orden es el único fin del derecho. Con esto limita la capacidad del poder político de perseguir sus objetivos, pero al mismo tiempo confiere libertad a los particulares para buscar los suyos:

Al dejar el formalismo jurídico que el aparato jurídico funcione como una máquina técnico-racional, garantiza al mismo tiempo a los diversos particulares el máximo relativo de posibilidad de movimiento, y, sobre todo, de posibilidad para el cálculo racional de las probabilidades y consecuencias jurídicas de su actividad con arreglo a fines.<sup>(76)</sup>

La justicia formal está íntimamente conectada con la libertad. Ella rechaza “a todos los poderes autoritarios, a la teocracia y al patriarcalismo, porque desde luego relaja la dependencia del individuo de la libre gracia y

---

(74) *Ibid.*, p. 615.

(75) *Ibid.*, p. 605.

(76) *Ibid.*, p. 605.

el poder de las autoridades; o a la democracia, porque reduce la dependencia de la práctica jurídica y por ende, del individuo, de las decisiones de los conciudadanos".<sup>(77)</sup>

El carácter abstracto (legalidad) de la justicia formal, por oposición a las ideas específicas de la justicia material, es un factor positivo "para todos los que pretenden llevar a cabo la ruptura de la sujeción autoritaria o de los instintos irracionales de las masas en favor del desenvolvimiento de las probabilidades y capacidades individuales".<sup>(78)</sup>

Quien se posiciona a favor de la libertad del individuo ve "en la justicia no formal solo la posibilidad de un arbitrio absoluto y una inconsistencia subjetiva. La justicia material coloca a los individuos bajo el yugo de la conciencia ajena (arbitrio absoluto) y los sujeta a valores diferentes de sujetos diferentes (inconciencia subjetiva)". Por eso, "la justicia formal y racional es una garantía de la 'libertad', es decir, el mismo bien que los poderes teocráticos o patriarcales (...) así como los ideológicamente interesados en la justicia material, tendrían que rechazar. A todos estos les preocupa no la justicia formal, sino la 'justicia de Cadí'".<sup>(79)</sup>

Como se ve, se trata de un conflicto, en última instancia, "material": de un lado, el valor material de la libertad individual garantizada por la justicia formal, y del otro, los valores materiales impuestos autoritariamente al individuo por la justicia material.

### 5.1.2. Igualdad

El derecho moderno, impulsado por las fuerzas racionalizadoras del Estado moderno y del capitalismo, sujetó a "todas las personas y situaciones de hecho" a sus normas, produciendo una "igualdad jurídica de carácter formal".<sup>(80)</sup> De esta igualdad "se sigue la subordinación del Derecho a las normas abstractas",<sup>(81)</sup> con lo que la diferencia entre gobernantes y gobernados se encuentra regulada o contenida por la igualdad de todos ante el derecho, la única autoridad reconocida: "los miembros de la sociedad, en tanto que obedecen al soberano, no lo hacen por atención a su persona,

(77) *Ibid.*, p. 606.

(78) *Ibid.*, p. 606.

(79) *Ibid.*, p. 607.

(80) *Ibid.*, p. 559.

(81) *Ibid.*, p. 738.

sino que obedecen a aquel orden impersonal; es decir (...) el miembro de la asociación solo obedece al Derecho".<sup>(82)</sup>

No hay subordinaciones personales en el Estado de derecho. Gobiernan las leyes y no los hombres; en él todos son iguales, y "son obedecidas las normas y no las personas".<sup>(83)</sup>

La vinculación entre la igualdad y la justicia formal está bien representada por Weber cuando describe la "justicia de los notables" en Inglaterra. Allí, los conflictos entre los grandes señores eran resueltos por los tribunales del reino, aplicándose una justicia estrictamente formal. Cuando los notables administraban la justicia localmente (justicia de paz) empleaban la justicia material sobre los grupos que ellos dominaban política y socialmente. Entre iguales, existe una justicia igualitaria o formal; entre desiguales, rige una "administración paternal de la justicia"<sup>(84)</sup> en la que los socialmente superiores, de un modo benevolente, juzgan sobre sus dominados apelando a los valores materiales de la equidad, conveniencia, etc.:

La justicia típica de los notables muestra algunas veces un doble aspecto, según se trate de los interesados típicos de la misma capa de los notables o de las capas dominadas por ellos. Trátándose, por ejemplo, de todos los asuntos que llegaban a los tribunales del reino, la justicia inglesa era una justicia estrictamente formal. Pero la justicia de los jueces de paz, relativa al tráfico cotidiano y a los delitos de las masas, era (...) no formal y de un modo directo "justicia de Cadí" en una forma completamente desconocida por nosotros en el Continente".<sup>(85)</sup>

### 5.1.3. Seguridad jurídica

Sabemos que "los intereses de los individuos son afectados en varios modos por la (...) norma jurídica. En especial, pueden originarse para personas particulares probabilidades calculables de mantener a su disposición bienes económicos o adquirir en un futuro, con determinadas condiciones previas, la disposición sobre ellos".<sup>(86)</sup>

---

(82) *Ibid.*, p. 174.

(83) *Ibid.*, p. 706.

(84) *Ibid.*, p. 626.

(85) *Ibid.*, p. 607. No se puede olvidar la dimensión formal de la *Common Law*, donde los precedentes son "esquemas calculables" (*ibid.* p. 1062).

(86) *Ibid.*, p. 254.

La atención de Weber por el fenómeno económico produjo que, en su análisis de la “seguridad jurídica”<sup>(87)</sup> relacionada con el fenómeno de la codificación, volviese su atención sobre los pedidos de racionalización del derecho efectuados por la burguesía:

Los burgueses interesados tienen que reclamar un derecho inequívoco, claro, sustraído al arbitrio administrativo irracional, así como a interferencias irracionales producidas por privilegios concretos, que garantice ante todo de manera segura la obligatoriedad de los contratos y en ausencia de estas características, sea previsible su funcionamiento.<sup>(88)</sup>

Weber señala, además, el hecho de que “además de la burguesía, también otros grupos dominados pueden tener interés en la vigencia inequívoca del Derecho”:<sup>(89)</sup>

Los interesados en la transcripción suelen ser las capas sociales que en lo pasado han sufrido más por la falta de normas inequívocamente fijas y accesibles a la generalidad, es decir, adecuadas al control de la aplicación del derecho. Especialmente, por tanto, las capas campesinas y burguesas frente a los nobles, o frente a la aplicación sacerdotal del derecho, que era la situación típica en la Antigüedad.<sup>(90)</sup>

El derecho formal permite “el control de la aplicación del Derecho”, y en ello tienen interés todos los grupos que componen la sociedad y no solo los interesados por razones económicas. Se debe resaltar, por ello, que la necesidad de una justicia formal, en la que los jugadores se atengan a normas preestablecidas, parece tener alcance universal. Weber menciona el ejemplo de la aplicación del derecho en la Roma republicana:

Jurídicamente, el principio fundamental de que el pretor debe sujetarse a sus edictos, solo se observa plenamente en la época imperial, y hay que suponer que, en consecuencia, la función judicial de los pontífices, fundada primitivamente sobre un saber esotérico, lo mismo que la instrucción de los procesos por el pretor, tuvieron en un principio un carácter acentuadamente

(87) *Ibid.*, p. 632.

(88) *Ibid.*, p. 628.

(89) *Ibid.*, p. 629.

(90) *Ibid.*, p. 630.



irracional. La exigencia de la plebe relativa a la codificación y publicidad del derecho dirigiase contra ambos, según nos muestra la tradición.<sup>(91)</sup>

El autor también expone el ejemplo del juez germánico del Medioevo, el cual bajo la presión de la “necesidad racional creciente de previsibilidad” fue obligado “a formular ante la comunidad reunida todas las normas de acuerdo con las cuales se proponía juzgar, tanto para darlas a conocer como para su propio control”.<sup>(92)</sup>

## 6. Consideraciones finales: el antiformalismo

El objetivo de este artículo fue construir un “tipo ideal” de formalismo jurídico con la finalidad de tornar más claro este concepto a partir de los textos sociológicos de Max Weber.

El estudio de Weber pone de manifiesto que en el Occidente actual el formalismo se presenta acompañado de tendencias antiformalistas. Intentaremos describir esas tendencias a partir de la articulación de dos textos weberianos con la intención de construir un tipo ideal de “anti-formalismo”.

Weber refiere que los actuales conflictos distributivos entre las clases sociales desbordan el campo de la política e invaden el campo del derecho. Hay sectores que buscan “materializar” el derecho en vista de sus propósitos políticos. La función del derecho no es más producir orden, sino realizar “valores éticos”:

Pero con la aparición de los modernos problemas de clase, surgen diversas exigencias materiales dirigidas al derecho de parte de un sector de los particulares (...) y de parte de los juristas ideólogos (...) que exigían un derecho social sobre la base de patéticos postulados morales (justicia, dignidad humana, etc.). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del Derecho, pues la aplicación de estos conceptos (...) descansa, desde el punto de vista jurídico, sobre normas antiformales, que no tienen carácter jurídico, convencional o tradicional, sino puramente ético, y pretenden representar una justicia material en vez de una legalidad formal.<sup>(93)</sup>

---

(91) *Ibid.*, p. 527.

(92) *Ibid.*, p. 526.

(93) *Ibid.*, p. 653.

Podemos por lo tanto oponer al derecho formal, es decir, a un sistema de normas, un derecho antiformal que podemos denominar con Weber como "derecho social", integrado por un conjunto de políticas públicas (*policies*). El derecho no posee la tarea de conferir orden a la sociedad por medio de normas, sino la de transformarla por medio de políticas públicas. El derecho social no está dirigido a la estabilidad de la sociedad; se trata, en cambio, de un instrumento político para la transformación de la sociedad con vistas a la realización de ideas morales.

En el párrafo transcrito Weber menciona a los "juristas ideólogos". Estos son quienes, dentro del conjunto de los juristas, se rebelan contra el pensamiento jurídico formal. Acompañan la crítica de los legos que desconocen la naturaleza formal del pensamiento jurídico:

De aquí que surja siempre la renovada protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal. Y esa protesta encuentra apoyo incluso en el pensamiento de los mismos juristas acerca de su propia actividad. Pero, sin renunciar totalmente a este carácter formal que le es inmanente, el derecho de los juristas no puede ni ha podido nunca satisfacer en plenitud esas expectativas.<sup>(94)</sup>

Podemos hablar, así, de un "pensamiento jurídico ideológico" opuesto al pensamiento formal. El antiformalismo de los juristas ideólogos no se debe solo al hecho de que ignoran el "carácter formal inmanente" del pensamiento jurídico, esto es, la necesidad del pensamiento jurídico de presentar el material jurídico con la forma de un sistema. En realidad, el antiformalismo de los juristas se relaciona principalmente con su voluntad de poder: "El desarrollo del que hablamos es también orientado en un sentido antiformal por pretensiones de poder, ideológicamente motivada, de los mismos juristas".<sup>(95)</sup>

El pensamiento jurídico ideológico no se propone articular lógicamente un sistema, sino imponer una ideología, es decir, un conjunto de valores materiales. Como esta ideología pertenece solo a un sector de los juristas y a un sector de la sociedad, se regresa al irracionalismo que mencionaba Weber: no es posible ordenar una sociedad plural con base en los valores de un único grupo.

(94) *Ibid.*, p. 652.

(95) *Ibid.*, p. 660.

En lo referente a la teoría de la justicia, el propio Estado Moderno conduce al juez a una actitud antiformalista:

Desde el punto de vista del “gobierno”, los particulares y sus intereses son, según el sentido jurídico, fundamentalmente objetos, no sujetos jurídicos. En el Estado Moderno existe precisamente la tendencia a aproximar entre sí (...) la aplicación del Derecho y la “administración” (en el sentido de “gobierno”). Porque en el ámbito de la actividad judicial suele imponerse al juez actual, en parte por medio de normas jurídicas, en parte también doctrinalmente, la obligación de resolver las controversias de que conoce atendiendo a principios materiales: moralidad, equidad, conveniencia, etc.<sup>(96)</sup>

Sin embargo, como vimos más arriba, la utilización de principios materiales en la resolución de problemas jurídicos es la característica central de la “administración paternal de la justicia” del *pater familias* o de la “justicia patrimonial” del señor patriarcal. Hacer un juicio sobre otro con base en principios materiales solo es posible en un contexto de “asimetría paternal”. Se acepta como legítimo un juicio valorativo particular porque el jugador se coloca como un “padre”<sup>(97)</sup> en relación a los hijos, decidiendo con base en lo que es “bueno” o “conveniente” para ellos; no se trata, como en la justicia formal, de la aplicación de una ley que es igual para todos. La justicia material antiformalista puede ser denominada, así, como “justicia paternal”: el contenido de la decisión judicial no es informado por la legalidad, sino por los “principios materiales”.

La ciencia no puede justificar una decisión valorativa, sino apenas esclarecer sus implicaciones teóricas y prácticas.

La opción por el formalismo (norma, sistema, legalidad) está relacionada con la libertad individual, la igualdad jurídica formal y la seguridad jurídica. La opción por el antiformalismo (políticas públicas, ideología, principios materiales) está conectada con la instrumentalización política del derecho (el derecho social), la imposición de la ideología de un sector de los juristas a la sociedad (pensamiento jurídico ideológico) y la tutela de los ciudadanos por parte de un juez paternalista (justicia del Cadí).




---

(96) *Ibid.*, p. 501.

(97) “El Estado providente es el lema del patrimonialismo (...) El ideal de los Estados patrimoniales es el ‘padre del pueblo’”, *ibid.*, p. 845.

# Construcción de un modelo complejo de decisión judicial

JUAN JOSÉ BENTOLILA<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** exégesis - jusfilosofía - integrativismo - modelo kelseniano.

Uno de los interrogantes que más debate ha generado en el marco de la jusfilosofía, es aquel que refiere a la conceptualización del objeto de estudio de la ciencia jurídica.

En efecto, con claridad se ha dicho que "Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta '¿qué es derecho?'".<sup>(2)</sup>

Si bien suele pensarse que tal es un problema reservado a la filosofía del derecho, con poco impacto en la práctica, tal aseveración oculta que el modelo jurídico que se construye<sup>(3)</sup> es utilizado para definir cuáles son los temas que integran el objeto de estudio y cuáles quedan fuera de ese ámbito.

---

(1) Profesor asociado de la Facultad de Derecho, UNRosario.

(2) HART, HERBERT L. A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed. (reimpresión), Genaro R. Carrió (trad.), Bs. As., AbeledoPerrot, 1968, p. 1.

(3) Entendiendo que la respuesta jurídica se "construye" y no se "descubre", seguimos en tal sentido a GUIBOURG, RICARDO A., *La construcción del pensamiento*, Bs. As., Colihue, 2004; también ANDER-EGG, EZEQUIEL, *La ciencia: su método y la expresión del conocimiento científico*, Bs. As., Lumen Humanitas, 2004.

En tal sentido, entendemos que la utilización de respuestas simplificadoras ha generado producciones normativas que muestran inconsistencias a la hora de captar el fenómeno de la emisión de normas individuales, en especial, en lo que atañe a las decisiones judiciales.

En tales términos, los modelos jurídicos predominantes, de corte normativista, tributarios de la familia de derecho europeo continental,<sup>(4)</sup> revelan ausencia de categorías que permitan la disección del complejo fáctico, necesario para comprender el fenómeno bajo análisis.

En efecto, resulta célebre la posición teórica que entiende que el razonamiento judicial adquiere la forma silogística, aseveración que cuenta con la legitimación histórica del marco teórico de la escuela de la exégesis.

Mas no puede obviarse que tal aserción reconoce su surgimiento en un momento histórico distinto al actual (en el s. XIX todavía se depositaba confianza en la posibilidad de conocer verdades objetivas contrastables, inteligencia que hoy, en plena edad posmoderna,<sup>(5)</sup> resulta reemplazada por la

---

(4) Sobre ello, ver CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, "Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental", en *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2000; CATALANO, PIERANGELO, "Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina", en *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho*, México DF, Porrúa, 2006; DAVID, RENÉ, JAUFFRET SPINOSI, CAMILLA, "Les grands systèmes de droit contemporains", 10ª ed., París, Dalloz, 1992; LOSANO, MARIO G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, Alfonso Ruiz Miguel (trad.), Madrid, Debate, 1982; MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Bs. As., Zavalía, 1994; SACCO, RODOLFO; GAMBARO, ANTONIO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1999; SCHIPANI, SANDRO, "El Derecho Romano en el Nuevo Mundo", en *Sistema jurídico latinoamericano...*, op. cit.; STEIN, PETER, *El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Madrid, Siglo XXI, 2001; y ZWEIGERT, KONRAD, KÖTZ, HEIN, *An Introduction to Comparative Law*, 2ª ed., Londres, North Holland Publishing Company, 1992.

(5) Sobre la edad posmoderna, ver: ADORNO, THEODOR W., *Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada*, Joaquín Chamorro Mielke (trad.), Madrid, Altea-Taurus-Alfaguara, 1987; BEST, STEVEN, KELLNER, DOUGLAS, "Postmodern Theory - Critical Interrogations", Nueva York, Guilford, 1991; CALLINICOS, ALEX, *Contra el Postmodernismo*, Magdalena Holguín (trad.), Bogotá, El Ancora, 1993; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Panorama trialista de la Filosofía en la Postmodernidad (Desarrollo de la lógica y "desembrujamiento" del lenguaje - Eclipse de la filosofía por la lógica y la teoría del lenguaje - Humanismo y antihumanismo - Esperanza del renacimiento de la filosofía)", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, n° 19, 1995, p. 9 y ss.; del mismo autor, *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 125 y ss.; CHAUMET, MARIO E., CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievallidad, la modernidad y la postmodernidad", en *Investigación y Docencia*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, n° 21, p. 67 y ss.; DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, *Postmodernidad y Derecho*, Bogotá, Temis, 1993; DOCKER, JOHN, *Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History*, Cambridge, University Press, 1994; HELLER, AGNES; FEHER, FERENC, *Políticas de la postmodernidad*, 2ª ed., Monserrat Gurgúí (trad.), Barcelona, Península, 1994;

relatividad del conocimiento<sup>(6)</sup> y la necesidad de brindar razones suficientes para sostener cualquier postulado), y nació sobre la base de un contexto político diverso (en el cual imperaba la desconfianza de la burguesía francesa codificadora respecto de los jueces pertenecientes al Antiguo Régimen).<sup>(7)</sup>

Para la radicalización normativista de la exégesis, el acto de sentenciar resultaba de un automatismo tal que, la figura del juez quedaba —prácticamente— invisibilizada. A fin de cuentas, si la emisión de sentencias es el resultado de un silogismo, cualquier juez decidiría lógicamente de modo idéntico a cualquier otro, contando con mínima relevancia la motivación de la decisión.

Tan afianzada se encontraba la intención de considerar a la tarea jurisdiccional como algo automático, que hasta se aseveró célebremente que “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor”.<sup>(8)</sup> Esta posición desconoce, abiertamente, un dato de la realidad: que la especie humana no rige su conducta exclusivamente por los dictados de la razón.

Posteriormente, la entronización del modelo kelseniano<sup>(9)</sup> que algunos sectores propugnaron, tampoco logró evitar tales consecuencias.

Es que, si bien resulta ciertamente superador en relación a las posiciones imperantes en oportunidad de su formulación (el panorama histórico

---

IRTI, NATALINO, “*L’età della decodificazione*”, Milán, Giuffrè, 1979; LIPOVETSKY, GILLES, *La era del vacío*, 8ª ed., Joan Vinyoli y Michèle Pendax (trad.), Barcelona, Anagrama, 1995; LYOTARD, JEAN-FRANÇOIS, “La condición postmoderna - Informe sobre el saber”, Mariano Antolín Rato (trad.), Madrid, Minuit, 1987; MARCUSE, HERBERT, *El hombre unidimensional*, Antonio Elorza (trad.), Barcelona, Seix Barral, 1968; SIMPSON, LORENZO C., *Technology Time and the Conversations of Modernity*, Nueva York/Londres, Routledge, 1995; TOURAINE, ALAIN, *Critique de la modernité*, París, Fayard, 1992; VATTIMO, GIANNI, *El fin de la modernidad*, 3ª ed., Alberto L. Bixio (trad.), Barcelona, Gedisa, 1990.

(6) POPPER, KARL R., “La ciencia: conjeturas y refutaciones”, en *El desarrollo del conocimiento científico*, Bs. As., Paidós, 1967. También ver MACH, ERNST, *Conocimiento y error*, Bs. As., Espasa Calpe Argentina, 1948, p. 18 y ss.

(7) SOLARI, GIOELE, *Filosofía del Derecho privado*, t. I: La idea individual, Bs. As., Depalma, 1946, p. 117 y ss.

(8) SECONDAT, CHARLES L., “Señor de la Brède y Barón de Montesquieu”, en *De l’esprit des lois*, vol. 1, París, Gallimard, 1995, edición establecida por Laurent Versini, segunda parte, Libro XI (De las leyes que forman la libertad política en su relación con la constitución), capítulo VI (De la constitución de Inglaterra), p. 52. Se trabajó sobre la versión francesa del texto y la traducción es del autor de este artículo.

(9) KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, 30ª ed., Moisés Nilve (trad.), Bs. As., Eudeba, 1994; *¿Qué es Justicia?*, Albert Calsamiglia (trad.), Madrid, Planeta-Agostini, 1993.

da cuenta de las inadecuaciones producidas por la adopción de marcos teóricos de complejidad impura), la indagación de las razones que llevan al juez a decidir un caso quedan relegadas al espacio de lo metajurídico.

Así, el presente suele ser un tema que, por imperio del auge de las teorías no integrativistas, resulta claramente eclipsado, pudiéndose sostener que la norma individual que emite el juez suele ser apreciada como un producto emancipado de su autor.

Sin embargo, a poco que se efectúe un relevo de las normas generales que rigen la producción de normas individuales, veremos que el tema de la motivación<sup>(10)</sup> juega un papel fundamental que incide en la validez de la decisión, aun cuando el apego a los modelos normativistas resta riqueza en el análisis categorial, produciendo inconsistencias que analizaremos.

En lo que respecta a las normas individuales contenidas en los contratos, el ordenamiento normativo argentino contiene una serie de textos que captan el problema de la disociación entre los móviles y las razones exteriorizadas por los contratantes.<sup>(11)</sup>

Así, el art. 1198 CC estatuye: "Los contratos deben (...) interpretarse (...) de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender...". Más aun, gravita la cuestión también sobre la validez del negocio jurídico, habida cuenta que la legislación prescribe que el acto puede merecer anulación (argumento a contrario: art. 958 CC), en caso de verificarse la existencia de perjuicio a terceros (art. 957 CC).

Bajo tal óptica, si se acreditara que un contrato de compraventa se encuentra fundado en el intento de evadir la acción de acreedores, el legislador manda ubicar en primer plano tal intención, desmereciendo la motivación formalizada y autorizando la ineficacia del convenio.

Claramente se evidencia del desarrollo precedente que el ordenamiento normativo prefiere interpretar las normas contractuales otorgando

---

(10) Al respecto ver: LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2006, p. 205 y ss. ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del Derecho*, 2ª ed., Jorge F. Malem Seña (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997; DWORKIN, RONALD, "Order of the coif", en *Arizona State Law Journal*, verano de 1997; MAC CORMICK, NEIL, "Legal reasoning and legal theory", Oxford, Clarendon Press, 1994; y VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Jorge F. Malem Seña (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997.

(11) Sobre la temática, ver CASTRO NEVARES, FEDERICO, "Los actos jurídicos y el problema de su interpretación", en *Derecho del Trabajo*, 2010, p. 1423; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "Interpretación de los contratos", en *La Ley 1995-B*, p. 538.

mérito especial a la intención (móvil) que informaba a los autores, con independencia absoluta de lo que ellos hubieren exteriorizado en las fuentes formales (razones alegadas).

En análogo sentido, siendo que “[p]or principio general, todo acto del Estado debe tener una justificación. La actividad jurídica del Estado (...) debe justificarse por una exigencia de orden colectivo o individual”,<sup>(12)</sup> se entiende que la motivación del acto administrativo resulta fundamental en orden a su validez.

Nótese que, ante la comprobación de una divergencia entre la voluntad real de la autoridad administrativa y la exteriorizada en las fuentes formales, el Consejo de Estado francés pergeñó la figura denominada “desviación de poder”,<sup>(13)</sup> entendida como un abuso cometido por la autoridad pública al argumentar el fundamento del acto administrativo en una razón falsa, encubriendo los móviles determinantes y amparándose en su legalidad formal.

En tal situación, se entendió que las finalidades falsas u omitidas gravitan sobre las razones que se invocaron con el objeto de la legitimación del acto jurgenerador, causando su invalidez.

A modo de ejemplo, podemos suponer una vinculación de empleo público en la que un funcionario dispone el traslado de un subordinado a una dependencia particularmente distante de su hogar, con modificación de sus horarios de trabajo, fundándose el acto en las necesidades del servicio. En tal caso, podrá evidenciarse el fenómeno de desviación de poder, si es que se acredita que la finalidad que motivó el acto administrativo fue la de hostigar al empleado con el ejercicio abusivo del *jus variandi*, independientemente del contenido de las razones alegadas.<sup>(14)</sup>

(12) BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Bs. As., La Ley, 1964, p. 86.

(13) MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2005, p. 486 y ss. También ver, CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *La desviación de poder*, 2ª ed. act. y amp., Madrid, Civitas, 1999; FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994; LAFERRIÈRE, LOUIS-ÉDOUARD JULIEN, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ª ed., vol. II, París, Berger-Levrault, 1986, p. 548; RETORTILLO, MARTIN; BAQUER, SEBASTIÁN, *La desviación de poder en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1957.

(14) El Derecho del trabajo en Argentina ha pergeñado, desde el ámbito jusprivatista, un instituto de análogas características al tratar la cuestión del despido discriminatorio. CIFRÉ, JUAN PABLO, “Despido discriminatorio”, en *LL*, 2007-F, p. 441; SCHICK, HORACIO, “La tutela del despido discriminatorio”, en *LL*, 18/05/2007, p. 6; también CNAC. AP. TRAB., sala I, *in re* “R., R. H. c/ Manliba SA”, 18/02/1994, en *Derecho del Trabajo*, 1994-B, p. 1634; CNAC. AP. TRAB., sala X, *in re* “Monsalvo, Jorge O. c/ Cafés Chocolates Águila y Productos Saint Hnos. SA”, 31/12/1997, en *Derecho del Trabajo*, 1998-A, p. 1237; CNAC. AP. CIV., sala C, *in re* “M., M. A. c/ Bagley S.A. y Otros”, 17/12/1999, en *Derecho del Trabajo*, 2001-A, p. 106; CNAC. AP. TRAB., sala V, *in re* “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA”, 21/12/2006; JLAB. N° 5 ROSARIO, *in re*



Particularmente estricto resulta el requisito de la motivación en el ámbito de las sentencias judiciales, a punto tal que el CCyC, de reciente sanción, estatuye en su art. 3°: “[e]l juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.<sup>(15)</sup>

Sobre el particular, ha de considerarse:

Las sentencias no se motivaban en el derecho romano, aunque en la práctica se acostumbrase dar las razones del pronunciamiento. La Partida III, título XXII, ley n° 5, disponía que el juez debía fallar con arreglo a derecho “por buenas y apuestas palabras que se puedan bien entender”, pero Carlos III, por la real cédula de 13 de junio de 1778, reproducida en la ley n° 8, título XVI, libro II de la Novísima Recopilación, mandó que cesara la práctica de motivar las sentencias “para evitar cavilaciones a los litigantes, y por el mucho tiempo que se consume en la extensión de las sentencias (...)”. De ahí que durante la colonia, las sentencias no se motivaran, más aun, generalmente no se firmaban, y los jueces de la Real Audiencia se limitaban a estampar su rúbrica. La primera vez que se estableció en un texto expreso la obligación de motivar las sentencias, fue en la ordenanza napolitana de 1778, de donde pasó a la Constitución francesa de 3 Fructidor (1790) y de allí a todas las legislaciones modernas.<sup>(16)</sup>

Acerca de la comprensión jusfilosófica de la motivación de la sentencia, se ha puntualizado que

[e]n el caso de las decisiones judiciales, hay una justificación que hacen los propios jueces ante sí mismos (móviles), de la cual depende la adopción de las medidas respectivas; otra justificación que ellos o terceros producen ante la sociedad (razones alegadas) y otra que esta genera cuando considera

“M., C. c/ D., A. M. y/u Otro s/ Cobro de Pesos”, 22/06/2007; y CNAC. AP.EL. TRAB., sala III, *in re* “Camusso, Marcelo Alberto c/ Banco de la Nación Argentina s. Juicio sumarísimo”, 29/07/2009.

(15) La Constitución de la provincia de Santa Fe estipula que “[l]as sentencias y autos interlocutorios deben tener motivación suficiente, so pena de nulidad” (art. 95).

(16) ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Bs. As., Compañía Argentina de Editores SRL, 1941, p. 448 y ss. Ver también ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, tercera parte, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008, p. 172 y ss.; GARRIGA, CARLOS; LORENTE, MARTA, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 1, 1997, p. 97 y ss.; y ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, n° 4, octubre-diciembre de 1977.

que las decisiones son valiosas, con la cual tiende a generarse su seguimiento (razones sociales).<sup>(17)</sup>

Fundamento, este último, del deber de seguir el precedente.

Entonces resulta altamente esclarecedor establecer las consecuencias que pueden extraerse del ordenamiento normativo, en caso de que existiere discordancia entre las razones alegadas, a los fines de motivar el acto decisorio y los móviles que fundaron efectivamente la decisión del órgano jurisdiccional.

Mas, a poco que se indague sobre la cuestión, se podrá advertir el ingreso en un ámbito significativamente marginado por la teoría jurídica predominante. Y resulta curioso el dato, habida cuenta que nada obsta a que el juzgador (que no se diferencia ontológicamente del contratante o de la autoridad administrativa encargada del funcionamiento de la norma) también incurra en figuras análogas a las ya tratadas de simulación o desviación de poder, invocando razones insinceras como basamento de su decisión.

Piénsese en un juez que dicta una sentencia cuyo móvil está constituido por la extorsión de la que fue víctima, o por el impacto emocional de haber visto al humilde actor en silla de ruedas, o por el intento de favorecer a la parte actora, señora de mediana edad y bien conservada que despierta pasiones irresistibles a su paso.

Dos circunstancias merecen nuestra atención.

Si las razones alegadas en el decisorio no logran sostener la tésis de la decisión, ninguna gravitación procesal —más que anecdótica— tendrá la actividad extorsiva, o la sensibilidad herida, o el enamoramiento del juez mentiroso, habida cuenta que existen los recursos procesales para atacar sentencias infundadas (recursos de apelación y nulidad), con independencia del carácter espurio de los móviles no declarados que tuvo en miras el órgano jurisdiccional al momento de sentenciar.

Por el contrario, el inconveniente se presenta cuando las razones fundantes del decisorio resultan suficientes para sostener la inteligencia de la decisión, esto es, cuando cualquier otro juez, no motivado por el delito

(17) CIURO CALDANI, MIGUEL Á., "Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales", en *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 21-II, Alicante, 1998 (Actas del XVIII Congreso Mundial de la I.V.R., Bs. As., 1997), p. 80; con cita de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, 21ª ed., Madrid, Real Academia Española, 1992, p. 1216, "justificación".

de extorsión del que fuera víctima, o por su sensibilidad emotiva, o por su irresistible concupiscencia, hubiera dictado análoga decisión.

**En tal caso, ¿qué herramientas asisten al litigante perjudicado para lograr la descalificación del fallo?**

El ordenamiento procesal argentino nada dice al respecto. Y ello resulta sorprendente, toda vez que la teoría de los contratos y el derecho administrativo, previamente reseñados como otros ejemplos de sistemas que rigen la emisión de normas individuales, prevén tal situación.

En nuestro ejemplo, el litigante perjudicado no tendría recurso judicial alguno para descalificar el decisorio fundándose en el carácter reprochable de los móviles del juzgador, los que no resultarán definitivos para enjuiciar el acto jurisdiccional si es que las razones alegadas falsas (aunque formalmente adecuadas) lo fundan suficientemente.

Como puede claramente apreciarse, la inexistencia de un sistema teórico que permita analizar los razonamientos justificatorios ha producido inconsistencias jurídicas en los modelos adoptados, motivadas por la insuficiencia conceptual de las corrientes unidimensionales que marginan la riqueza del planteo.

Así, el problema de las razones queda invisibilizado por la utilización de modelos que no contienen categorías para captarlo y que, por ello, simplemente asumen que la formalización de la norma individual se independiza de la conducta que le da génesis.

Es por ello que entendemos la necesidad de lograr la apertura del pensamiento teórico hacia la complejidad,<sup>(18)</sup> a fin de permitir una más adecuada disección de las problemáticas que se presentan.

Apoyando la apertura multidimensional del modelo jurídico, se ha dicho:

[!]la cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección

---

(18) BOCCHI, GIANLUCA; CERUTI, MAURO (comp.), *La sfida della complessità*, Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci (trad.), 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, MIGUEL Á., "El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura", en *ED*, t. 126, p. 884 y ss.; MORIN, EDGAR, "Introducción al pensamiento complejo", Marcelo Pakman (trad.), 7ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; GALATI, ELVIO, "La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades", tesis doctoral aprobada en el marco del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, inédita.

material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte solo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias.<sup>(19)</sup>

En tales términos, entendemos que el integrativismo,<sup>(20)</sup> concepción en cuyo seno se posiciona la teoría trialista del mundo jurídico,<sup>(21)</sup> cuenta con categorías que permiten el estudio del fenómeno aquí tratado (móviles, razones alegadas y razón social), permitiendo de tal suerte que se piensen, dentro del modelo teórico, las razones que apoyan la emisión de decisiones judiciales, con clara apertura a la interdisciplina.<sup>(22)</sup>

Así se muestra un panorama enriquecido con aristas que, en nuestra disciplina, no pueden ser soslayadas sin implicar una mutilación que nos resulta

(19) ALEXY, ROBERT, *op. cit.*, p. 21. Ver al respecto CIANCIARDO, JUAN, "Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica", en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Santa Fe, AAFD, Año I, n° 1, 2002, p. 105 y ss.; y RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, "Algunas ampliaciones y precisiones críticas a la inaceptabilidad teórica del positivismo jurídico según Atienza", en *Ideas y Derecho-Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Bs. As., AAFD, 2010, n° 7, p. 103 y ss.

(20) Acerca del integrativismo ver: CAMPOS, ROBERTO, "Metodología jurídica trialista", en *Investigación y Docencia*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, n° 39, p. 163 y ss.; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Aportes lusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas)", Rosario, Zeus, 2007, p. 390 y ss. Puede resultar enriquecedora la comparación con la propuesta de COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1964; *Teoría de la verdad jurídica*, Bs. As., Losada, 1954; y también REALE, MIGUEL, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979.

(21) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, ver GOLDSCHMIDT, WERNER, "Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, Rosario, UNR Editora, 2012; del mismo autor, *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984; *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; y también *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; y BENTOLILLA, JUAN JOSÉ (coord.), *Introducción al Derecho*, Bs. As., La Ley, 2009.

(22) DABOVE, MARIA ISOLINA, "El Derecho como complejidad de saberes diversos", en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Santa Fe, AAFD, Año III, n° 3, 2003, p. 95 y ss.

inadmisible. De tal suerte, siempre podrá elegirse una teoría jurídica que permita desenmascarar al juez mentiroso u otra que oculte la existencia de la mentira.

Y más aún, la formulación que proponemos permitirá al operador jurídico estar alerta para identificar las discordancias entre los móviles y las razones declaradas, sabiendo que si existen suficientes razones para distorsionar tal correspondencia (y en ello cobra relevancia la calificación del contexto como cotidiano o vital, hipótesis en donde el grado de probabilidad de eventual presentación de discordancia disminuirá o aumentará respectivamente), resultará posible que ello suceda.



# Decidir la verdad de los hechos

## Narrativismo y verdad judicial constitucionalizada

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ<sup>(1)</sup>



*“Hizo acaso lo único que un hombre  
puede hacer con una tradición: la modificó”*  
**Jorge Luis Borges**<sup>(2)</sup>

**Palabras clave:** derecho - hechos - verdad judicial - teoría narrativista.

### 1. Hechos y verdad

La publicidad en derecho es engañosa; en realidad, la publicidad es siempre engañosa. En la tradición jurídica la publicidad está en esos adagios, aforismos, axiomas que, como lemas propagandísticos, ofrecen atractivas promociones en orden al fácil, cómodo y rápido acceso, con garantizado éxito además, a la comprensión de problemas epistemológicos particularmente complejos. Fórmulas publicitarias de esta naturaleza y propósito abundan en relación al rol de los tribunales y los procesos con que estos operan para

---

(1) Catedrático de Filosofía del Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, España).

(2) BORGES, JORGE L., “José Hernández. Martín Fierro”, en *Prólogos con un prólogo de prólogos*, Bs. As., Torres Agüero Editor, 1975, p. 97. Asimismo, BORGES, JORGE L., *Obras completas*, vol. 4, Barcelona, Emecé, 1997, p. 91.

la toma de decisiones en materia de normas y, en especial, de hechos. La tradición jurídica procesal acumula gran número de eslóganes que, como recompensa de su ventaja mnemotécnica y retentiva, aplazan el análisis de potenciales falacias, eluden su desambiguación (ideo)lógica, fortalecen su reproducibilidad y prolongan la eficacia de su funcionamiento.

Así sucede cuando se considera —incluso por la teoría de la argumentación jurídica— que la *quaestio facti*, o sea, lo que rodea a la recepción de la información fáctica en proceso, es, en sustancia, solo un asunto empírico requerido de mera operativa descripcionista y que, además, su tratamiento en relación a los modos de alegación y depuración mediante controversia del contradictorio está, asimismo, eximido de toda discusión interpretativa rigurosa que exceda de lo **dado** como “hechos del caso”; estos, ya cualificados por el ordenamiento jurídico desde el que se los (pre)juzga, y que en su momento, de acuerdo a mecánicas conclusivas de subsunción simple o, a través variantes ponderativas, es decir, de doble subsunción, quedarán decididos. Para aquella operativa descripcionista es innecesario cualquier esfuerzo de descripción densa; para aquellas mecánicas de deducibilidad conclusiva resulta superfluo todo empeño dicotómico que pretenda balancear entre rigurosidad del método lógico y preocupación u oportunidad política.

Esto, pienso, es singularmente dramático cuando la complejidad de los hechos en proceso se reconduce al tópico de “los hechos, todos los hechos y nada más que los hechos” y es característicamente trágico en punto a un sentencioso proverbio como “la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad”. Los hechos en proceso carecerían así de entorno problemático, y su dintorno procesal sería siempre imparcial por estar ajustado al criterio de verificación racional, e invariablemente neutro como acorde a criterios científicos de verificación empírica. En cuanto a la verdad, su posibilidad de *invenio* devendría de su condición ontológica —verdad desde sí misma— y aun óptica —verdad en sí misma—, sea a veces explicitada de manera formal o material otras, y, por tanto, indubitablemente enunciable en un *dictum* (*veredictum*) objetivista e ideológicamente descomprometido.

Creo que no exagero si afirmo que el incontestable componente **teológico** de esta perspectiva permanece hoy, todavía, incontestado en gran parte de los órganos judiciales que operan con hechos y deciden acerca de su verdad, cualquiera sea la jurisdicción en la que lo hacen; aquí radica un serio problema. Por lo demás, esperanzados en que la redención llegará de mano de la teoría de la argumentación jurídica, esta, sin embargo, no

ha producido aún a los hechos ni a la verdad la **liberación** de esa **teología** y, en concreto respecto de hechos y de verdad, hasta se ha convertido antes que en una **teología de la liberación** en una **teología de la deliberación** recursivamente indecisoria.

La alternativa a esta situación, que ya dura demasiado —pues para hechos es heredera de la vetusta tradición aristotélica sobre coincidencia de lo idéntico y no correspondencia entre contrarios y, para verdad, fiduciaria de la doctrina tomista sobre *adaequatio rei et intellectus*—, está hoy en las teorías críticas, ultrapositivistas *in genere* y postpositivistas *cum grano salis*.<sup>(3)</sup>

Es cierto, y es también algo que no conviene disimular, que a muchos les parece que las **teorías críticas** demandan universos utópicos, y puede que ciertos sectores las consideren incluso revolucionarias. Tratar de responder a ese cosmos de previsiones o a las prevenciones hacia concretos firmamentos resulta aquí ocioso. Porque, en realidad, para el específico problema relativo a hechos y a verdad, y sobre cómo **decidir la verdad de los hechos**, creo que las **teorías críticas** no formulan, pese a todo, tesis de muy atrevido utopismo ni tampoco de tan inquietante audacia agitadora.

Lo que en ese ámbito las **teorías críticas del derecho** hacen o intentan hacer se puntualiza, *prima facie*, en dos proyectos. Adelantar más allá, algo más allá, a veces apenas muy poco, sobre las posiciones del *pre-linguistic turn* y *prediscursivas* donde “los hechos, todos los hechos y nada más que los hechos” carecían por completo de potencial reificación a través del lenguaje y el discurso. E, igualmente, avanzar sobre el tipo de elaboración del *iudicium facti* basado en un modelo teórico de prueba del hecho donde se abdicaba de toda virtualidad argumental dejándolo reducido a un evidencialismo de pesas y medidas, pues, en definitiva, eso era lo interesante por ser lo único que interesaba comprobar al ser lo único comprobable. Es ese adelanto y avance sobre tales retaguardias lo que las ha convertido en teorías vanguardistas; o lo que es igual, su audacia está caracterizada por no circunscribir la vía de acceso judicial al hecho —el contexto del descubrimiento— a un esquema cognitivo no emancipado de la deducción experiencial y, por tanto, tampoco restringir la obtención de su verdad a estricto **correspondencialismo** gobernado por un realismo desproblematizado.

(3) CÁRCOVA, CARLOS M., *Teorías jurídicas alternativas. Estudios sobre Derecho y Política*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1993; *Las teorías jurídicas post positivistas*, 2ª ed., Bs. As., LexisNexis, 2007.



Pero, efectivamente, ello ha sido suficiente para que las teorías críticas resulten sospechosas de heterodoxia, incómodas y hasta preocupantes; sobre todo, al negarse a ocultar determinados escepticismos e incredulidades, y expresar algún descreimiento también; por reclamar la desacralización del ciencismo puramente objetual y renegar del dogma de desvinculación de la realidad con la ideología, también dentro del proceso, y antes y más quizás que en otros lugares.

De entre esas teorías críticas, la de línea narrativista —a la que he ido aportando contribuciones desde algo más de veinte años a hoy— centra en tres cuestiones principales su planteamiento crítico:

- “Los hechos, todos los hechos y nada más que los hechos” no ingresan al proceso como *datum* de una resultancia fáctica, sino como *eventum* en controversia de afirmaciones sobre su ocurrencia, y que metodológicamente interesa abordar el análisis de las estructuras narrativas (*ars narrandi*) a través de las que se postulan. Ello implica introducir en la intelección de los hechos las nociones de “aparato” y “artificio”.
- “La verdad, toda la verdad y nada más que la verdad” no se descubre, y a veces ni tan siquiera se busca, mientras que siempre se construye y, por tanto, la verdad del *evenio* es su reconstrucción (*ars disponendi*) como *inventum*. Ello no implica defender el simulacro de la verdad, sino declarar la verdad del simulacro.
- Con estos presupuestos de método y epistemológicos en torno a hechos y verdad, por fuerza aquí presentados de modo generalísimo, la tarea de **decidir la verdad de los hechos** no está libre de requerimientos racionales, desterrada a *priori* de cuanto no constituya simplemente asunto de retórica y/o persuasión. La **razón de decidir la verdad de los hechos** es también **razón narrativa**. Ello implica reconocerla parte no aparte de la pluralidad de racionalidades desde las que el derecho regula y normaliza respuestas de limitación de conflictos que colaboran al aseguramiento del sistema social.

Pasaré, en adelante, al detalle de un breve desarrollo sobre cada una de ellas.

## 2. Ni los hechos, ni todos los hechos y tampoco nada más que los hechos

Se traiciona una seria exploración de entrada y se falsea su sincera evaluación de salida al plantear la *quaestio facti* como “los hechos, todos los hechos y nada más que los hechos”. Los **hechos**, tomados en serio, **ni son los hechos, ni todos los hechos y tampoco nada más que los hechos**.

El rasgo de identidad procesal más característico de la *quaestio facti* no es compactar hechos, sino abrir espacio a la disidencia entre versiones

equicontendientes acerca de lo que **se dice** sucedido. En efecto, la *quaestio facti* no se toma *de re*, sino *de dicto*. Los **hechos** no son acumulo de *ratione materiae*, sino *ratione verba*. Lo significativo es la articulación lingüística de los hechos; esto es, el dilema *res aut verbis* se responde antes que en *Res non verba* como *Verba non res*. La manera en que operamos con hechos en un proceso es a través de palabras (*verbis*), no mediante la cosa (*res*). En el proceso se proclama que **la palabra es también el hecho**; *Res et verba coniuncta*. Los indicadores de *substantia*, sean desnudos tópicos —*ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis*, *ratione auxilli*— o estén revestidos de pretensión persuasiva —*ratione voluntas*, *ratione finis*, *ratione modus*— se pliegan a la *ratione dicendi*. Es la organización en discurso, como vehículo todo terreno de la comunicación, la que es capaz de trasladar de la **acción de los hechos** a los **hechos en acción**; o sea, de mover del *datum* al *eventum* para poder ir desde la constatación de la resultancia como registro de los vestigios existenciales del suceso a la comprensión de la ocurrencia de lo sucedido.

Para la teoría narrativista la organización discursiva es, claro está, de tipo narrativo. La narración, que aúna la doble cualidad epistemológica de explicar y comprender, es así competente para contar —esto es, dar cuenta, o lo que es equivalente, “justificar”— sobre la **acción de los hechos** y, además, **otorgar sentido** —que es una justificación más profunda y plenaria— a lo contado acerca de lo ocurrido en **los hechos en acción**.

Este enfoque del programa narrativo trae a colación uno de los conceptos que han obtenido mayor fortuna, con plural manejo, entre quienes introdujeron la idea de narración en la moderna teoría del derecho. Me refiero a la noción de **coherencia narrativa** y que, desde mi punto de vista, es asimismo un elemento de alcance categórico al momento de distinguir entre ocasionales aplicaciones narrativas al campo de lo jurídico y lo que constituye una posición teórica jurídico-narrativa. En mi opinión, solo a partir de dotar lo presentado **como coherencia narrativa** de funciones narratológicas básicas, como son las de **otorgamiento de sentido** y **construcción de la promesa de sentido**, puede identificarse diferencialmente una **teoría narrativista del derecho** que, además, también adquiere allí índole de teoría crítica.

Para considerar a un enunciado fáctico como discursivamente coherente, es preciso no solo la prestación de consentimiento al **contrato de sentido** y su perfeccionamiento a través de la guía de unidades estructurales tales como la historia, el relato y la narración, sino igualmente reconocer la

influencia de **dispositivos extracontractuales** cuya intervención sobre la **autorización del test de coherencia** inaugura un **sistema de sentido**. Tales dispositivos remiten a **subsistemas de sentido** como la memoria individual o los imaginarios sociales. Lo interesante de este fenómeno es que se sitúa en una fase anterior, que generalmente ha sugerido escasa o nula atención; esto es: el **test de consistencia narrativa**.

En su testeo han preocupado principalmente la faceta lingüística, de *soliditas* gramatical, y la lógica, de engarce inferencial, una y otra responsables producir el *cotinum* de lo contado acerca del hecho. Pero la ausencia de **discontinuidad** es una *petitio principio* de lo narrativo que no se satisface única ni plenamente con esa clase de suturas. El ejemplo más paradigmático es, por paradójico que pueda resultar, la llamada **prueba narrativa**. Lo contado por el testigo *de visu* o *de auditu* que directamente ha presenciado u oído el hecho sobre el cual depone es, con no poca frecuencia, raramente un relato que incluya la totalidad de los hechos. Muestra, según las diferentes modalidades de interrogatorio al que su testimonio puede responder —es decir, posiciones de recuerdo libre, abiertas, cerradas, disyuntivas y declarativas—<sup>(4)</sup> muy variable y lábil continuidad para poder entenderlo narrativamente consistente. Así, no siempre cabe que el encadenamiento narrativo de los hechos se complete o completamente solo mediante suplidos de elipsis gramatical o de lógica en prospectiva. Las carencias de consistencia narrativa en su relato testifical de los hechos son más severas por incluir, además, auténticos períodos de **elipsis narrativa de hechos**. Esta situación de **elipsis** no está causada por una retención de hechos (**paralepsis**) o por alteraciones de la temporalidad u orden en el curso narrativo (**analepsis**); se trata de genuinas soluciones de continuidad donde la historia discurre *per saltum*. Intervienen entonces en esta fase de test de consistencia narrativa **dispositivos precontractuales** que actúan de conectores y prolongadores entre los intersticios de información fáctica que no figuran en el *integrum* de la narración porque a su relato, ciertamente, no han ingresado **todos los hechos**. En tales casos el juez como destinatario del testimonio, porque es él quien ha de decidir acerca de consistencia de los hechos —antes de llegar a hacerlo sobre su coherencia—, colmata los espacios lagunosos acudiendo a marcos

---

(4) En relación a las características interaccionales del interrogatorio y la forma y función de las preguntas, ver TARANILLA GARCÍA, RAQUEL, "Los interrogatorios: las narrativas a prueba", en *La justicia narrante. Un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal*, Cizur, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 169/230.

narrativos que están prefabricados, cuyo material procede de los **antecedentes de hechos** que proporcionan orientaciones previas de comprensión a partir del patrón de **historia jurídica** de que se trate, así como del **horizonte de expectativas** interno a la fábula y trama en la experiencia de relato; asimismo, también instalan expectativas externas a la narración, extranarrativas, como pueden ser elementos de fantasía libre, de medio cultural, de contexto social y de valor político.

La raigambre hermenéutica, a *ratione idola* —ideológica, de ideología del sistema, de la ideación de su imagen— sobre los necesarios límites de esas intervenciones producidas a fin de colmar una narrativa para entender, autorizar y decidir consistente, o no, una versión de los hechos donde no están todos los hechos —o, expresado por pasiva, una versión de los hechos donde ya no están **nada más que los hechos**— y que, por tanto, explícitamente incluye —pero también esconde— afirmaciones sobre *res ficta*, es ignorada en el campo jurídico, si no desconocida, por quienes hasta ahora han extraído algún rédito teórico por el concurso de orientaciones narrativas. La teoría narrativista del derecho, por el contrario, no solo toma conciencia de su papel en el test de consistencia y, de seguido, en el de coherencia, sino que involucra en su conocimiento un tipo de fiscalización que igualmente hace que se la localice entre las teorías jurídico-críticas.

Pero, aparte de **ni los hechos, ni todos los hechos, el tampoco nada más que los hechos** posee igualmente otro matiz: las *rationes locutio stylo*. Pienso que, aceptando como carácter identificativo de los hechos en proceso su naturaleza de artificio narrativo, el mismo acto y modo de narrar la historia en el relato de los hechos, es decir, de contar los hechos en la historia que se narra, también llegará a ser parte de la narración de los hechos y, consecuentemente, tampoco los hechos son **nada más que los hechos**. De aquí es posible enunciar dos conclusiones:

- puesto que la intelección en relato de los hechos gravita sobre la construcción de un aparato y artificio narrativo (*ars narrandi*), ese artefacto transforma los hechos en contrafácticos. La "realidad" del hecho no es el hecho "mismo", sino su relato;
- puesto que el relato de los hechos es *ars inventa disponendi* la teoría narrativa del derecho es retórica.

Ahora bien, esta idoneidad retórica de los hechos que, *rationes locutio stylo*, constituye una instancia de identidad poco discutible, en absoluto se confunde con *elocuentia*. Así, les sucede a quienes objetan a la teoría jurídico-narrativista pretender *de praxi* el implante **retórico** de una **bella**

**historia** en el relato de los hechos, y no **mostrar más que los hechos**, y sobre todo, **nada más que los hechos**, libres por entero de las emociones internas y sentimientos. Estos, sin embargo, pecan a su vez de retórica, muy elemental también, por estar entregados a uno de sus tropos más conocidos: *pars pro toto*, porque únicamente desde aprensiones platónicas —afectadas del rechazo a la retórica por la finalidad partisana con que en las versiones postuladas por las defensas presentaban los hechos— podría la retórica ser refundida en *elocuentia*. Además, ni siquiera aquella impugnación —dejando de lado que pueda no ser sincera— es todo lo completa que debiera, pues ningún pronunciamiento emite acerca de **otra retórica**, la **retórica de la imparcialidad** que, *ratione stylo legalitas*, disimula —no siempre bien ni de modo suficiente— una incondicional falta de pretensión ideológica.

Es claro que la publicidad de la retórica jurídica es engañosa; también que la mala publicidad lo es todavía más. En todo caso, la pretensión retórica perseguida por la teoría jurídico-narrativista es siempre antes la construcción del relato de los hechos en una **buena historia** que su narración en una **historia bella**.

### 3. Ni la verdad, ni toda la verdad y tampoco nada más que la verdad

En la verdad de los hechos no existe el **test de la verdad**. Hay, sí, un **test de corrección procedimental**. Esto, evidentemente, no es una respuesta al problema; por el contrario, es el problema mismo: la corrección no es la verdad. Pero, aun así, tener por resuelto el problema de cómo decidir la verdad de los hechos nada dice acerca de qué verdad se decide por verdad.

En relación a todo ello la teoría narrativista del derecho sostiene lo siguiente:

- a. en materia de hechos el proceso opera *post res perditas*. Los hechos están perdidos;
- b. el modo de traerlos al proceso se lleva a cabo mediante su evocación en un relato;
- c. en torno a los hechos relatados el proceso gestiona el pedido, o al menos lo procura, de una **verdad histórica**;
- d. una verdad histórica no es lo que sucedió, sino lo que juzgamos que sucedió;

- e. lo que juzgamos como verdad histórica acerca de los hechos sucedidos no concierne a la verdad de los hechos contados por los relatos, sino a lo contado por verdad en ellos acerca de lo sucedido;
- f. lo contado por verdad acerca los hechos no concierne a la verdad, sino a la **verosimilitud**.

La **verdad** de lo que en el proceso llamamos “verdad” es apenas **verosimilitud**; así, pues, **no la verdad, sino la verosimilitud** de lo contado por verdad en los relatos acerca de los hechos. Pero para que la verdad de lo contado por verdad alcance a ser **verosímil** tampoco precisa contar la verdad; bastará con que responda a las **estrategias narrativas de verdad** que en el proceso se despliegan. El desenvolvimiento de tales estrategias narrativas, de las que pudiera alcanzarse alguna verdad acerca de los hechos contados, tiene sin embargo por objetivo uno muy distinto a contar toda la verdad de los hechos. Desde la alegación de los relatos sobre hechos afirmados por verdad, pasando por su debate, hasta llegar a **decidir la verdad de los hechos** se ha producido una selección de hechos, la intensificación de unos y el borrado de otros (lo **innarrado**, lo **inenarrable**, lo **desnarrado**), aparte de su fragmentación durante su controversia. En realidad, y desde el principio, la verdad total de los hechos nunca estuvo a presencia del tribunal. Por tanto, **ni la verdad, ni toda la verdad...** y tampoco **nada más que la verdad**.

Que la verdad de lo sucedido sea nada más que la verdad, o es una falacia naturalista —porque es bueno que sea nada más que la verdad, la verdad que es debe ser la verdad y nada más que la verdad—, o bien un *a priori* que excluye demostración —que la verdad de los hechos sea nada más que la verdad será o no será nada más que la verdad, pero en ambos casos una verdad inverificable—.

Se podría objetar que **nada más que la verdad es, no obstante, el resultado de la verificación de los hechos a través de la prueba. No comparto esta percepción, como tampoco lo haría un analítico.** Para este último, porque se estaría concediendo a la prueba un contenido de atestiguación que no alberga; la prueba aporta aceptación racional para tener como verdadero un enunciado fáctico, pero no atestigua ni refrenda la verdad del mismo. En consecuencia, el **nada más que la verdad** excede a lo probado como verdad por falta de cualidad verificativa de la prueba. Desde una óptica narrativista la discrepancia con el papel que cupiera atribuir a la prueba para producir **nada más que la verdad** nace de otra perspectiva. A la prueba le cabe cumplir el rol de **postura en la apuesta narrativa** sobre si

será o no decidido como verdad aquello contado por verdad en el relato acerca de la ocurrencia de los hechos. De ahí, por tanto, que no guarde relación con que el **triunfo narrativo** —esto es, la verdad finalmente decidida sobre la ocurrencia de los hechos, el *veredictum* (*vere dictum*: dicho verdadero, dicho verdaderamente)— sea **nada más que la verdad**.

Pero incluso si de algún modo pudiera asignarse a la prueba siquiera valor adjudicativo de cierre a la controversia sobre la verdad, esa clausura al cónclave donde la verdad discutida es resuelta en un "*Habemus veredictum!*", tampoco haría en la verdad judicial, ni para narrativistas ni para analíticos, restricción a **nada más que la verdad**.

Y antes que todo esto, para la teoría narrativista del derecho la verdad judicial no es **nada más que la verdad** porque toda verdad de los hechos en el proceso tiene únicamente existencia ideal, o simbólica, si no mejor **poética**. Y porque la **poética del nada más que la verdad** es tranquilizadora por su **oportunidad**, también política.

En la bodega del *veredictum* puede haber polizones —sin duda los hay—<sup>(5)</sup> y esos pasajeros clandestinos tienen una historia que contar, a la que **nada más que la verdad** oportunamente pone sordina, que políticamente silencia. Pero quizá importe más conocer al armador e identificar la matrícula de esa nave que decide la verdad de los hechos.

Que haya a bordo pasajeros ocultos y que, escondidos, pretendan pasaje de una parte a otra (la poética del *veredictum* como metáfora), obedece a que **lo dicho con verdad** tiene idoneidad y capacidad para su flete y cabotaje. Los hay también porque lo que será decidido en el dicho verdadero como **lo dicho verdaderamente** acerca de los hechos se aseguró por la carpintería y calafate de su casco. La flotación y condiciones de navegabilidad del *veredictum* son directo resultado de su fábrica y botadura en un astillero naval que no fue otro que el de su construcción constitucional y orgánica (Constitución y Ley Orgánica del Poder Judicial), donde toda la tablazón se clavetea, calza, forra y lastra imitando *auctoritas, non veritas, facit legem*. El *veredictum* no únicamente dice con verdad —aunque no sea la verdad ni toda la verdad—, el hecho no es solo un *dicere*, sino, ante todo, un *decidere*; el *veredictum* decide el hecho.

(5) RUIZ, ALICIA E. C., "La Constitución y los jueces", en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Del Puerto, 2001, pp. 49/57; CÁRCOVA, CARLOS M., *Derecho, política y magistratura*, Bs. As., Biblos, 1996, p. 99 y ss.

Y es entonces cuando esa **poética** del *verdictum* como **nada más que la verdad** se desambigua y, en definitiva, se hace magia y mitología decisionista. Es la magia que decide el hecho pretérito en el presente y para el futuro, y es mitología por emergente de la soberanía decisionista: *auctoritas, non veritas, facit factum*.

Anduvimos preocupados por arreglar la soberanía del *dicere* de los jueces a la soberanía de la ley, al imperio de la ley, y tanto personaron como ley sus sentencias que vinieron a normas jurídicas individuales y fuentes del derecho. Luego la discusión, a veces acalorada de querella, giró sobre la heterogeneidad de la producción jurídica. Olvidamos, no obstante, los hechos, el control de los hechos, la cuestión —ajena a lo normativo— fáctica, la zona de soberanía constitutiva —constitucional— sobre el juicio y la decisión de los hechos.

La teoría narrativista incluye en su designio crítico la *quaestio facti* como **decisiva**. Las teorías críticas del derecho —la narrativista lo es— afrontan hoy en ese terreno desvelos y desvelamientos hermenéuticos ante el retorno de **principios iusnaturalistas** donde *veritas, non auctoritas, facit legem*, e, igualmente, frente a la vía de interpretación **principalista neoconstitucional** sobre los hechos, también allí en estado de incuria, que aporta un renovado perfil del *auctoritas, non veritas, facit factum*.

La búsqueda de la autoridad última que fundamenta el sistema de derecho positivo y sus mecanismos decisorios respecto de hechos y verdad, y en cuanto a cómo decidir la verdad de los hechos, presenta delicados problemas. Nos son conocidos los de la *auctoritas, non veritas, facit legem* que remite a la autoridad decisionista del legislador. Todavía están por explorarse mejor los de *auctoritas, non veritas, facit factum* que reenvían desde la base de un Estado democrático constitucional a la superior autoridad decisionista del juez-legislador, incluso cuando este se mueva por las mejores intenciones.

Con la interpelación a la verdad judicial constitucionalizada a través de dos eslóganes —“los hechos, todos los hechos y nada más que los hechos”, “la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad”— preguntándome, mediante hermenéutica narrativista, sobre el modo que tiene de **decidir la verdad de los hechos** he pretendido no aplazar el análisis de potenciales falacias ni eludir su desambiguación (ideo)lógica, no fortalecer más su reproducibilidad ni prolongar la eficacia de su funcionamiento.







# El sentido de justicia y el juez: cómo y por qué deciden como deciden

MARCELO CAMPOS GALUPPO<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** decisión judicial - interpretación de la ley - moral - derecho.

Al contrario de lo que generalmente se piensa, no es fácil resolver el problema de las lagunas en el derecho. En los últimos cien años, el positivismo jurídico desarrolló adecuadamente procesos metodológicos para se decidir **cómo** colmar las lagunas. Entretanto, ello no fue capaz de determinar procesos metodológicos para decidir **si** existe una laguna o, al contrario, una permisión implícita. Pero antes de decidir cómo se debe colmarlas (determinando, por ejemplo, a qué regla positivada el caso debe ser subsumido), se debe decidir si hay una laguna, porque todo ordenamiento jurídico presupone la existencia de dos normas de cerramiento sistémico que, cuando aplicadas, llevan a dos soluciones antinómicas: la norma general inclusiva y la norma general exclusiva.<sup>(2)</sup> Si aplicamos la norma general inclusiva, el resultado es que la conducta no regulada por una norma expresa de derecho positivado es subsumida (analógicamente, por ejemplo) en una norma particular de derecho positivado. Si aplicamos la norma general exclusiva,

---

(1) Doctor en filosofía del derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais. Profesor, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais y Universidad Federal de Minas Gerais. *Visiting professor* de la *School of Law, University of Baltimore*. Presidente de la *Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito* - ABRAFI.

(2) BOBBIO, NORBERTO, *Teoria Generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1993, p. 254 y ss.

el resultado es que la conducta es considerada permitida, por no ser expresamente prohibida u obligatoria, y por lo tanto se dice no haber lagunas. Aplicamos la norma general inclusiva cuando acreditamos haber una laguna, y la norma general exclusiva cuando acreditamos no haber ninguna laguna en el caso. En Brasil, para justificar la decisión de la aplicación de la norma general inclusiva, invocamos retóricamente el art. 4º de la Ley de Introducción al Código Civil (decreto-ley 4657/1942), que prescribe: "Cuando la ley sea omisa, el juez decidirá el caso según la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho", mientras, para justificar la decisión de la aplicación de la norma general exclusiva, invocamos retóricamente el apartado II del art. 5º de la Constitución Federal, que dice: "Nadie será obligado a hacer o a no hacer alguna cosa sino en virtud de ley".

Para elegir entre ambas opciones, es necesario decidir si la omisión del legislador (o mismo del constituyente) fue intencional o no intencional. En el primer caso, quiso excluir la situación de la regulación prevista por la norma positiva, mientras, en el segundo, le gustaría tener incluido el caso en la regulación creada por la norma, pero dejó de hacerlo por alguna razón. El problema es que no hay un meta-criterio estrictamente jurídico para decidir si en el caso hay o no una laguna. La decisión dice respecto solamente al sentido de justicia del magistrado.<sup>(3)</sup>

Por eso, autores como Kelsen dejan fuera del campo de la ciencia del derecho el problema de la decisión judicial acerca de la elección de la norma a aplicar al caso. Como Kelsen dijo en la *Teoría pura del derecho*,

... de un punto de vista orientado hacia el derecho positivado, no existe cualquier criterio con base en el cual una de las posibilidades inscritas en la moldura del derecho que debe ser aplicado sea preferible a cualquier otra (...) La cuestión de saber cuál es la correcta, de entre todas las posibilidades que se presentan en los cuadros del derecho a aplicar no es siquiera (...) una cuestión de conocimiento de lo derecho positivado, no es un problema de la Teoría del Derecho, pero un problema de política del derecho.<sup>(4)</sup>

---

(3) BOBBIO, NORBERTO, *Teoría Generale...*, op. cit., p. 254

(4) KELSEN, HANS, *Teoría pura do Direito*, 6ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 391/399.

Esa dificultad repercute directamente en la actividad judicial. Véase, por ejemplo, la argumentación contenida en los votos de los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la decisión *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277* (en adelante, *ADIN 4277*)<sup>(5)</sup> sobre la extensión de la protección a las uniones conyugales no maritales a las uniones homoafectivas.

La Constitución brasileña dice en la fracción 3° de su art. 226: “Para efectos de la protección por el Estado, la unión conyugal no marital entre el hombre y la mujer es reconocida como Entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio”. No obstante, el ministro Ayres Britto dijo en su voto, invocando la existencia de una omisión intencional, y, por lo tanto, la existencia de una norma permisiva que excluye la laguna, que:

En cuanto al uso concreto de lo sexo en las tres funciones referidas de estimulación erótica, conjunción carnal y reproducción biológica, la Constitución brasileña hace un silencio intencional. Lo que ya es un modo de actuar mediante la invocación de la norma general negativa kelseniana, según la cual todo lo que no es jurídicamente prohibido u obligatorio queda jurídicamente permitido (regla de clausura o de cierre hermético del Derecho, que nuestra Constitución decidió positivar en el apartado II de su art. 5°, debajo de la altisonante fórmula verbal de que nadie será obligado a hacer o a no hacer alguna cosa, sino en virtud de ley, y que me parece consagrar lo que se podría llamar de derecho de no tener deber.<sup>(6)</sup>

No obstante, en el mismo fallo, los ministros Roberto Lewandowsky y Gilmar Mendes argumentaron exactamente en el sentido de que existe una laguna en este caso. Gilmar Mendes, por ejemplo, dijo:

En este sentido, a diferencia de lo que dijo el Ministro Relator Ayres Britto —al fijar que no habría laguna y que se trataría de un tipo de interpretación que supera la literalidad del dispuesto en el art. 226 de la Constitución, concluyendo por la paridad de las situaciones jurídicas—, evidenció el problema de la constatación

(5) En Brasil se utilizan dos sistemas de control de constitucionalidad: el directo, con efectos *erga omnes*, inspirado en el sistema de control austríaco, y el difuso, ejercido por todos los jueces y con efectos *inter partes*. En el caso de la Constitución Federal, el control es concentrado en el Supremo Tribunal Federal y se hace por medio de la *Ação direta de Inconstitucionalidade* o de la *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

(6) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*, p. 634.

de una laguna valorativa o axiológica en relación a un sistema de protección de la unión homoafectiva que, de cierta manera, exige una solución provisional de esta Corte, a partir de la aplicación, por ejemplo, del dispositivo que trata de la unión conyugal no marital entre hombre y mujer en lo que sea aplicable.<sup>(7)</sup>

Por su parte, el ministro Lewandowsky afirmó que la laguna existente debería recibir una solución negativa, por la aplicación de la norma general exclusiva, y no por la aplicación de la norma general inclusiva, como lo defendía Mendes. Al analizar si acaso sería posible una interpretación extensiva de la norma de la referida fracción 3ª del art. 226 de la Constitución Federal, Lewandowsky recusa la aplicación de la norma general inclusiva:

No es posible clasificar la unión entre personas del mismo sexo en ninguna de esas especies de familia, sea en aquella constituida por matrimonio, sea en aquella establecida a partir de la unión conyugal no marital entre un hombre y una mujer, sea, todavía, en la familia monoparental (...) formada por cualquiera de los padres y sus descendientes.<sup>(8)</sup>

Como uno puede ver, la existencia de una laguna en el derecho no es también una cuestión sencilla incluso para la jurisprudencia, como no lo es para la doctrina. Como ya dije, a razón de esta dificultad es que el positivismo jurídico clásico no logró presentar una teoría de la decisión jurídica, en especial de la decisión judicial, para allá de la teoría del conocimiento jurídico que proveyó.

No obstante, se ha producido un intento de elaborar una teoría de la decisión jurídica en los últimos años, en especial de la decisión judicial, como, por ejemplo, en los trabajos de Douglas Price<sup>(9)</sup> y Lorenzetti<sup>(10)</sup> en Argentina.

La construcción de una teoría de la decisión judicial exigiría una investigación de las razones explicativas, y no solamente de las razones justificadoras, como lo privilegió la historia del positivismo. Un punto de partida muy fructífero hacia la construcción de una teoría de la decisión judicial sería, por lo tanto, la distinción que se estableció entre razones explicativas

---

(7) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, *Ação Direta...*, fallo cit., pp. 802/52.

(8) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, *Ação Direta...*, fallo cit., pp. 711/714.

(9) DOUGLAS PRICE, JORGE E., *La decisión judicial*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2012.

(10) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Teoría da decisão judicial: Fundamentos de direito*, São Paulo, RT, 2010.

y razones justificadoras. Según Atienza, decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificadora. Los órganos jurisdiccionales y administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones; tienen que justificarlas.<sup>(11)</sup> Esta distinción remonta a Carlos Santiago Nino, para quien:

... las razones explicativas se identifican con los motivos. Ellas son constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicativa o motivo es dado por la combinación de creencias y deseos (...) Las razones justificadoras u objetivas no sirven para comprender por qué se realizó una acción o eventualmente para prever la ejecución de una acción, pero para evaluarla, para determinar si fue buena o mala de puntos de vista distintos.<sup>(12)(13)</sup>

Pero eso implica que la decisión del juez envuelve elementos que no son exclusivamente jurídicos, como los valores, las ideologías en el sentido de justicia, que, quizás, no sirven para justificar el derecho en la modernidad, pero sirven para explicar su funcionamiento por medio de la actividad judicial.

Si poseyéramos una teoría de la decisión judicial desarrollada que fuera capaz de comprender por qué el juez se decide por esta y no por aquella interpretación, podríamos incluso alejar la idea de discrecionalidad de la decisión judicial, presupuesta por el positivismo jurídico para realizar el cierre estructural de su punto de vista sobre el derecho. Hart, por ejemplo, entiende que la textura abierta del derecho conduce necesariamente al problema de la discrecionalidad de la actividad judicial, y se refiere a esto exactamente al tratar de lo problema de las lagunas del derecho: "si un

(11) ATIENZA, MANUEL, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, São Paulo, Landy, 2000, p. 22.

(12) NINO, CARLOS, *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea, 2012. p. 126.

(13) Esto también remete a la distinción entre decidir la causa y justificar la sentencia (PALOMBELLA, GIANLUIGI, "La conoscenza nell'interpretazione (un modelo per la giurisdizione)", en J. Calvo González, *Verdad [narración] justicia*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998, pp. 71/142), que implica por su vez que "no obstante el hecho de que formalmente primero aparezca la regla general, después la descripción del caso y por fin la conclusión, en verdad el decisor tendría que construir la decisión por un procedimiento inverso, intuyendo, primero, la conclusión a la que debe llegar para después buscar, regresivamente, sus premisas" (RECASENS SICHES, apud FERRAZ JR., TERCIO SAMPAIO, *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 317).

caso presente se asemejase al caso estándar suficientemente en los aspectos relevantes es algo indeterminado. Así, la discrecionalidad dejada al juez por el lenguaje puede ser muy grande; entonces, si aplica la regla, el fallo, aunque no fuera arbitrario, ni irracional, es, en efecto, una elección.<sup>(14)</sup>

Hay una consecuencia evidente que deriva de esto: en la base de las teorías positivistas del derecho, como las de Kelsen y Hart, encontramos la convicción de que la actividad judicial no es al final una cuestión de conocimiento, pero una cuestión de autoridad, porque, no siendo capaz de regular su propia aplicación, toda norma está sujeta a una evaluación política de su adecuación al caso concreto.

Algunas teorías contemporáneas del derecho se han rebelado contra ese sesgo discrecional de la decisión impartido por las concepciones estrictamente positivistas del derecho. Un ejemplo de eso es la teoría de Robert Alexy,<sup>(15)</sup> en la que se pretende proveer criterios racionales para alejar la idea de que la aplicación del derecho se basa en un acto no controlable por la ciencia del derecho. Pero, al contrario de lo que piensa Alexy, la cuestión no puede ser solucionada por medio de lo establecimiento de reglas lógicas válidas universalmente, que determinarían cuál norma aplicar en un caso concreto, porque terminaría ser una contradicción performativa, acerca de la cual Hart parece estar más consciente que Alexy: ¿cómo sería posible reconocer si esta norma, que regula la aplicación de las demás normas, continua siendo una norma jurídica, y no una norma moral (o política, o ideológica)?

Otra teoría que intenta afrontar ese problema es la teoría de Ronald Dworkin,<sup>(16)</sup> quien intenta demostrar que es posible concebir la existencia de una única respuesta correcta en los casos difíciles, ejerciendo un juicio de adecuación no discrecional:

Si hay dos justificaciones igualmente posibles, teniendo en vista las normas jurídicas disponibles, una de ellas, entretanto, proporciona una mejor justificación que la otra si ella es superior

---

(14) HART, H. L., *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Clarendon, 1994, p. 127.

(15) ALEXY, ROBERT, *Teoría da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Landy, 2005; y, especialmente, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

(16) DWORIN, RONALD, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap, 1986; *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University, 1978; pero, especialmente, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University, 1985.

desde un punto de vista de la teoría política o moral. O sea, si ella se aproxima más a capturar los derechos que las personas de facto tienen.<sup>(17)</sup>

Estos intentos recientes de contribuir a la elaboración de una teoría de la decisión jurídica revelan que el hecho de que de la teoría del derecho se preocupe preponderantemente de las razones justificadoras no significa que no podríamos construir una teoría de las razones explicativas, con la cual podremos estudiar el proceso mental por medio de lo cual el juez llega a decidir, o sea, a elegir, entre todas las interpretaciones posibles, aquella que aplicará en el caso concreto.

No obstante, estas teorías no hacen más que tocar la punta del iceberg. Hay muchas más variables en la cuestión, y una de ellas es el sentido de la justicia compartido por el juez. Hay determinadas razones explicativas, o motivos, que determinan emocionalmente las elecciones metodológicas que el juez realiza en el plano de la justificación del fallo. Estas razones explicativas se componen de valores, ideologías, concepciones políticas y morales que integran su sentido de justicia, que puede ser definido como un sentimiento que corresponde a la percepción de opresión o de tratamiento parcial en la sociedad.<sup>(18)</sup> El sentido de justicia puede ser al mismo tiempo un sentido no articulado racionalmente y un juicio racional sobre una circunstancia o situación social. Cuando actúa sobre el sentido de justicia, la razón le proporciona coherencia y consistencia. Pero es un motivo anterior a la propia razón en el orden de la decisión, como ya lo indicaba David Hume, para quien

... el sentido de justicia no se funda en la razón, esto es, en la existencia de ciertas conexiones y relaciones de ideas eternas, inmutables y universalmente obligatorias (...) [Es] una preocupación con nuestro propio interés y con el interés público que nos hizo establecer las leyes de la justicia; y nada puede ser más cierto que el hecho de que no es una relación de ideas lo que da esa preocupación, pero todas las impresiones y sentimientos, sin los cuales todo en la naturaleza nos

(17) DWORKIN, RONALD, *A Matter of...*, op. cit., p. 143.

(18) SELLERS, MORTIMER, "Law, reason and emotion", en *World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (XXVI)*. *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, Belo Horizonte, 21-26 July 2013, Belo Horizonte, Forum, 2013, pp. 125 y 126.



sería enteramente indiferente e incapaz de no afectar, por menos que fuera. El sentido de justicia (...) no se funda en nuestras ideas, pero en nuestras impresiones.<sup>(19)</sup>

El sentido de justicia surge como una reacción emocional a la injusticia, que puede haber sido practicada tanto contra otras personas como podría haber sido practicada contra nosotros. Ello es siempre la primera herramienta que provee una respuesta para los casos concretos, y su importancia reside exactamente en el hecho de que provee un primer motivo para que las personas actúen,<sup>(20)</sup> aunque corregible por la razón. Esa no es una idea extraña para los juristas. Pablo Lucas Verdú, por ejemplo, afirmó que "el sentimiento jurídico aparece como afecto más o menos intenso por lo justo y lo equitativo en la convivencia. Cuando tal afecto versa sobre la orden fundamental de aquella convivencia, tenemos el sentimiento constitucional".<sup>(21)</sup> Tal sentimiento constitucional, cuando va unido a la comprensión conceptual del texto constitucional, es lo que proporciona una constitución viviente.<sup>(22)</sup>

De entre otros factores, el sentido de justicia de uno es profundamente influenciado, ideológica y políticamente, por las concepciones acerca de lo que es lo justo de una sociedad, aunque esas concepciones actúen generalmente apenas en un nivel inconsciente. Y es lo mismo lo que se pasa con los jueces.

Las concepciones que informan lo sentido de justicia pueden ser clasificadas en dos grandes grupos, que llamaremos de comunitarismo y liberalismo.

Es necesario aclarar aquí lo que significamos con "comunitarismo" y "liberalismo". Con estas palabras se comprende una gama muy diversa de teorías. ¿Cómo es posible que autores tan distintos como Rawls, Quesnay y Nozick sean clasificados como liberales? ¿O que Sandel, Walzer y MacIntyre sean clasificados como comunitaristas?

Debemos evitar un rasgo realista que permea las discusiones académicas y explicar lo que significa liberalismo y comunitarismo en este texto. No se trata de indicar las posiciones políticas de uno (que pueden ser de izquierda o derecha, sea el comunitarista o liberal), pero de indicar cómo uno concibe el fundamento de la organización social. Si uno cree que este

---

(19) HUME, DAVID, *Tratado da natureza humana*, São Paulo, UNESP, 2001, p. 536.

(20) SELLERS, MORTIMER, "Law, reason...", *op. cit.*

(21) VERDÚ, PABLO LUCAS, *O sentimento constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 53.

(22) VERDÚ, PABLO LUCAS, *O sentimento...*, *op. cit.*, p. 73.

fundamento es un orden necesario (probablemente presupuesto en la propia naturaleza), uno será clasificado aquí como comunitarista, mientras que si uno cree que el único fundamento para la organización social es la voluntad, uno será clasificado como liberal (lo que hace de Habermas y de Posner liberales, por ejemplo). El derecho, para los liberales, es sencillamente un arreglo político entre los ciudadanos para permitir su convivencia en la sociedad,<sup>(23)</sup> mientras para los comunitaristas el derecho posee un contenido moral relativamente autoevidente que puede ser conocido por la razón.

El comunitarismo se caracteriza por afirmar que existe una finalidad substantiva inherente a la organización social que podría ser identificada con la busca del bien común, mientras que el liberalismo implica una perspectiva procedimental que, renunciando a una perspectiva teleológica y substantiva (por creer que ninguna concepción acerca de lo que es lo justo puede ser evaluada como superior a las demás) entiende que, fundamentándose el derecho apenas en la voluntad de aquellos que integran una sociedad, las normas jurídicas serían apenas la fijación de un criterio, en sí mismo aleatorio y contingente, acerca de cómo los individuos deben actuar. Mientras en el comunitarismo el fundamento del derecho y de la justicia es el bien de la comunidad, en el liberalismo su fundamento es sencillamente la voluntad de los individuos. El comunitarismo presupone una cierta homogeneidad entre los participantes de la comunidad, al menos con relación a los fines que persiguen en la vida en común, razón por la que es posible que el buen gobierno sea realizado por apenas una persona, mientras el liberalismo presupone que haya un disenso de fondo con relación a esos fines, razón por la que sería necesario establecer un sistema político de convivencia entre los diversos proyectos individuales, que se consolida en la representación política ejercida por los agentes elegidos por medio de lo voto o de otros mecanismos y presupuestos políticos.

Ahora, el modo como se constituyó la modernidad, con la prevalencia del individuo como fundamento de la vida social, punto de vista compartido, por ejemplo, por las teorías del contrato social, y con la pluralidad de proyectos acerca de lo que sea la vida buena, parece indicar que es imposible, en la modernidad, renunciar al liberalismo en favor del

---

(23) Creo que es por esto que Rawls se vio obligado a migrar de una justificación moral del derecho en *Una teoría de la justicia* hacia una fundamentación política en *El liberalismo político*. Una fundamentación moral del derecho sería, por decir lo menos, muy exigente, una vez que no hay, según los liberales más consecuentes, una supermoral con la cual se podría evaluar las morales individuales o regionales.

comunitarismo. La idea de la superioridad de un bien sobre otro, presu- puesta por el comunitarismo, puede ser útil en la moral, pero parece ser dañina en el derecho y en la política modernos.

Vamos a analizar ahora dos decisiones judiciales para verificar el sentido de justicia subyacente a cada una de ellas para entonces comprender por qué el comunitarismo puede ser una concepción tan dañina en una democracia pluralista como la compartida por las sociedades occidentales contemporáneas. Vamos a cotejar la decisión acerca de la extensión de los efectos de la las uniones conyugales no maritales a las uniones ho- moafectivas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en la *ADIN 4277*, y la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sobre la ley federal conocida como *Defense of Marriage Act (DOMA)* en el caso *United States v. Windsor*.

Así como, en Brasil, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que los efectos de unión conyugal no marital heterosexual eran extensibles a las uniones homosexuales, considerando inconstitucionales las leyes estatales que restringían esto derecho. Pero, a diferencia de lo que sucedió en Brasil (en que la decisión ocurrió por unanimidad), la sección 3ª de la DOMA sobre la definición de matrimonio (que lo concebía tan solamente como la unión entre un hombre y una mujer para fines de la aplicación de las leyes federa- les) fue declarada inconstitucional con base en la 5ª emienda por una apreta- da mayoría y con la consecuente redacción de un *dissent* por el juez Scalia.

El *leading case United States v. Windsor* es ligeramente diferente del caso brasileño, pues está relacionado también a las particularidades del federa- lismo norteamericano. Es que la nueva ley federal norteamericana negaba efectos civiles a las uniones homoafectivas realizadas en algunos de los Estados que, en sus derechos, permitían este tipo de unión. La *opinion* fue redactada por lo juez Kennedy, que afirmó:

La ley federal es inválida, una vez que ninguna finalidad legiti- ma supera la finalidad y el efecto de menospreciar y perjudicar aquellos a quien los estados, por sus leyes de matrimonio, inten- ten proteger en su personalidad y dignidad. Procurando colocar de lado esta protección y tratando aquellas personas como vi- viendo en matrimonios menos respetables que los otros, la ley federal está violando la 5ª emienda.<sup>(24)</sup>

---

(24) SUPREMA CORTE, EEUU, *USA v. Windsor*, 570 U.S., 2013, at 25-26, slip op.

Según su punto de vista, la legislación federal violaría el deseo de tratamiento igualitario originalmente presente en la Constitución norteamericana, violando, por consiguiente, el deseo del pueblo que ella consolida.

Pero el juez Scalia redactó en su *dissent*:

... esto case es sobre el poder en diferentes aspectos. Es sobre el poder de nuestro pueblo de gobernar a ellos mismos, y el poder de esta Corte de pronunciar el derecho. La decisión de hoy engrandece la última de ellas, con la consecuencia previsible de disminuir la primera. Tenemos el poder de decidir este caso. E incluso si lo hacemos, no tenemos ningún poder de invalidar una legislación democráticamente adoptada.<sup>(25)</sup>

Lo que tanto la *opinion* cuanto el *dissent* revelan en este caso es la presencia de una concepción típicamente liberal del derecho en la Suprema Corte norteamericana, que se ve a sí misma como un poder político que se origina en la voluntad del pueblo como los demás dos poderes. Para esa concepción típicamente liberal, el fundamento del derecho es la voluntad expresa en un mecanismo por medio del cual el poder regulativo que la naturaleza podría ejercer sobre la sociedad es interrumpido por el ejercicio de la voluntad. Habría, por lo tanto, una pretensión de rescatar en sentido original de la Constitución por detrás de ambos los posicionamientos, aunque el juez Kennedy recuse para sí el adjetivo de "originalista".<sup>(26)</sup>

La tesis básica del originalismo es que existe una diferencia radical entre interpretar (que es función de la Corte) y crear el derecho (que es función del Congreso),<sup>(27)</sup> y no hacer esta distinción sería empoderar por demás a

(25) SUPREMA CORTE, EEUU, *USA v. Windsor*, 570 U.S., 2013, docket 12-307, Scalia, J., dissenting slip op.

(26) Es muy difícil clasificar al juez Kennedy, una vez que es el elemento cambiante de la Corte, que generalmente decide los casos difíciles. Gregory Maggs dijo que el juez Kennedy considera que las fuentes originales (como *El Federalista* y las actas de los congresos continentales norteamericanos) son importantes para establecer la moldura de las cuestiones constitucionales (MAGGS, GREGORY E. "Justice Kennedy's use of sources of the Original Meaning of the Constitution", *G. W. Law Scholarly Commons*, 2013 [en línea] [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=faculty_publications), consultado en noviembre de 2014). Pero Maggs no tiene elementos suficientes para decir si es o no un originalista. Hay muchos que lo clasifican como originalista (CHEMERINSKY, ERWIN, "Against Sovereign Immunity", en *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 53, p. 1201 a 1224, mayo 2001), y nosotros creemos que, al menos en este fallo, desarrolló un argumento veladamente originalista.

(27) BENNET, ROBERT W.; SOLUM, LAWRENCE B., *Constitutional Originalism: A debate*, Ithaca, Cornell University, 2011. Ver también GREENE, JAMAL; PERSILY, NATHANIEL y ANSOLABEHRE, STEPHEN, "Profiling Originalism", en *Columbia Law Review*, New York, vol 111, issue 2, pp. 356/418, marzo

los jueces, e incluso amenazar la configuración democrática de una sociedad. Según Rappaport,<sup>(28)</sup> lo que los jueces pretenden en el originalismo es, exactamente, rescatar la voluntad del pueblo en el desarrollo de la Constitución como legislación ordinaria. Para el juez Kennedy, la intención original del constituyente sería proteger todos los tipos de uniones entre individuos libres y capaces de consentir. Para Scalia, su intención sería proteger la unión heterosexual y monogámica contra otras formas de unión que podrían desestructurarla.

Mientras tanto, el juzgado brasileño se asentó en otras bases, orientado por un comunitarismo casi imperceptible, como ya se lo demostró con relación a otros juzgados:<sup>(29)</sup> la idea, por demás peligrosa, de que a constitución no es tan buena cuanto se les gustaría, la idea de que existe un sentido de justicia más allá de la Constitución, según el cual la voluntad de un pueblo no puede ponerse encima de lo que es el justo (al menos en la opinión acerca de lo que es lo justo para los once ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil).

Hay aquí, por supuesto, una cierta arrogancia de los miembros del Supremo Tribunal Federal, como indicó Streck,<sup>(30)</sup> una vez que ellos se ven como capaces de descubrir lo que es lo cierto y lo errado a pesar de la voluntad popular. Esto resulta claro en la decisión de la *ADIN 4277*. Ayres Britto, por ejemplo, invoca un principio igualador de justicia para orientar su decisión, y lo hace contra el texto de la Constitución, diciendo que “estamos a lidiar con normas que no distinguen la especie femenina de la especie masculina, como no excluyen cualquier de las modalidades del concreto uso de la sexualidad de cada persona natural” (637/13). Para decirlo de otra manera, el constituyente, si lo quisiera, podría haber dicho que el matrimonio y la unión conyugal no marital se realizan entre dos personas,

---

2011; HUSCROFT, GRANT y MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, Cambridge University, 2011; SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA, “Deciding without deliberating”, en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, pp. 557/584, 2013.

(28) RAPPAPORT, MICHAEL B., *Originalism and the Colorblind Constitution*, University of San Diego School of Law, 03/04/2013, [en línea] [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2244610#%23](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244610#%23), consultado en diciembre 2013.

(29) CITTADINO, GISELE, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

(30) STRECK, LÊNIO, “Sobre a decisão do STF (união homoafetiva)”, [en línea] <http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>, consultado en diciembre de 2013.

pero le prefirió decir entre “un hombre y una mujer”, y hay que llevar en serio esta decisión.

Ya el ministro Lewandowsky va más allá, y dijo que la interpretación que el Supremo Tribunal Federal dio a la norma del art. 1723 CC<sup>(31)</sup> contrariaría la propia discusión establecida en el momento constituyente:

En las discusiones realizadas en la Asamblea Constituyente, la cuestión del género en la unión estable fue ampliamente debatida, cuando se votó el dispositivo ahora discutido, concluyéndose, de modo inequívoco, que la unión conyugal no marital abarca, exclusivamente, personas de sexo distinto (...) Los constituyentes, como se ve, después de debatir el asunto, optaron inequívocamente por la imposibilidad de abrigar la relación entre personas del mismo sexo en el concepto de unión conyugal no marital (...) No hay acá (...) cómo pensar en una mutación constitucional o igualmente proceder a una interpretación extensiva del dispositivo en foco, ante los límites formales y materiales que la propia ley mayor establece en lo tocante a tales procedimientos, comenzando por lo que se refiere al apartado III de la fracción 4ª del art. 60, que erige la separación de poderes a la dignidad de cláusula pétrea, que siquiera puede ser alterada por medio de enmienda a la constitución (711/4 a 712/5).

A pesar de la divergencia entre ellos sobre lo que pretendía el constituyente al establecer la unión conyugal no marital como unión entre un hombre y una mujer, todos los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil votaron unánimemente por la extensión de los efectos de aquella a las uniones homoafectivas. Los ministros brasileños decidieron así movidos por un sentido de justicia contrario a los resultados implícitos en el texto del Código Civil, e incluso de la Constitución.

Un sentido de justicia liberal orienta la decisión de la Suprema Corte Norteamericana, mientras un sentido de justicia comunitarista orienta la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil. El problema no es, por supuesto, lo que decidieron (prácticamente lo mismo, en sus resultados, en

---

(31) El artificio utilizado por los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil para no juzgar inconstitucional la norma del art. 226 de la Constitución fue decidir sobre el texto del Código Civil sin ejercer ningún control sobre el texto de la Constitución, repetido por el Código Civil.

ambas ocasiones), sino la concepción por detrás de ambas y las razones por las que cada tribunal llega a su decisión.<sup>(32)</sup>

Como ya lo dije, un sentido de justicia comunitarista puede ser un problema en una sociedad occidental contemporánea, como la brasileña, cuyos miembros no comparten un proyecto común acerca de cuál es el objetivo de la vida en sociedad así como no comparten una moral única. Y este sentido de justicia comunitarista es un problema exactamente porque permite a un juez afirmar una concepción acerca de lo que es el bien y lo justo, o, más precisamente, que su concepción acerca de lo que es el bien y el justo deba prevalecer sobre todas las demás. Estos son jueces iluminados, que saben lo que es lo mejor para todos. Para utilizar la expresión de Dworkin, estos jueces están implementando *policies* (políticas públicas), y no derechos, por medio de un supuesto activismo judicial.

Pero solamente el pueblo puede saber lo que es lo mejor para sí y, por lo tanto, solamente él puede establecer el derecho que reglará la sociedad. Rechazando concebirse como un poder entre los demás poderes, rehusándose a concebirse como un poder político, el poder judicial en el Brasil logró tornarse, a través de un golpe imperceptible, en el poder constituyente.



---

(32) Si yo fuera uno de estos once jueces brasileños en una sociedad pluralista como la configurada por la Constitución brasileña, probablemente también tendría reconocido el derecho de los homosexuales a constituir una familia, pero seguramente yo hubiera indicado razones jurídicas y no morales, aunque sus motivos morales sean compartidos por mí. Por ejemplo, uno puede seguramente cuestionar qué significa "hombre" y "mujer" en el texto de la Constitución. ¿Es una cuestión anatómica, que se resuelve en los hospitales, o es una cuestión antropológica? Podría incluso argumentar que este texto normativo representa un concepto jurídico indeterminado (GRAU, EROS R., *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 61/67) y que es necesario evacuar su contenido moral para que todavía tenga sentido 20 años después de su promulgación. Pero los jueces prefirieron desarrollar un argumento exclusivamente moral para decidir, y esto es el problema de su fallo.

# Argumentación jurídica a partir de la Constitución<sup>(1)</sup>

RAFFAELE DE GIORGI<sup>(2)</sup>



**Palabras clave:** derecho - razón - Constitución - democracia.

1.

El pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo pasado, aquel que se había formado sobre la herencia del Estado nacional del final del siglo XIX, aquel pensamiento que habría sido erradicado del viejo constitucionalismo, se había producido en el ámbito de un Estado cuya centralidad se expresaba en la autoridad de la ley: el derecho positivo había hecho manifiesta la superación del privilegio y de la desigualdad y la supremacía del poder se expresaba en la supremacía de la ley. Sus caracteres eran

---

(1) El autor agradece la preciosa ayuda de Guilherme Leite Gonçalves y Javier Espinoza de los Monteros Sánchez. Traducido del italiano por Javier Espinoza de los Monteros.

(2) Doctor en Filosofía (Universidad de Roma "La Sapienza"). Profesor de Filosofía en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salento, Lecce. Profesor de Sociología del Derecho. Fundó con Niklas Luhmann el Centro de Estudios sobre el Riesgo en la Universidad de Lecce (hoy del Salento). Profesor de la Universidad de Camerino, Bolonia, Salerno, Nápoles. Ha sido profesor visitante en Alemania, Argentina, México y Brasil. Actualmente realiza investigaciones en: memoria; nuevas formas de esclavitud y formas de exclusión social; así como en derecho y literatura. Entre sus obras se destacan: *Wahrheit und Legitimation im Recht* (edición reducida en español como: *Ciencia del Derecho y Legitimación*); *Materiali per una teoria sociologica del diritto*; *Azione e imputazione. Semantica e critica di un principio nel diritto penale*; *Teoria della società* (en coautoría con Niklas Luhmann); *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*; *Direito, tempo e memoria*; *Temi di Filosofia del diritto* (2 vols.).



la certeza de la voluntad, el orden de las acciones, la congruencia de los medios y de los fines, la igualdad de todos frente a la ley, la independencia de un juez sometido solamente a la ley; y después: la centralidad de lo público, la estabilidad del orden, la exclusividad del derecho del Estado, la tutela de la propiedad privada.

La primera mitad del siglo breve se cerraba con el eco de los gritos de millones de muertes y con el dolor grabado en la memoria de los vivos. Ellos podían ser amortiguados solamente por la expectativa de un futuro en el cual una universal razón cosmopolita hubiera podido garantizar a los individuos de frente a los Estados, el derecho de frente al poder, las diferencias de frente a las homologaciones, el igual acceso de todos a los bienes sociales, el espacio de una comunicación libre. En estas expectativas se expresaba la necesidad de control de la violencia de los Estados y del derecho de la ley, la necesidad de reconocimiento de la individualidad de los individuos, de su capacidad de autorepresentación. El recorrido que siguió fue la **constitucionalización de la relación entre derecho y política** y la inclusión constitucional de un **catálogo de los derechos fundamentales**, los cuales, a decir verdad, habían sido proclamados ya un siglo y medio antes y habían sobrevivido a una noche infinita durante la cual habían podido coexistir con la más negra esclavitud y con los inmensos guetos en los cuales fueron marginados y explotados los antiguos y los nuevos condenados de la tierra.

## 2.

Constitucionalizar la relación entre derecho y política significaba fijar los presupuestos de una continua reapertura de la circularidad de política y derecho: significaba romper la jerarquía que colocaba la política al vértice de la sociedad, significaba condicionar al mismo tiempo la inmunización recíproca y la recíproca conexión de la política y del derecho. Aquella política era todavía la política de las grandes narraciones del mundo, la política de las grandes filosofías de la historia, la política que relataba la libertad de los individuos y la igualdad, el libre acceso de todos a la comunicación social, la sociedad como universo público de recíproco sostén y protección. Era la política de las libertades del acceso y de la inclusión, del tratamiento de las diferencias y del incipiente reconocimiento de la diferencia de las visiones del mundo. Y el derecho de aquella política se construía con fatiga su clausura, mientras su selectividad era escasamente resistente respecto a las diferencias y a las formas de la exclusión que el

pasado de dependencia había dejado en herencia. El derecho de aquella política era el derecho que debía inmunizar la sociedad contra sus amenazas internas, porque, de este modo, los derechos fundamentales habrían podido finalmente realizar la función por la cual habían sido inventados: asegurar estabilidad a la forma de la diferenciación social típicamente moderna. Era una política de los derechos que buscaba y obtenía, mediante los derechos, su inmunización y al mismo tiempo el reconocimiento de su expansión en las formas, también ellas legitimadas por los derechos, del Estado social y del Estado de bienestar: nombres con los cuales estábamos acostumbrados a definir aquella particular condición de recíproca expectativa del reforzamiento de la selectividad de la política mediante incremento de la selectividad del derecho. El derecho de la política de los derechos expresaba el límite de aceptabilidad social de la transformación de la realidad de la exclusión en expectativa de la inclusión, este representaba el umbral de la materialización, es decir, de la especificación de los universalismos que las constituciones expresaron. Política y derecho tenían la función de temporalizar los contenidos constitucionales. En este sentido ellos realizaban las constituciones.

Inventados como libres los individuos con su actuar realizaban siempre y sin embargo la constitución: la constitución **es**, no **debe ser**. Pero al mismo tiempo se debía decir también que la constitución **debe ser**, no **es**: ella diseñaba horizontes cuyas determinaciones correspondían a la política que delimitaba espacios en la forma de derecho. La constitución era de todos, como el mundo que es el límite de la sociedad.

Interpretar la Constitución. Concretizarla. Era esta la preocupación que orientaba el interés del constitucionalismo tradicional. Era el trabajo teórico al cual los antiguos padres dedicaban sus cuidados. En el curso de la interpretación constitucional, decía uno de ellos, la Constitución resulta siempre actualizada.

A la interpretación era confiada la tarea de encontrar el resultado constitucionalmente correcto mediante un procedimiento racional y controlable, y de motivar este resultado en un modo también él racional y controlable, realizando así condiciones de certeza y previsibilidad del derecho. En realidad, constitucionalmente correcto es el resultado que es considerado aceptable, que se considera tolerable, que se cree no supera el umbral de lo que se puede tratar como racionalmente motivado; mientras certeza del derecho significa que es legítima la expectativa que cada decisión interpretativa será

tomada en base al derecho. Pero es precisamente esta certeza la que hace posible la previsibilidad como apertura de un futuro en el cual, cualquiera que sea la decisión que habrá sido tomada, se sabrá cómo comportarse.

La necesidad de exponer la Constitución excluía, naturalmente, cada tipología interpretativa que hiciera pensar en subsunción del caso, o a cualquier comportamiento que pudiera ser marcado como positivista: ella no era ciertamente ligada a la idea del descubrimiento de la voluntad del constituyente: se debía suponer, en efecto, que el resultado de la interpretación fuera la realidad de la Constitución y que sobre aquella realidad el constituyente no pudiera haber decidido. La Constitución ofrecía puntos de sostén, numerosos, múltiples, pero necesariamente incompletos: ella no perseguía objetivos, cuya realización pudiera ser objeto de la interpretación. La Constitución no tiene un objetivo. Por otra parte, ¿cómo puede tener un objetivo la Constitución que, según Häberle, “es la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”? La primera consecuencia es esta: el custodio de la Constitución es el Tribunal Constitucional en su carácter de “Tribunal *sui generis* de la sociedad (en su totalidad)”. Mediante el Tribunal, la sociedad interpreta a sí misma: y en efecto, “las constituciones vivientes son obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta”. El derecho procesal constitucional es el *medium* por el cual la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” materializa la constitución. Dice Häberle: “El derecho constitucional material, el derecho que se vive, surge a partir de una diversidad de funciones que han sido percibidas de manera correcta: las funciones del legislador, del juez constitucional, de la opinión pública, del ciudadano, pero también de las funciones del gobierno y de la oposición”.<sup>(3)</sup> Otro estudioso, de carácter, digamos así, más moderno, proclama: “La interpretación constitucional debe volver a la ciudadanía”. Y para evitar equívocos explica:

Ello no es lo mismo que decir que la interpretación final debe ser el resultado de decisiones plebiscitarias o de *aplausos* masivos (o, peor aún, el producto de una Corte elegida por el pueblo). Sostener que la interpretación final debe volver a la ciudadanía quiere decir que esta última debe recuperar control sobre

---

(3) HÄBERLE, PETER, *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 147.

el derecho y que el derecho debe comenzar a vincularse con igualitarios procesos de discusión pública, hoy completamente ausentes de nuestro horizonte democrático.<sup>(4)</sup>

### 3.

El siglo breve ha concluido algunos años antes de su fin temporal: los últimos pedazos de su historia trágica han caído atropellados por las piedras de un muro sobre el cual millones de personas se ilusionaban de correr hacia un futuro que la historia les había absurdamente negado. Aquellas piedras sepultaban también las esperanzas que, precisamente a sus inicios, habían hecho correr aquel siglo tras las banderas de la última gran filosofía de la historia, banderas que los crímenes de régimen habrían arrancado para siempre.

En sustancia se pedía la realización de una democracia de los derechos que fuera capaz de partir también los vínculos y las constricciones de aquella política de los derechos que se había afirmado en Europa occidental por todo el medio siglo precedente; una democracia de los derechos que en la Europa que quería superar el muro no había sido nunca realizada si no en la forma de la violencia de una política moralizada, mientras en otras regiones del globo se había expresado en modos diferentes, pasando de la tiniebla de las dictaduras a los crepúsculos del Estado del siglo XIX.

No se pedía solo una democracia política, una democracia de la representación, de la legalidad y del derecho del Estado. Esta democracia se había ya impuesto como la forma moderna de la democracia y se habría podido fácilmente expandir también en las regiones en las cuales hubiera sido bloqueada. La democracia que se exigía habría debido reconocer el espacio originario de los derechos subjetivos como el lugar en el cual se expresara el poder difundido en la sociedad de la cual los individuos se habían reapropiado y de la cual, por tanto, se habían vuelto otra vez titulares: ellos, por esto, pretendían del Estado tutela de aquel espacio y, por la experiencia reciente, pretendían tener tutela también respecto del Estado: una protección que podía ser garantizada solo mediante el recurso al texto fundamental en el cual aquellos contenidos habían sido fijados como originarios y por tanto, precisamente por

(4) GARGARELLA ROBERTO, "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina", [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/6.pdf>

esto, como irrenunciables, irreducibles, indecibles. Los individuos, en otros términos, pedían el reconocimiento del carácter originario de su individualidad, es decir, pedían que sus expectativas, relativas al modo en el cual la política trataba sus espacios originarios, pudieran ser evaluadas y, fueran reconocidas como legítimas o, en caso de que se reconociera que habían sido violadas, pudieran sin embargo ser hechas valer.

Esta democracia habría debido exaltar el carácter de fundamento que caracteriza el poder originario de los individuos; habría debido ponerlo al amparo como ineludible condición de su capacidad de afirmarse como individuos y como requisito de su individualidad jurídica y política; aquel poder debía ser puesto a resguardo en un lugar que no es el lugar de la política, que no es el lugar del derecho, pero es el espacio inobservable de **la unidad de su diferencia**. En aquel espacio no solo los derechos son originarios, sino el espacio mismo adquiere un carácter originario, un carácter constitutivo, un carácter de continua refundación, de continua redeterminación de sí mismo. La unidad de una distinción no se ve, naturalmente. Y así aquel espacio no se ve. Aquel espacio es como para Kant la razón: es el inicio del tiempo, en el sentido que el presente comienza siempre de aquel punto, de aquel lugar, que precisamente por esto es la razón, no solo su lugar. Es la razón del viejo iluminismo que se determina de sí, que habla solo de sí. El espacio y la razón: es el caso de preguntarse si: *the same is different?*, o bien *the different is the same?*

La originalidad de los derechos está en la razón; la razón es, no debe ser. Ella es el límite, es decir, el inicio, pero también el fin, es el tiempo que no tiene tiempo. Ella, por tanto, no puede ser medida: la razón es imponderable, ella no tiene peso, no puede ser sopesada, evaluada. La razón se mide de sí. Para usar una frase famosa, podemos decir que la razón actúa como "cualquier cosa que estaba dentro del sistema, sale del sistema y actúa sobre el sistema como si estuviese fuera del sistema". Pero aquí la razón es el sistema. Es la razón de los derechos fundamentales que domina cualquier otra razón.

Esta democracia se llama **democracia constitucional**, así como el Estado que organiza su funcionamiento se llama **Estado constitucional**.

#### 4.

La actuación constitucional, por tanto, la democratización de la sociedad y la realización de los derechos, está encontrando en la magistratura un nuevo protagonista. Cambia la concepción

de la interpretación jurídica: no más actividad técnica, deducción mecánica, silogística, sino elección, equilibrio de los intereses, referencia a valores y a principios (*lato sensu*) políticos.<sup>(5)</sup>

Así escribía tiempo atrás un historiador del derecho, quien, a la resistencia de los tradicionalistas —según los cuales la función del juez debe ser aquella **apolítica** del tercero neutral, de aquellos que toma distancia de los conflictos sobre los cuales debe decidir— oponía que los innovadores sostienen que:

... la obra del juez tiene una dimensión (también) valorativa y encuentra sin embargo en la constitución su punto de fuerza; y precisamente porque el juez mira a la constitución como su criterio base, él debe contribuir a la modificación del ordenamiento existente mediante una creciente realización de la igualdad y de los derechos. La lucha por los derechos (por medio de los derechos) "él concluía, citando a otro historiador del derecho" cuenta ahora al juez entre sus protagonistas. En nombre del nexo entre derechos, democracia y constitución, se hace adelante un juez protagonista; un juez que se propone como un *policy-maker*, llamado a realizar los derechos constitucionalmente garantizados, orientándose según principios éticamente y políticamente exigentes.<sup>(6)</sup>

En la forma de la democracia se ha realizado una profunda evolución, en el sentido de que los conflictos que antes eran sentidos como conflictos políticos ahora vienen siendo siempre más vividos y tratados como conflictos jurídicos; así como también el significado de las pretensiones de los individuos respecto del Estado, que antes tenían el carácter exclusivo de las reivindicaciones políticas, tiene sentido o significado jurídicamente relevante, y la reivindicación adquiere el carácter de pretensión dotada de legitimidad jurídica, digna de protección jurídica, porque está anclada en la constitución y por tanto está constitucionalmente garantizada.

Pero, el nexo entre democracia y constitución, se explicaría también por motivos más estrechamente ligados a la forma del tratamiento político

(5) COSTA, PIETRO, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2006.

(6) COSTA, PIETRO, *Democrazia...*, *ibid.*

de los conflictos. En el sentido de que la política está siempre más indisponible a afrontar directamente cuestiones —como se dice— éticamente exigentes, cuestiones respecto a las cuales ella no logra valorar cuán alto pueda ser el riesgo del consenso. Y por esto la política cedería el espacio decisional al derecho, a la valoración del juez, el cual puede recurrir no más a la boca de la ley, sino a aquella reserva de certezas que está fijada en la Constitución. Este juez, de frente al caso por decidir, no puede más recurrir a la *ratio* del hecho y de la norma, como pretendía la hermenéutica de tipo positivista: él no funciona más como “válvula de clausura del sistema”, porque el sistema no puede más ser cerrado en virtud de una simple identificación de la norma y del hecho. El juez debe recurrir a otra *ratio*, una *ratio* universal, no específica, no petrificada en su singularidad, a una fuente de sentido inagotable, como es la razón, o la sedimentación jurídico-política de su universalización, que es, precisamente, la Constitución.

## 5.

El modo de argumentar en el derecho constitucional se parece al estilo de argumentar en el derecho natural, ha escrito Zagrebelsky. Sigamos sus argumentaciones. Los principios del derecho natural han sido incorporados en las constituciones. En el Estado constitucional, las normas de principio desarrollan una función correspondiente a aquella que en el Estado preconstitucional era desarrollada por la dogmática jurídica. Las normas constitucionales, en efecto, son normas de principio. Ellas se colocan, según esta visión, entre los valores —que tienen una función axiológica y son relativos a bienes finales— y las reglas que son calificaciones determinadas y sin alternativas y de inmediata aplicación. Los principios, en cambio, serían “bienes iniciales”. Ellos son normas, como otros, pero lo son al máximo grado. Su excedencia de contenido deontológico, como decía Betti, no es una excedencia de carácter sintético, como se podía decir de los principios generales del derecho, los cuales podían ser derivados inductivamente del ordenamiento jurídico. Los principios constitucionales tienen función constructiva, ellos desarrollan una función intermediaria entre caso y derecho. Los principios son **axiomas del orden jurídico**: “ellos afirman una razón que, en los casos en los cuales se puede implicar al principio, empuja en una dirección, sin indicar, sin embargo, cuál específica acción o decisión es necesaria en el caso particular”. Los principios son **normas sin supuesto normativo predeterminado** y con **prescripción genérica**. Es esta su diferencia respecto a las normas que se llaman reglas.

El derecho constitucional actual tiene de inmediato una mutación genética que tiene como resultado la centralidad de los principios: “el principio de igualdad, entendido como imperativo de adecuación a las situaciones concretas (igualdad-diferenciación)” niega el carácter general y abstracto de la regla, la cual tiene inmanente la función de realizar la “igualdad-homologación”, porque ella trata a todos, de modo indiferenciado, como sujetos a una ley abstracta. En los casos en los cuales se exigen adecuaciones y apreciaciones, la regla general retrocede de frente al principio que hace posible de este modo una personalización del derecho: la ley puede ser mecanizada, aplicada en modo serial, el principio permite tratar “la persona como objeto irrepetible”.

Un principio, para que pueda operar, debe ser concretizado, es decir, él debe ser traducido en una fórmula que sea dotado de un supuesto, referido a un hecho, y de una consecuencia que a ella deba conectarse. El legislador puede concretizar un principio, pero puede hacerlo también el juez. El cual no crea derecho, porque el caso, del cual él se ocupa, recae ya bajo el derecho. El juez deberá razonar constructivamente sobre el caso a la luz del principio.

El juez no procede, naturalmente, de modo silogístico: él razona, es decir, argumenta según un procedimiento que no es formalizable, que es hecho de inferencias del caso a la luz del principio y deducciones del principio a la luz del caso. Y esta es una imagen que Zagrebelsky deriva de imágenes análogas expuestas por Kaufmann más de cuarenta años atrás. Con consecuencias diversas, se entiende. En efecto: los principios tienen la función de hacer posible la “deducción conforme del juicio de valor sobre el caso por decidir que es elemento de la categorización del hecho” y “la determinación de la norma que sobre la premisa de tal juicio, se aplica al caso”.

El principio adquiere así una colocación particular: él sirve de *medium* entre el valor y la regla; sobre el plano teórico se abre al valor y sobre el plano práctico se abre a la regla. Mediante los principios, continúa Zagrebelsky, el mundo de los valores se abre al derecho y el derecho se abre a los valores.

Quisiera intentar explicar por qué una ingenua apoteosis de la argumentación y su transformación en teoría del derecho y de la justicia, lleva consigo una gran mentira y una regresión evolutiva.



Según el neo-pensamiento la argumentación a partir de la Constitución sopesa, valora, pondera, es ejercicio de la razón que encuentra la razón en el derecho, dice la verdad, determina el sentido mediante el cual la sociedad describe la propia identidad, es puente que liga ser y deber ser.

Nosotros decimos, más realistamente, que la argumentación que usa argumentos para llegar a una decisión, en realidad es una técnica de la distinción mediante la cual se decide cuales distinciones distinguir, es decir, se decide qué cosa distinguir y de qué cosa distinguir y después se motiva porque se ha decidido de este modo y no de otro. Si argumentar significa excluir y motivar, la argumentación es una técnica de la discriminación que incluye a sí misma en el proceso de su activación. Esto significa que la argumentación se funda a sí mediante sí misma. Los buenos motivos que excluyen los malos motivos son construidos en la argumentación, ya que no existen motivos buenos en sí y motivos malos en sí: la argumentación, en efecto, argumentando, justifica la eventual exclusión en el futuro de buenos motivos pasados, motivando, así, con su diferencia su identidad, es decir, motivando su cambio de opinión. En este sentido la argumentación opera como la razón porque se funda siempre y en todo caso sobre sí misma. La argumentación, entonces, no usa la razón: es ella misma la razón. Ella es, precisamente, razón de sí misma.

Todo esto adviene, construye, es un recorrido comunicativo: la argumentación, en efecto, es la compleja organización de un complejo de observaciones que viene expuesta a la observación de otra argumentación, es decir, de otro recorrido de discriminación.

La argumentación permite al sistema del derecho observarse en razón de su capacidad de discriminar y de conferir a sí mismo sentido en la forma de la consistencia de sus decisiones. Los motivos son, como ha largamente explicado Luhmann, distinciones de un observador que tienen el efecto de excluir. A diferencia de lo que afirma el neo-pensamiento, los principios no tienen contenido. El contenido de los principios se origina como consecuencia de su aplicación argumentativa: antes de aquella aplicación el principio es semánticamente vacío. Este, en efecto, es todavía la unidad de la diferencia de lo que es excluido y de lo que es incluido mediante la argumentación. Con la argumentación el principio se vuelve un condensado semántico. Este condensado es el concepto inmanente al principio. Pero la inmanencia es atribuida, no, por decir así, connatural. Podemos expresar todo esto también de otro modo: la motivación de los motivos de la argumentación, ya que

se produce en la circularidad de la argumentación y en la aplicación de la argumentación al proceso argumentativo, es siempre contingente, puede ser siempre diversa de como es. Esto permite inferir la inmotivabilidad de todos los motivos, es decir, el hecho de que cada fundamento está privado de fundamento. Y ya que también los criterios que motivan la elección de los criterios sobre los cuales se construyen los motivos deben ser motivados en el proceso argumentativo, la circularidad de la argumentación remite siempre a algo externo respecto a sí misma: es este el observador que es capaz de decir cual distinción usa para distinguir aquella argumentación de otras argumentaciones. Este observador no puede ser una teoría de la argumentación, porque como teoría estaría ella misma incluida en la circularidad del argumentar.

Está claro que lo que surge de la argumentación, es decir, la realidad de los principios, es la realidad del derecho, pero en el sentido preciso de que se debe atribuir a la expresión **realidad del derecho**. Lo que surge son diferencias, es decir, el resultado de la discriminación, son las diferencias que se producen por efecto de la construcción del condensado semántico que solo ahora constituye el principio. Los principios son unidad, pero son unidad de distinciones: cuando se aplican, es decir, cuando se construyen, se construyen junto a la diferencia. No son inocuos los principios. Ellos discriminan. ¿Qué cosa significa ponderar? ¿Qué parte de la diferencia se incluye? ¿Y cuál se excluye? ¿Y quién pondera la diferencia entre una diferencia y otra?

Nosotros no ofrecemos ni otro modelo de argumentación, ni mucho menos una crítica de este pensamiento de la aceptación y del rechazo. Nos preguntamos sólo cuál es su función, para qué sirve.

Nos vienen a este punto las páginas muy bellas que Odo Marquard que, en su volumen *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, dedica a la crítica de Hegel al deber ser y que aquí retomamos adaptando a las cuestiones que nos interesan.

En su crítica al deber ser kantiano, que tenía la misma estructura del neopensamiento, Hegel escribía:

... lo universal en el sentido de la universalidad de la razón es universal también en el sentido (...) que este (...) se representa como el presente y lo real...sin por esto perder su naturaleza

(...) Lo que debe ser, es también, en realidad, y lo que debe solamente ser, no tiene verdad (...) porque la razón es precisamente esta certeza de tener realidad.<sup>(7)</sup>

Tarea de la filosofía, él decía, es la comprensión de lo que es. Ahora bien, la filosofía del deber ser considera lo que es como la facticidad (véase Kant, Heidegger, Habermas y los neo-pensadores), esto es, ella considera lo que es como lo que es ineludible, indisponible, como eso a lo cual nos debemos someter. La filosofía, en cambio, para Hegel tiene la función de la mediación, de la búsqueda de los medios para la realización de la libertad y de la igualdad de la libertad que es aquella igualdad que da a todos la posibilidad de la diferencia. Ahora bien, los objetivos que conciernen a la libertad, es decir, los objetivos generales, permanecen inalcanzables hasta que faltan los medios para su realización. Estos no son normas, no son principios. Dice Hegel: "tener un simple ser sin concepto, sin deber ser (...) y ser conforme a éste, es una vacía apariencia".<sup>(8)</sup> Los principios son este simple ser sin concepto.

Ahora bien, la filosofía del deber ser se niega a considerar que los fines universales dependen de la condición histórica de su mediación. Y por tanto aquella filosofía miente, ella es motivo de regresión. "En la misma realidad —escribe Hegel en la *Lógica*— la racionalidad y la ley no se encuentran en condiciones tan tristes de deber solamente ser".<sup>(9)</sup> La racionalidad de la cual habla Hegel es el presente, que en su determinación histórica ha realizado las condiciones de la igual libertad que hace posible la diferencia. En otros términos, la sociedad moderna ha realizado las condiciones en las cuales la racionalidad de las diversas razones pueda someter a sí la racionalidad de la única razón. Aquella de los principios que deben solamente ser (*die nur sein sollen*) y que por esto no dicen qué cosa excluyen y confían su inclusión al futuro, al deber ser precisamente.

---

(7) HEGEL, G. W. F., *Phänomenologie des Geistes*, en *Gesammelte Werke*, Meiner Hamburg, 1980, vol. 9, p. 170. "... das Allgemeine im Sinne der Vernunftallgemeinheit ist auch allgemein in dem Sinne (...) dass es (...) sich als das Gegenwärtige und Wirkliche (...) darstellt (...) ohne darum seine Natur zu verlieren (...) Was sein soll, ist in der Tat auch, und was nur sein soll, ohne zu sein, hat keine Wahrheit (...) denn die Vernunft ist eben diese Gewissheit, Realität zu haben".

(8) HEGEL, G. W. F., *Phänomenologie...*, op. cit. "... ein blosses Sein ohne Begriff, ohne Sein-sollen... zu haben und ihm gemäss zu sein, ist ein leeres Schein.

(9) HEGEL, G. W. F., *Wissenschaft der Logik*, I, en *Gesammelte...*, op. cit., "... in der Wirklichkeit selbst steht es nicht so traurig um Vernunftigkeit und Gesetz, dass sie nur sein sollten".

El presente tiene en sí la fuerza de romper el deber ser, es decir, de incluir lo que está excluido: la forma de la diferenciación de la sociedad moderna ha realizado las condiciones en las cuales las razones de lo que está excluido puedan ser incluidas, es decir, las condiciones en las cuales el deber ser sea, no más en el vacío de los principios, sino en la realidad de la diferencia que hace la diferencia que la argumentación excluye porque la considera nada confiable y la confía al deber ser. A la filosofía de la historia de la exclusión, Hegel oponía la inclusión de la historia en la filosofía, la racionalidad de lo que es, del presente que no debe ser, porque es. Y este presente ha ya realizado las condiciones de la universal inclusión, de aquella libertad de la igualdad que ve la razonabilidad en la inclusión de las múltiples razones, de todas las razones, no de aquella del deber ser de los principios vacíos. No de aquella razón que alguno quisiera institucionalizar.

El presente que la sociedad ha alcanzado no pondera lo imponderable, no deja al futuro lo que ya hoy exige: el reconocimiento, porque sabe que la sociedad ha alcanzado niveles en los cuales la inclusión es posible y la exclusión es un delito.

Esta sociedad habrá reconocido la real universalidad de sus razones, habrá podido realizar la congruencia de sus razones, solamente cuando haya aprendido a estar presente para sí misma, es decir, a vivir sin justificaciones de principios.





# Defesa dos tribunais constitucionais nacionais e Projeto de um tribunal constitucional internacional

PAULO FERREIRA DA CUNHA<sup>(1)</sup>



**Palavras-chaves:** Cortes Constitucionais nacionais - Cláusulas Pétreas - Corte Constitucional Internacional - Direito Constitucional Internacional - Constituição material global.

## 1. Enquadramento Epistemológico e Teleologia

Duas palavras prévias, apenas para nos permitirmos para chamar a atenção para uma eventual questão de enquadramento.

A presente "tese", porque de algum modo de uma tese se trata (apesar da sua extensão: antigamente as teses eram pequenas, e agora voltam a sê-lo um pouco mais...), insere-se no âmbito de uma filosofia jurídica prática,<sup>(2)</sup> e não meramente historicista, especulativa ou dogmático-construtiva.

Não se trata de falar *de iure constituto* (direito positivo, doutrina sobre direito positivo, filosofia do direito positivo) mas *de iure constituendo*, na

---

(1) Do Comité *ad Hoc* para o Tribunal Constitucional Internacional. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professor de Direito Internacional e de Filosofia do Direito da Universidade Anhembi Morumbi e bolsheiro da FUNADESP na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

(2) Cf. o nosso livro *Filosofia Jurídica Prática*, Belo Horizonte, Forum, 2009, Prefácio de Willis Santiago Guerra Filho, Apresentação de Regina Quaresma.

sua parte final, e prospetiva (de algum modo na confluência da política jurídica, no caso internacional, e de uma filosofia jurídica criativa ou criadora).

Antes de mais se procura a fundamentação de uma instituição jurídica com relevo, e grande papel, as instâncias de controle da constitucionalidade, a começar pelos tribunais constitucionais nacionais. Mas visa-se sobretudo que essa fundamentação seja como que a pedra angular sobre que se construirá (portanto sem qualquer incompatibilidade, pelo contrário) a argumentação sobre um Tribunal Constitucional Internacional, a criar.

Inegavelmente se encontra este brevíssimo estudo em diálogo com o Direito Constitucional e o Direito Processual Constitucional, e o Direito Internacional (Público). Também se poderá dizer que a parte sobre o Tribunal Constitucional Internacional se enquadrará na disciplina (ainda não unanimemente recortada: mas qual o é, apesar de tudo?) do Direito Constitucional Internacional.

Mas como tudo é feito através do vetor do direito pensado, do pensar o direito, não se poderá deixar de filosofar, ou seja, exercer o músculo mental criticamente.

Em todo o caso, e como dizia Francisco Puy, não interessa muito dizer o que é a filosofia do Direito, mas praticá-la. É o que cremos, e aqui procuramos fazer.

## **2. Defesa da Constituição e dos Tribunais Constitucionais Nacionais**

Uma Constituição em sentido moderno (não uma constituição tradicional, histórica, ou natural: essa tem outros requisitos, e outros condicionalismos, como é sabido)<sup>(3)</sup> pressupõe a presença de alguns aspetos que hoje podem parecer despercebidos, tal a forma como entraram nos usos, e sobretudo nos usos retóricos, mas que se relevaram (e ainda relevam, se tomados a sério) da maior importância. São eles a separação dos poderes e o reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais, ou humanos (consoante a perspetiva por que se encarem).

Como dizia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu art. 16, de 1789, que: "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est

---

(3) Cf. o nosso livro *La Constitution naturelle*, Paris, Buenos Books International, 2014.

pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

Há ainda um terceiro elemento: o da defesa da própria Constituição, que passa pelo seu caráter escrito, mais ou menos rígido (não flexível, não revisível à vontade), o que implica, necessariamente, um controle de constitucionalidade. Como afirma o emérito constitucionalista de São Paulo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

"A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um *controle de constitucionalidade*. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder constituinte originário e o derivado.

Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível: por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado nas mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade desta sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo".<sup>(4)</sup>

Os tribunais constitucionais teem sido muito atacados, mas acabam por recobrar bastante das críticas que, esclarecendo bem as ideias dos seus autores, na verdade só prestigiam e mostra a evidência da necessidade desses tribunais.

Há quem considere<sup>(5)</sup> que, sendo o povo o intérprete da Constituição material, quando ele altera o texto da Constituição formal, mesmo no tocante aos limites materiais de revisão, não estaria a fazer nada de transcendente, mas apenas a permitir à Constituição formal acertar o passo com a Constituição material.

O primeiro problema é o de saber quem realmente quer alterar as Constituições, e tanto que se quebrem as cláusulas pétreas. Será mesmo povo? E a quem aproveitarão tais revisões, qual o seu sentido e o seu fim?

(4) FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., revista e actualizada, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 29/30.

(5) PEDRA, ADRIANO SANT'AN, *A Constituição Viva. Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2005, p. 365.



O segundo problema é que, para alguns, a Constituição material é o conjunto de forças políticas de facto em presença num dado tempo e lugar: ou seja, aquilo a que se deveria chamar Constituição real. Confundindo-se Constituição material com Constituição real ir-se-á preterir o máximo e mais profundo sentimento comunitário de juridicidade com uma realidade social não jurídica, apenas a lei do mais forte.

Voltemos ao primeiro problema da teorização em causa: questão é de saber como o povo exerce essa interpretação da Constituição. Não se diga que o faz pela eleição dos deputados em legislaturas ordinárias, sobretudo não se diga isso com o intuito de prejudicar a Justiça Constitucional. Se esta nem sempre está a salvo de suspeitas de politicidade excessiva, que dizer dos parlamentos, que são o coração da própria política no plano institucional?

É assim preocupante que o autor em causa afirme:

“Imaginar as cláusulas pétreas como algo imutável dentro da ordem jurídica é negar a permanência do poder constituinte e o Estado Democrático de Direito”<sup>(6)</sup>

Mais longe ainda parece ir Cláudia Góes Nogueira, para quem

“Aceitar as cláusulas pétreas significa aceitar que o Poder Constituinte Reformador terá que respeitar aquelas diretrizes traçadas pelo Poder Constituinte Originário, instituindo-se uma generalizada ditadura constitucional. Assim, o velho autoritarismo governativo se transformaria numa forma ainda mais perversa: a de um autoritarismo normativo, na expressão de Miguel Reale”.<sup>(7)</sup>

Embora possa, *prima facie*, chocar essa alegada “ditadura dos mortos sobre os vivos”<sup>(8)</sup> determinada pelos limites materiais de revisão

---

(6) *Ibidem*.

(7) NOGUEIRA, CLÁUDIA GÓES, *A Impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras*, p. 84.

(8) A expressão (ou fórmulas análogas) é frequentemente retirada do seu contexto original, e muito usada *pro domo*. Atentemos neste belo texto de Alain - *Abrégés pour les Aveugles*, Paris, Hartmann, 1943 (nova ed. Flammarion, 1954), 22, XI: “Les morts gouvernent les vivants”, formule célèbre, mais souvent détournée de son sens. Car cela ne veut pas dire que les vivants héritent physiologiquement de leurs ancêtres; cette filiation n’est qu’animale. Dans le fait, tout homme est gouverné surtout par l’ensemble des ancêtres vénérables, dont les oeuvres et les idées subsistent et sont le commun patrimoine de tous les peuples. Ce règne des morts inoubliables s’enrichit des vivants les plus dignes, qui, purifiés par cette immortalité positive, n’agissent désormais que par ce qu’ils ont de meilleur. Il faut dire aussi que leur puissance augmente avec le temps, par le concert de l’admiration et des commentaires qui

constitucional, sempre se poderá argumentar, em sua defesa, que tais cláusulas pétreas são a última fronteira, o bastião de resistência do cerne constitucional, ou seja, em grande medida, a própria Constituição material, entendida não numa perspectiva sociológica mas ontológico-hermenêutica de Constituição.

Esta dimensão identitária é bem sintetizada por Maurício Antonio Ribeiro Lopes, nas teses da sua dissertação *Poder Constituinte Reformador*:

“12.3. As cláusulas pétreas destinam-se não somente a impedir a reforma total da Constituição como também qualquer modificação dos elementos fundamentais da identidade histórica do Estado. As cláusulas pétreas adjectivam a rigidez constitucional, conferindo-lhe uma tônica ideológica”.<sup>(9)</sup>

Embora esta tônica ideológica possa ser muito *souple* e de vasto consenso... como é o caso do Estado constitucional, como Estado social também.

Mas continua o mesmo autor, significativamente, numa tese que nos parece de abertura à hipótese (veremos que é só hipótese, *in casu*) da revolução:

“12.4. É menos mau o câmbio da Constituição pelas mais radicais alterações da estrutura do Estado do que a acomodação pelas reformas de sistemas e regimes paradoxais e que conduzem a edição de uma Carta amorfa, desprovida de qualquer opção ideológica, fundada num quase sempre falso consenso”.<sup>(10)</sup>

---

suit leurs œuvres et leur mémoire. Aussi, à l'égard de ce gouvernement des morts, toujours croissant en majesté et en lumières, les perturbations dues aux individus vivants sont de moins en moins importantes. On s'explique les divagations des hommes sans culture, qui, par l'ignorance où ils sont des grands morts, tenteraient follement de tout inventer; mais aussi leur prestige est de plus en plus réduit. Ainsi l'Humanité grandit d'âge en âge, et vaut mieux que l'homme, et le règle. L'ancien et naïf culte des morts était la première esquisse de cette Religion réelle et positive dont les cérémonies s'organisent déjà par la commémoration publique des grands morts. Mais qui ne voit que la confusion des deux pouvoirs mêle encore à ce culte des glorifications non assez mesurées, et surtout trop peu tempérées par le culte qui est toujours dû aux gloires les plus anciennes. Les instituteurs du vrai pouvoir spirituel seront les prêtres de ce nouveau culte et chasseront les intrus de la vie éternelle. Qui ne reconnaît sous ces noms nouveaux les Humanités régénérées, et surtout affranchies du pouvoir temporel, toujours trop porté à régler la culture humaine d'après ses propres intérêts et ses passagères entreprises?”

(9) LOPES, MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO, *Poder Constituinte Reformador. Limites e Possibilidades da Revisão Constitucional Brasileira*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 243.

(10) *Ibidem*.

Que o consenso face a uma Constituição aparentemente de linha branca é falso, sabêmo-lo. Até porque quem teve uma Constituição com opções e programa, não quererá deixar de a ter. Mas que não tenha essa pretensa Constituição consensual uma opção ideológica é apenas aparente. Como diria Alain, se diz que não é de esquerda nem de direita, já se sabe que é de direita...

Sem dúvida que o Poder Constituinte pode romper as cláusulas pétreas. Mas tem de as dinamitar, rompendo também com a Constituição que as encerra. Evidentemente que certas acomodações são compreensíveis e desejáveis por via interpretativa. Mas jamais colocar-se em causa a essência, o espírito da Constituição, a qual, se fosse subvertida em revisão contrária aos limites materiais, já seria outra. Ora uma revolução de veludo, alterando uma Constituição por dentro, raramente será fiel ao Poder Constituinte, tão amado pelos adversários dos limites materiais.

O que pode suceder é haverem sido instituídos limites materiais contra os próprios limites (desde logo de bom senso e razoabilidade) do Poder Constituinte. E nesse caso estar-se-ia muito mais perante a figura de uma norma constitucional inconstitucional - figura a que a doutrina normalmente foge por temer certamente uma perigosa abertura ao subjectivismo. Tal como ocorre com a invocação do Direito Natural.

O que não parece poder aceitar-se é a compressão dos limites por via interpretativa ao ponto de desvirtuar o sentido das Constituições. E no caso brasileiro isso é ainda mais complicado que em Portugal, porquanto, ao contrário do que alguns dizem, os limites no Brasil encontram-se muito sinteticamente definidos:

“Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”.

Acaso estas cláusulas serão, num Estado democrático de direito, suscetíveis de revisão (salvo, em teoria, a primeira, mas que parece própria à tradição brasileira...)? O que se pretenderá realmente rever?

A defesa do Estado de Direito democrático é, em grande medida, o que está realmente em causa no trabalho dos tribunais constitucionais e afins. Não valeria a pena desenvolver aqui, *brevitatis causa*, a persistente e paciente atividade do Tribunal Constitucional português, que em anos mais recentes sucessivamente tem declarado a inconstitucionalidade de muitas normas de sucessivos Orçamentos Gerais do Estado, e muitas leis. E isto sob o fogo de uma comunicação social muito adversa, e mesmo ataques partidários e afins e algumas declarações que colocam em causa a separação dos poderes.

Houve tempo em que apenas se poderia fazer um “apelo para o céu” das decisões dos poderosos sob forma legislativa. Hoje esse apelo pode ser feito para os Tribunais constitucionais.

Numa primeira fase, havendo ainda a nível nacional espaço democrático e separação dos poderes e clima de Estado de Direito, esse apelo corre os seus termos normais no sistema judicial, e, no seu topo, chega aos tribunais constitucionais e órgãos afins. Contudo, há situações, como todos sabemos, em que a Constituição é pouco mais que uma fachada, e em que os direitos, liberdades e garantias são nominais ou semânticos. Assim sendo, a instituição de um Tribunal Constitucional Internacional será a solução, como forma de apelo, esgotados os recursos nacionais. E pode mesmo dar-se o caso de haver países democráticos e Estados de Direito em que os mecanismos, uma ou outra vez, funcionem menos bem. Será também o caso de, sem condenação em globo desse sistema e regime políticos, fazer pontual recurso a essa instância internacional...

### 3. Projeto de um Tribunal Constitucional Internacional

#### 3.1. Positivização. O Corpus

O TCI não é uma quimera: tem já muito caminho preparado na realidade.

Valores constitucionais internacionais são um facto. Encontram-se positivados em princípios e até em regras. Há quem fale na necessidade de codificação, pois englobam desde costumes a normas de milhares de tratados.

A questão da convencionalidade também não é de descartar: veja-se o enorme passo que foi dado com a declaração da Comissão Africana dos

Direitos do Homem condenando, por discriminatórios, os arts. 35 e 65 da Constituição da Costa do Marfim.<sup>(11)</sup>

Mas o *corpus* a aplicar pelo Tribunal não é apenas internacional, também nacional: atente-se na situação de países que não cumpram a sua própria Constituição, ou as suas próprias leis, simultaneamente bloqueando o acesso à justiça aos seus cidadãos, e obrigando, assim, à intervenção do TCI. Isso pode ocorrer de forma diuturna, ou de forma pontual. Em ambas as situações se justifica essa intervenção, que não será *ex officio*, mas a pedido de instâncias com a devida legitimidade processual ativa.

Além das Constituições nacionais, que corram o risco de inaplicação interna, vários instrumentos internacionais constituem a Constituição material internacional. Não numa dimensão orgânica, no quadro de um “governo mundial”, mas para defesa Direitos e também de procedimentos eleitorais, assim como de garantias processuais e relativas ao funcionamento independente do poder judicial.

O *corpus* a considerar engloba a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional relativo aos Direitos Cíveis e Políticos, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Ata Constitutiva da União Africana, e os Princípios de Harare (saídos da reunião dos países do *Commonwealth*, de 20.X.1991), os Tratados (constitucionais, na verdade) da União Europeia, e designadamente o Tratado de Lisboa, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e outros do mesmo timbre.

### 3.2. *Objetivos. O Animus*

A proposta do TCI está ainda aberta, mas os grandes objetivos encontram-se definidos: garantia da Democracia e dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos são um dos elementos (conjuntamente com a separação dos poderes, a rigidez constitucional e o controlo da constitucionalidade) absolutamente estruturais do Constitucionalismo moderno.

A Democracia já não é uma questão apenas política. É também Princípio Democrático,<sup>(12)</sup> e este encontra-se bastante difundido e consensual internacionalmente (apesar de todas as bolsas de antidemocracia pelo

---

(11) Texto aprovado por referendo em 23.VII.2000. Cf. caso 246 / 02: *Mouvement Ivoirien des droits humains (MIDH) vs. Côte d'Ivoire*.

(12) V. o nosso *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*. Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 121 ss.

mundo, quer na malha macro- quer, mais ainda, na microanálise dos sistemas políticos).<sup>(13)</sup>

Existe positivação do princípio democrático a nível global e regional. Desde logo, recordemos o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que por exemplo em Portugal é o critério hermenêutico explicitamente escolhido pela Constituição para interpretar os direitos (ex vi art. 16º, máxime nº 2). Assim, o art. 21 remete para um mínimo de direitos democráticos de participação na governação (1), de igualdade no acesso a funções públicas (2), estabelecendo também a vontade popular como esteio da autoridade (legítima), e indicando as eleições como o modo de manifestação dessa vontade (3).

O TCI tem assim objetivos claros e de uma indiscutível importância, muito consensualmente reconhecida. E não necessita que se inventem normas, e muito menos uma Constituição mundial: já tem muitas regras por que reger-se.

Pode ser que em países contentes com a sua democracia e o acatamento dos Direitos Humanos alguns considerem o TCI uma fantasia ou um luxo. Os que se lembram ainda das ditaduras, ou que ainda as vivem, vêm nele a única e última esperança.

### 3.3. Funções

O TCI terá dimensão profilática e terapêutica, *i.e.*, uma dimensão de consulta e conselho, a que textos oficiais ou oficiosos chamam de “avaliação”, e uma dimensão contenciosa.

O TCI terá funções jurisdicionais que se poderia dizer “normais”, uma vez esgotadas as vias de recurso em cada ordem jurídica. Podendo preliminarmente instituir-se, nalguns casos, uma fase de mediação, a aplicação das decisões do Tribunal dependeria ainda dos Estados. Agindo não *ex officio* mas a pedido de um conjunto vasto, mas ainda assim delimitado, de sujeitos com legitimidade processual ativa, daria voz a petições em certas condições de amplitude e legitimação, a ONG’s reconhecidas pelos Estados para fins eleitorais, partidos, sindicatos e outras associações profissionais, e organizações internacionais aos diferentes níveis.

(13) FOUCAULT, MICHEL, *Microfísica do Poder*, antologia, org., introd. e trad. de Roberto Machado, Rio De Janeiro: Graal, 1979.

Mas para além das funções contenciosas, uma das grandes inovações do TCI consiste em ser instância de aconselhamento de governos, organizações internacionais e forças vivas da sociedade civil, nacionais e internacionais, que, em termos obviamente também limitados e com prazo razoável de resposta, poderiam colocar questões, pedir pareceres, etc.

Não tem sido inédito já que mesmo governos peçam esclarecimentos das suas decisões, o que os tribunais constitucionais nacionais certamente nem sempre, ou quiçá nunca, poderão dar (dado não ser essa a sua função, por definição), mas que poderiam tranquilamente ser objeto de pedido interpretativo a um tribunal supranacional, independente e especializado, como o TCI. Evidentemente, aqui está um exemplo de uma outra questão complexa a acautelar: a necessária harmonia entre as tribunais constitucionais (e afins) nacionais, regionais e o TCI. Certamente, nem todos os pedidos de parecer para o TCI seriam benévolos, podendo haver questões ociosas e mesmo litigância de má fé. Será necessário não só um Estatuto do Tribunal que previna à partida muitos desses casos, como depois o discernimento pontual que os descarte.

### **3.4. Composição**

A proposta que está sobre a mesa é a de um TCI composto por 21 juízes, eleitos pela Assembleia Geral da ONU, com base (mas pode haver variantes) numa lista proposta por um colégio eleitoral, formado por especialistas em Direito e também representantes político-internacionais ao mais alto nível. Esse colégio, integrando os juizes (do Tribunal Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional) e os membros do Comité de Direitos Humanos da ONU, teria previamente feito uma seleção de entre o dobro de candidatos potenciais (42), tendo como critérios a integridade, a competência, a experiência e ainda uma representação equitativa dos diversos sistemas jurídicos.

Monique Chemillier-Gendreau admitiria que o número de juízes proposto pudesse vir a aumentar conforme o “sucesso” do TCI.<sup>(14)</sup> Haverá, como este, vários outros aspetos que podem discutir-se, aperfeiçoar-se, ou apenas evoluir...

---

(14) CHEMILLIER-GENDREAU, MONIQUE, *Obliger les Etats à tenir parole*, “Le Monde diplomatique”, setembro de 2013.

### 3.5. Exequibilidade

Importa pensar nas condições de êxito do projeto.<sup>(15)</sup> Importa que o TCI seja dotado de capacidade de ação (p. ex., financiamento, recursos humanos para além dos 21 ou mais juizes, e as instalações físicas do tribunal), interoperatividade normativa (jogando com articulações do *multilevel constitutionalism*), e o TCI tem de ver garantida a sua autoridade formal e a sua competência exclusiva.

Cremos que do diálogo entre várias perspetivas e contributos, em permanente dialética com os oponentes ao projeto, cujas críticas devem ser bem ponderadas, poderá surgir a instituição internacional que faz falta. E para os que ainda sofrem o peso das ditaduras e das violações repetidas dos Direitos Humanos, na verdade faz muita falta.

## 4. Conclusão

Não se nos afigura que a construção jurídica do Tribunal Constitucional Internacional envolva maiores dificuldades, senão que obviamente deparará com a velha e preconceituosa dificuldade soberanista, em múltiplos aspetos superada, e por muitas vias. É que existe hoje, a caminho de banal interiorização na comunidade jurídica internacional, a ideia de *multilevel constitutionalism*. O constitucionalismo tem vários níveis.

Os Tribunais Constitucionais nacionais são ainda atacados pelos que os dizem instâncias políticas - como se todo o Direito não o fosse, de algum modo, como se os juizes não constitucionais fossem imunes à política, por uma espécie de privativo estado de graça.<sup>(16)</sup> Mas pouco a pouco estão a ser considerados pelos povos não apenas normais, como mesmo (e isso contribui muito para a sua reputação, e firma ainda mais a sua legitimidade) últimos redutos do Direito e da Justiça.

Se os Direitos e a Democracia são património universal, se eles são, afinal, a decorrência normal (pelo menos no estágio atual de desenvolvimento das nossas "luzes") dos valores superiores da Liberdade, da Igualdade, da Fraternidade (ou da Solidariedade, da Justiça, da Humanidade...) que

(15) V. o nosso relatório *La Cour constitutionnelle Internationale (ICCo). Une Idée qui fait son chemin*, <http://www.carthage.tn/sites/default/files/files/La-Cour-Constitutionnelle-Internationale-ICCo-une-idee-qui-fait-son-chemin.pdf>

(16) Cf. o nosso livro *Constituição & Política. Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2012.



não se retiram de nenhuma nesga do Mundo, então a sua tutela, devendo ser, pelo princípio da subsidiariedade, local, o mais possível, não deixa de poder e dever subir a um nível mais alto quando falham as instâncias de maior proximidade. Assim, recorre-se para o Tribunal Constitucional Nacional quando os tribunais comuns não dão provimento às questões que aí se colocam (ou quando diretamente seja a única forma de clamar por justiça). Na mesm ordem de ideias se deverá poder apelar para um Tribunal Constitucional Internacional em caso de falência ou descaso das entidades judicativas nacionais.

Um Tribunal Constitucional Internacional é mais um passo, nesse processo. Certamente um salto qualitativo, mas preparado por muitos passos anteriores. E uma vez em funcionamento, espera-se que venha a ser uma instância prestigiada e acarinhada, suprimindo uma lacuna.



# Decisión judicial, democracia y determinación

## A propósito de la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin

IMER B. FLORES<sup>(1)</sup>



*P. ¿Qué odia Mafalda?  
a. A. Manolito b. El pájaro loco c. Los panqueques d. La sopa  
R. d. La sopa*

*“Yo no puedo ser libre sin vos”  
Gustavo Cerati, “Danza rota”*

**Palabras clave:** decisión judicial - democracia - división de poderes - constitucionalidad.

### 1. Introducción

Contrastar los diferentes modelos de decisión judicial, su relación con la democracia y el problema de la (in)determinación del derecho, con especial

---

(1) Investigador (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM). Profesor (Facultad de Derecho, UNAM). Tutor, Posgrado en Derecho (UNAM). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Reconocimientos PRIDE D y SNI III. El autor agradece los comentarios y cuestionamientos de Rafael Aguilera, Manuel Atienza, Enrique Cáceres, Juan Cianciardo, Jorge E. Douglas Price, Rafael Estrada Michel, Jorge Giannareas, Sandra Gómora, Daniel Mendonca, Armando Padilla, Adrián Rentería, Francisco Rodríguez, Sebastián Rodríguez, Alicia Ruiz, Javier Saldaña, Salvador Sánchez, Josef Seifert, Juan M. Vega Gómez y Rodolfo Luis Vigo.

referencia a la “tesis de la única respuesta correcta” de Ronald Dworkin, es el objetivo de este texto. Así, comenzaremos con un esbozo de los diferentes modelos de decisión judicial y su relación con la democracia, así como con la división de poderes y el control de constitucionalidad; continuaremos en el próximo apartado con la exposición y crítica del modelo de juez Herbert de H. L. A. Hart (o Hans de Hans Kelsen), el cual podemos caracterizar como activo, creativo e inventivo, pero **incompatible** con la democracia y la división de poderes; y en el siguiente lo confrontaremos con el modelo de juez Hércules de Ronald Dworkin, el cual podemos caracterizar como activo, creativo e interpretativo, pero **compatible** con la democracia y la división de poderes. Finalmente, concluiremos con las reflexiones de rigor.

## 2. Los modelos de decisión judicial

Dentro de la tradición jurídica occidental es un lugar común afirmar, por un lado, que en los países anglosajones pertenecientes a la familia del *common law* —es decir, derecho común— el derecho **es** caracterizado por ser una creación del juzgador. Y por el otro, que en los países continentales, así como en los latinoamericanos, pertenecientes a la familia del derecho romano canónico y germánico, **es** caracterizado por ser una creación del legislador y, en consecuencia, el juzgador se limita y debe limitar a aplicar e interpretar el derecho y no a hacerlo e imponerlo. Aun cuando la caracterización anterior fue o pudo ser completamente acertada en algún momento histórico, me parece que ya no lo es en la actualidad, al grado de que podemos afirmar que **era** o **fue** correctamente caracterizado.

Por una parte, cabe anotar que en Inglaterra ciertamente le correspondía en un comienzo a la judicatura contribuir a la “creación” del derecho, pero a partir de sus opiniones,<sup>(2)</sup> en tanto que al Parlamento le correspondía el control y la fiscalización del monarca. Por un lado, la Corte más alta de la judicatura era conocida formalmente como la “Corte del Rey ante el Rey mismo”, y coloquialmente como la “Bancada del Rey” (o de la Reina, cuando una mujer es la soberana), pero hasta antes de la creación de la

---

(2) Como es sabido, en los países anglosajones las “decisiones” judiciales son mejor conocidas como (o al menos como si fueran meras) “opiniones”. Lo anterior refuerza la idea de que el oficio del juzgador no es inventar y crear el derecho, sino interpretar y aplicar el mismo, así como ser deferente al legislador. Le agradezco a Larry Solum una conversación muy esclarecedora sobre el tema.

Corte Suprema en octubre de 2009 le correspondía a los *Law Lords* —Lores Jurídicos— de la Cámara de Lores la revisión en última instancia de los casos judiciales. Por el otro, el Parlamento es conocido formalmente todavía hoy en día como la “Corona en el Parlamento” ya que está compuesto no solamente por la Cámara de los Comunes y la Cámara de los Lores, sino también por el monarca mismo; con el tiempo el Parlamento adquirió mayores atribuciones legislativas desde la gloriosa revolución de 1688 y, en cambio, la judicatura mayores atribuciones de control y revisión judicial.

Por otra parte, conviene apuntar que en Francia, con la caída del *ancien régime* la soberanía que era consustancial al soberano —es decir, el rey— pasó al pueblo y como tal fue recharacterizada como soberanía popular, la misma que se ejercería a través de la asamblea legislativa y que de pasada reducía el papel del juzgador a ser la “*bouche de la loi*” y como tal deferente al legislador. En las celebérrimas palabras de Charles Louis de Secondat Barón de la Bréde y de Montesquieu: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.<sup>(3)</sup> Como es sabido, esta caricaturización del juez como la mera boca de la ley sugiere que el papel del juzgador se limita y debe limitar a uno pasivo y aplicativo, completamente deferente a la letra de la ley y a la voluntad del legislador.<sup>(4)</sup>

Sin embargo, desde la también célebre polémica entre Hans Kelsen<sup>(5)</sup> y Carl Schmitt<sup>(6)</sup> sobre quién debe ser el defensor o protector de la Constitución, y sobre todo ante los excesos de las asambleas legislativas que dieron lugar a los gobiernos totalitarios del período de las entreguerras —los mismos que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial—, ha quedado en claro

(3) MONTESQUIEU, CHARLES, *El espíritu de las leyes*, Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trads.), Barcelona, Altaya, 1993 [*De l'Esprit des Loïs*, 1750], p. 120.

(4) FLORES, IMER B, “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores constitucionales”, en Fernando Serrano Migallón (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Báez*, México, Porrúa - Facultad de Derecho (Universidad Nacional Autónoma de México), 2004, p. 131.

(5) KELSEN, HANS, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional*, Roldando Tamayo y Salmorán (trad). México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001 [*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, 1930-1931].

(6) SCHMITT, CARL, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), Barcelona, Labor, 1931 (*Der Hüter der Verfassung*, 1931).

que es necesario controlar la constitucionalidad de los actos de todos los órganos o poderes.<sup>(7)</sup>

Cabe advertir que para Thomas Hobbes la tesis del “soberano ilimitado” se desdoblaba en dos: “el soberano es el único legislador” y, en consecuencia, “no está sujeto a las leyes civiles”.<sup>(8)</sup> Así, es incuestionable que en una autocracia (o monarquía) el soberano es el rey, el cual actúa por sí o por otros, en tanto que en una democracia, e inclusive en una aristocracia, el soberano es una asamblea de personas, ya sean todos o unos cuantos, los cuales actúan de manera directa o indirecta a través de sus representantes.<sup>(9)</sup> Ahora bien, la idea de que el soberano no está sujeto a las leyes civiles que él mismo ha creado es una cuestión discutible, sobre todo desde la celeberrima polémica entre el rey Jacobo I y el ministro presidente de la Bancada del Rey, sir Edward Coke, a principios del mismo siglo XVII.<sup>(10)</sup> Al respecto, sir Francis Bacon, quien fuera en aquel entonces el abogado general del rey, acuñaría la máxima: “Los jueces jamás deben olvidar que su oficio es *jus dicere* y no *jus dare*; es decir, que su oficio es interpretar y aplicar la ley. Y no hacerla o imponerla como comúnmente se dice”.<sup>(11)</sup> De igual forma, tanto John Locke como Montesquieu abogarían por la necesidad de controlar o limitar el poder.<sup>(12)</sup> En voz del propio Montesquieu: “Es una experiencia eterna, que

(7) FLORES, IMER B., “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie*, año XXXI, n° 92, 1998, pp. 346/347; “Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie*, año XXXI, n° 93, 1998.

(8) HOBBS, THOMAS, *Leviathan. Or the matter, forme & power of a common-wealth ecclesiastical and civil*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 218 [*Leviatan. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1651].

(9) *Ibid.*, p. 218; AUSTIN, JOHN, “The province of jurisprudence determined”, en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998 [1832], pp. 225/231; FLORES, IMER B., “Democracia y participación: consideraciones sobre la representación política”, en J. Jesús Orozco Henríquez (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 198/201.

(10) POUND, ROSCOE, *The spirit of the common law*, Boston, Beacon Press, 1921, pp. 60/61 y 74/76; FLORES, IMER B., “The quest for legisprudence: constitutionalism v. legalism”, en Luc J. Wintgens (ed.), *The theory and practice of legislation: essays on legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 43/44.

(11) BACON, FRANCIS, *LVI. Of judicature*, En *The essays. Or counsels, civil and moral*, 2ª ed., London, The Everyman Library, 1915 [1625], p. 226.

(12) LOCKE, JOHN, *Two treatises of government: in the former, the false principles and foundation of sir Robert Filmer, and his followers are detected and overthrown. The latter is an essay*

todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición de las cosas, el poder frene al poder".<sup>(13)</sup>

En este orden de ideas somos de la opinión de que el juzgador, el cual está legítimamente facultado para interpretar y aplicar el derecho, también lo está para controlar que los actos de todos los órganos o poderes, incluidos los propios, sean conforme a derecho. En otras palabras, si bien se debe limitar a interpretar y aplicar el derecho, y no a inventar y crear el mismo, su rol no se puede reducir a uno meramente pasivo y aplicativo totalmente deferente a la letra de la ley y a la voluntad del legislador, a quien tiene el deber de controlar. Al respecto, baste traer a colación el pensamiento de Gustav Radbruch:

Es utópico y hasta desagradable representarse al juez como un simple aparato registrador, como un verdadero autómatas jurídico, como un mero instrumento del derecho, a quien no se le deja el menor margen para apreciar o valorar, a quien se le niega la posibilidad de manejar la justicia y la equidad y que, por consiguiente, debe considerarse más como un esclavo de la seguridad jurídica que como un servidor de la justicia.<sup>(14)</sup>

En este sentido, es posible, en primerísimo lugar, distinguir entre dos modelos de decisión judicial: uno **activo o creativo** y otro **pasivo o aplicativo**. Asimismo, es posible identificar a los dos como modelos extremos y como tales, en principio, viciosos. De tal suerte, es posible recharacterizar, de un lado, al **pasivo o aplicativo** como un modelo de **determinación radical**, al grado de que hay una respuesta predeterminada para todos los casos, que el juez aplica de manera pasiva y que podemos caricaturizar como una "jurisprudencia mecánica";<sup>(15)</sup> y del otro, al **activo o creativo** como un modelo de **indeterminación radical**, al grado de que hay una infinidad de respuestas para cada caso que el juez crea de modo activo y que podemos

concerning the true original, extent, and end of civil-government, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 [1968]; MONTESQUIEU, CHARLES, *op. cit.*

(13) MONTESQUIEU, CHARLES, *ibid.*, p. 114.

(14) RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, Wenceslao Roces (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1951 [1948], pp. 123/124.

(15) POUND, ROSCOE, "Mechanical jurisprudence", en *Columbia Law Review*, vol. 8, n° 8, 1910, pp. 605/623.

caricaturizar como una “jurisprudencia gastronómica”.<sup>(16)</sup> No obstante, también es posible identificar dos modelos intermedios y como tales, en principio, virtuosos: por un lado, la **indeterminación moderada**, al grado de que hay una respuesta determinada para los casos fáciles y varias respuestas indeterminadas para los casos difíciles;<sup>(17)</sup> y, por el otro, la **determinación moderada**, al grado de que hay respuestas no (pre)determinadas sino determinables a partir de los materiales jurídicos (pre)existentes para todos los casos, sean fáciles o difíciles (y hasta locos o trágicos).<sup>(18)</sup>

Como es sabido, la indeterminación moderada es equiparada al modelo de juez Herbert (y de juez Hans), mientras que la determinación moderada lo es al modelo de juez Hércules.<sup>(19)</sup> Al respecto, consideramos que ambos son modelos activos o creativos, pero el de Herbert es inventivo (legislativo o cuasi legislativo) y como tal incompatible con la democracia y la división de poderes, en tanto que el de Hércules es interpretativo y como tal compatible con la democracia y la división de poderes.

El problema, como veremos a continuación, es que el modelo de juez Herbert de decisión judicial, al asumir la tesis de la indeterminación moderada, presupone una forma de discreción fuerte o inventiva, la cual implica que los jueces en algunos casos acaban o tienen que acabar por inventar el derecho, ya sea al crear o legislar un derecho nuevo o bien al cambiar o cuasi legislar el derecho existente; con ello el juzgador violenta la democracia y la división de poderes al invadir la competencia del legislador y usurpar una función que no le corresponde. En cambio, el modelo de juez Hércules para la decisión judicial, al asumir la tesis de la determinación moderada

(16) DWORKIN, RONALD, *Law's empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, p. 36.

(17) HART, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 [versión en español: *El concepto de derecho*, Genaro R. Carrió (trad.), Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963]; Kelsen, HANS, *Introduction to the problems of legal theory*, Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson (trads.), Oxford, Oxford University Press, 2002 [1934] (versión en español: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Jorge G. Tejerina (trad.), Bs. As., Losada, 1941); Kelsen, HANS, *Pure theory of law*, 2ª ed., Max Knight (trad.), Berkeley, University of California Press, 1967 [1960] (versión en español: *Teoría pura del derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979); FLORES, IMER B., “H. L. A. Hart’s moderate indeterminacy thesis reconsidered”, en *Between Scylla and Charybdis, Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2011, pp. 5 y 147/173.

(18) DWORKIN, RONALD, “Hard cases”, en *Harvard Law Review*, n° 88 (6), 1975, pp. 1057/1109; DWORKIN, RONALD, *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.

(19) DWORKIN, ROLAND, “Hard cases”, *op. cit.*

y la tesis de la única respuesta correcta presupone que los jueces siempre acaban o tienen que acabar por interpretar el derecho preexistente y no inventar un derecho nuevo; con ello el juzgador no invade la competencia del legislador ni usurpa una función que no le corresponde y, en consecuencia, no viola la democracia ni la división de poderes.

### 3. El modelo del juez Herbert (y Hans)

Como hemos visto en algún otro lugar<sup>(20)</sup> en relación con los problemas del razonamiento jurídico, en general, y de la interpretación (y adjudicación) jurídica, en particular, H. L. A. Hart<sup>(21)</sup> adopta, análogamente a Hans Kelsen,<sup>(22)</sup> una versión moderada de la tesis de la indeterminación, la cual es tanto **epistémica** como **sistémica**. Me permito recordar que para el jurista austriaco, tal indeterminación deriva principalmente de la “estructura jerárquica —o gradación— del orden jurídico”,<sup>(23)</sup> mientras que para el filósofo-jurídico británico tal indeterminación deriva principalmente de la “textura abierta del lenguaje”.<sup>(24)</sup> Más aún, la estrategia de Hart se asemeja adicionalmente a la doctrina del “término medio” de Aristóteles.<sup>(25)</sup>

Esta estrategia es bastante explícita a lo largo de la obra de Hart y se vuelve autoevidente al poner atención al título del capítulo VII de *El concepto del derecho*, esto es, “Formalismo y escepticismo ante las reglas”,<sup>(26)</sup> y al subtítulo “*The nightmare and the noble dream*” —es decir, “La pesadilla y el sueño noble”— de su conferencia magistral Sibley “*American jurisprudence through english eyes*” —es decir, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”,<sup>(27)</sup> los cuales permiten a Hart situarse en el centro “virtuoso” entre los extremos “viciosos” representados no solamente por el formalismo y el antiformalismo —es decir, el

(20) FLORES, IMER B., *H. L. A. Hart's...*, op. cit., pp. 147/173.

(21) HART, H. L. A., *The concept of law...*, op. cit., pp.155/191.

(22) KELSEN, HANS, *Introduction to the...*, op. cit., pp. 126/145; *Pure theory of law*, op. cit., pp. 349/356.

(23) KELSEN, HANS, *Introduction to the...*, op. cit., p. 126.

(24) HART, H. L. A., *The concept of law*, op. cit., p. 159.

(25) ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Antonio Gómez Robledo (trad.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1954, p. 38.

(26) HART, H. L. A., *The concept of law*, op. cit., p. 155.

(27) HART, H. L. A., “*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 327/350.



escepticismo ante las reglas—, sino además por el realismo —o sea, la pesadilla (o “demasiado malo para ser recordado”)— y el idealismo —o sea, el sueño noble (o “demasiado bueno para ser verdad”)—.

Cabe recordar que Hart llega a la conclusión de que alguna forma de discreción (es decir, elección) es inevitable. Para ese propósito, introduce por primera vez el ejemplo de “No [se admiten/permiten] vehículos en el parque”<sup>(28)</sup> en su celebérrima polémica con Lon L. Fuller;<sup>(29)</sup> después lo reintroduce en su también célebre libro *The concept of law*:

Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquella aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo —y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente— es si el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección.<sup>(30)</sup>

De esta forma, Hart considera que la (in)determinación es una “cuestión de grado”: el derecho es determinado en el **centro** o **núcleo** e indeterminado en la **penumbra**; ello en palabras de Hart, tal y como fueron introducidas originalmente en la conferencia magistral Holmes en 1957:

Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados “vehículos” a los fines de la regla? Si hemos de comunicarnos de algún modo con los demás, y si, como es el caso en las formas más elementales del derecho, hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo de conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que las palabras generales que usamos —tales como “vehículo”

(28) HART, H. L. A., *Positivism and the separation of law and morals*, en *Harvard Law Review*, n° 71 (4), 1958, pp. 1/64.

(29) FULLER, L.L., “*Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart*”, en *Harvard Law Review*, n° 71 (4), 1958.

(30) HART, H. L. A., *The concept of law*, op. cit., p. 159.

en el supuesto que considero— tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquellas. Tiene que haber un **núcleo de significado** establecido, pero también habrá una **penumbra** de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables.<sup>(31)</sup>

Y, al final del capítulo VI, “Los fundamentos de un sistema jurídico”, de su obra maestra *El concepto del derecho*:

Todas las reglas importan (*sic*) reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla posible es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de **certeza** y una **penumbra de duda**, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un **halo de vaguedad** o “**textura abierta**”...<sup>(32)</sup>

Como ya mencionamos, esta estrategia le permite a Hart situarse aparentemente en algún lugar en el centro virtuoso entre dos extremos viciosos:

1. formalismo y antiformalismo, es decir, escepticismo ante las reglas; y
2. realismo, es decir, la pesadilla, e idealismo, esto es el sueño noble.

Al respecto, me permito recordar la caracterización del formalismo y del antiformalismo, es decir, escepticismo ante las reglas:

El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamientos que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente.<sup>(33)</sup>

(31) HART, H. L. A., *Positivism and the separation...*, *op. cit.*, pp. 25/26.

(32) HART, H. L. A., *The concept of law*, *op. cit.*, pp. 152/153.

(33) *Ibid.*, p. 183.

Por cierto, la representación es igualmente aplicable al realismo (es decir, la pesadilla) y al idealismo (es decir, el sueño noble):

[H]e retratado la teoría del derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Sueño Noble: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto, según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra.<sup>(34)</sup>

Mi argumento es que la “textura abierta del lenguaje” permite a Hart colocarse, aparentemente, en algún término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos, al abogar por una indeterminación moderada —es decir, el derecho es a veces determinado y otras veces indeterminado— y al cuestionar tanto una determinación radical —esto es, el derecho siempre es determinado o nunca indeterminado— como una indeterminación radical —es decir, el derecho siempre es indeterminado o nunca determinado. Sin embargo, al caracterizar el ejercicio de la discreción o elección —requerido para enfrentar la indeterminación moderada— como legislativo, la posición de Hart coincide con uno de los extremos —i.e. Escila, el mal menor— pero falla en alcanzar el término medio al sugerir que en esos casos los jueces legislan, lo cual equivale a una violación al principio de división de poderes.

En pocas palabras, Hart afirma que una “actividad judicial creadora”<sup>(35)</sup> es requerida para enfrentar la indeterminación moderada, y esta ciertamente implica discreción, pero el problema es que él equipara “creativo” a “legislativo” y “discreción judicial” a “legislación judicial”. En voz de Hart:

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente (...) que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y

---

(34) HART, H. L. A., *American jurisprudence through...*, op. cit., p. 348.

(35) HART, H. L. A., *The concept of law*, op. cit., p. 167.

arbitraria, por un lado, y la deducción “mecánica” a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos (...) En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de “legislativa” a tal actividad judicial.<sup>(36)</sup>

En lo personal no tenemos problema en aceptar que los jueces realizan una “actividad judicial creativa” no solo al crear una norma individualizada que es aplicada al caso concreto, sino también al crear, al mismo tiempo, un criterio o precedente de interpretación que puede ser aplicado a casos futuros.<sup>(37)</sup> Sin embargo, rechazamos que dicha “actividad judicial creativa” constituya o tenga que constituir necesariamente una actividad “legislativa” o “cuasi legislativa”. Por cierto, Hart caracteriza erróneamente “dos tipos de actividad creativa o legislativa”:

Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente **restringiendo la regla** extraída de este, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que si lo fue, quedó abierta. Este proceso de “distinguir” el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquel y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por la ley o por un precedente previo. Hacer esto es **ampliar la regla**.<sup>(38)</sup>

(36) *Ibid.*, pp. 252/253.

(37) En realidad, las legislaturas, especialmente en los países del *common law*, delegan una autoridad limitada a las cortes al grado de que pueden ser descritos como sistemas de derecho creado por los jueces, a través de sus opiniones judiciales por la vía de la interpretación, pero no necesariamente constituyen una legislación judicial y como tal no implican una violación a la democracia y a la división de poderes.

(38) HART, H. L. A., *The concept of law*, op. cit., p. 168.

De igual forma, admitimos que tanto la **restricción** como la **ampliación** de la norma son producto de una "actividad judicial creativa" resultante de la interpretación de una norma preexistente, pero negamos que sea equiparable a la creación legislativa de una norma nueva o al cambio cuasilegislativo de la norma existente. En ambos casos, es decir, tanto en la restricción como en la ampliación, ya hay una norma existente cuyo alcance es restringido o ampliado mediante la interpretación, pero la norma no es creada ni cambiada de la nada y como tal no es un acto de legislación o cuasi legislación. De forma similar, argüimos que en los casos donde hay lagunas jurídicas a ser colmadas o llenadas el juez ejercita ciertamente una "actividad judicial creativa", la cual no es inventiva sino interpretativa para declarar el derecho existente o, más precisamente, para cubrir las lagunas con material jurídico preexistente, incluidos principios y objetivos o propósitos. Es más, cuando los tribunales anulan una decisión previa, me parece que no crean necesariamente un derecho nuevo ni cambian el derecho existente, pero reconocen una equivocación previa en la interpretación del derecho al corregir o enmendar la misma con su opinión.<sup>(39)</sup>

No obstante, la respuesta de Hart en el "postscript" acerca de la "discreción judicial" insiste en que los jueces tienen poderes creadores de derecho y, en consecuencia, considera que es una forma de "legislación judicial":

[E]n cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su **discreción** y **crear** derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea

---

(39) No negamos que haya un cambio en el estado de las cosas pero afirmamos que es correctivo de una interpretación previa equivocada y que como tal no es inventivo sino interpretativo.

nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho.<sup>(40)</sup>

Y, además, sugiere que dichos poderes legislativos son “intersticiales”:

Es importante observar que el poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente, no regulados por el derecho, es diferente del [que dispone] una legislatura: no solo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que **estrechan** sus **opciones**, restricciones de las cuáles (*sic*) una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador.<sup>(41)</sup>

La parte de la réplica de Hart referente a las “restricciones” lo posiciona en realidad muy cerca de Kelsen —e incluso de Duncan Kennedy—. <sup>(42)</sup> Sin embargo, la insistencia de Hart sobre la naturaleza de dichos poderes de creación del derecho como intersticial, pero legislativa todavía, pone a Hart de nuevo sobre los hombros de Holmes: “En cualquier sistema jurídico moderno debe haber muchas ocasiones en las cuales el derecho

(40) HART, H. L. A, *The concept of law*, 2º ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, con “*Postscript*”, p. 54 [versión en español: *Post scriptum* al concepto de derecho, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000].

(41) *Ibid.*, p. 56.

(42) De hecho, Kennedy —en un intento de separarse a sí mismo y al movimiento de estudios críticos jurídicos del movimiento del realismo jurídico estadounidense— ha insistido en que la indeterminación que él tiene en mente no es radical pues la adjudicación implica tanto “libertad” como “restricción”, con lo cual se trata de acercarse a la tesis de la indeterminación moderada tanto de Hart como de Kelsen (KENNEDY, DUNCAN, “*A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation*”, en *Legal Reasoning: Collected Essays*, versión revisada, Aurora, Colorado, The Davies Group, 2008 [versión en español: “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2, Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez (trads.), pp. 363/385; KENNEDY, DUNCAN, “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, en *Journal of legal education*, n° 36, 1986, pp. 518/562 [versión en español: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo (trads.), Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999].

establecido fracasa para dictar una decisión en un sentido o en el otro, al grado tal que si las cortes tienen que decidir tales casos ellas deben ejercer un poder creativo 'intersticial' limitado, o 'discreción'".<sup>(43)</sup>

El hecho de que sea intersticial y limitado no cancela que sea legislativo o cuasi legislativo.<sup>(44)</sup> Como se pueden imaginar, nuestro sentir es que Hart —al apelar a una forma de discreción que equipara lo creativo a lo legislativo o cuasi legislativo— pierde una importante distinción y me parece que estamos en peligro si también la perdemos de vista. La distinción que tengo en mente es entre una "actividad judicial creativa", "interpretativa" e "inventiva" ("legislativa" o "cuasi-legislativa"), las cuales corresponden a una forma "débil" y "fuerte" de discreción,<sup>(45)</sup> es decir, entre la discreción débil para interpretar el derecho (existente) e inclusive los principios y objetivos o propósitos implícitos a ser aplicados al caso concreto; y la discreción fuerte para inventar el derecho, ya sea al crear o legislar un derecho nuevo o bien al cambiar o cuasi legislar el derecho existente.

Después de todo, Hart admite que:

[L]os jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general o algún objeto o propósito general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida, como ejemplificando o anunciando una solución determinada, en qué cuestiones, para el caso difícil que surge.<sup>(46)</sup>

Al respecto habría que reconsiderar el ejemplo de Hart: "No [se admiten/ permiten] vehículos en el parque". Baste imaginar que un día un chico llamado Freddie, que lo único que quiere hacer es andar en bicicleta, llega a un parque con esta y es prevenido para hacerlo por la autoridad —el cuidador del parque o un policía— que le señala la prohibición. Supongamos que su madre, la Sra. Mercury, impugna la decisión en su nombre y alcanza

(43) HART, H. L. A., "Introduction", en *Essays in jurisprudence...*, op. cit., 1983, p. 6.

(44) HART, H. L. A., "American Jurisprudence through...", op. cit., p. 332.

(45) Si bien estoy consciente de que Dworkin introdujo la distinción entre dos formas de discreción "débil" y "fuerte", me voy a distanciar de su versión para tratar de desarrollarla en una forma consistente con la de Hart y con una verdadera posición intermedia o término medio (DWORKIN, RONALD, "The model of rules", en *University of Chicago Law Review*, n° 35 (1), 1967, pp. 14/46.

(46) HART, H. L. A., *The concept of law...*, con "Postscript", op. cit., p. 58.

un punto en el que un juzgador, con autoridad final, debe resolver la disputa. Es claro que la palabra "vehículos" es vaga, pero las bicicletas son típicamente incluidas en los vehículos, pero no es claro si la prohibición incorpora a las bicicletas o no. ¿Qué esperamos que haga el juzgador, que se ponga a interpretar o a inventar el derecho? En otras palabras: ¿esperamos que el juzgador actúe como si fuera el legislador para crear (o legislar) el derecho nuevo o para cambiar (o cuasi legislar) el derecho existente? O bien, ¿esperamos que el juzgador aplique (e interprete) el derecho preexistente y para tal efecto apele no solo a los principios, sino también a los objetivos o propósitos? Alternativamente: ¿esperamos que el juzgador ejercite una discreción fuerte caracterizada como inventiva (y legislativa) para ir en cualquier dirección? O bien, ¿esperamos que ejercite una discreción débil concebida como interpretativa para ir en busca de la solución prevista por el derecho? En mi opinión, esperamos que el juzgador ejercite una discreción débil e interpretativa al apelar no solo a los principios, sino también a los objetivos o propósitos. En ese sentido, ante la pregunta abstracta de cuál es o cuáles son los objetivos o propósitos que se persiguen con la prohibición, en mi opinión, el juzgador determinará que el objetivo o propósito es la protección de los usuarios del parque de ciertas formas de vehículos que pueden causarles un daño o representen un peligro o riesgo innecesario. Ahora bien, ante la pregunta concreta de si un chico que anda en bicicleta puede causarles un daño o representar un peligro o riesgo innecesario, o bien, si el hecho de andar en bicicleta es compatible o no con los demás usuarios quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar, podemos suponer que el juzgador determinará que el andar en bicicleta *per se* no causa un daño ni representa un peligro o riesgo innecesario, pues es compatible con los demás usuarios quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar, y, por esa razón, concluiría que *prima facie* la prohibición "No [se admiten/permiten] vehículos en el parque" no aplica a las bicicletas.

Tomar la distinción seriamente implica que los jueces, en lugar de ejercer una "discreción fuerte" y ponerse a inventar (es decir, legislar y cuasi legislar), opten por ejercer una "discreción débil" y se pongan a interpretar mediante la apelación no solo a principios, sino también a objetivos y propósitos. El problema para Hart —y sus seguidores— es que esta posición intermedia o término medio —interpretación creativa, es decir "discreción débil e interpretativa"— entre los dos extremos representados por la interpretación no-creativa —i.e. "aplicación deductiva o mecánica"— y



la legislación (judicial) creativa —i.e. “discreción fuerte e inventiva (y legislativa)” — hace eco de la “interpretación constructiva” de su archienemigo, como Hart mismo admite:

Esto realmente constituye el verdadero núcleo de una “interpretación constructiva”, la cual es un rasgo tan característico de la teoría de la judicación de Dworkinúm (*sic*). Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no la elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y un juez frecuentemente tendrá que escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consciente, en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho. Solo si para todos estos casos hubiera siempre que encontrar en el derecho existente un único conjunto de principios de orden superior que asignaran pesos relativos o prioridades a tales principios competitivos de orden inferior, la importancia de la creación judicial no sería meramente diferida, sino eliminada.<sup>(47)</sup>

#### 4. El modelo del juez Hércules y la tesis de la única respuesta correcta

Cabe recordar que al igual que “el modelo de los mandatos” de John Austin<sup>(48)</sup>, fue el blanco de H. L. A. Hart (1961/1963), quien lo confronta con “el modelo de las reglas”; este fue, a su vez, el objeto del ataque de Ronald Dworkin, quien lo enfrenta con “el modelo de los principios”. Lo anterior con la publicación original de su celeberrimo *The model of rules* —“El modelo de reglas”—<sup>(49)</sup> y, sobre todo, de la colección de sus primeros ensayos en *Taking rights seriously* —Los derechos en serio—. <sup>(50)</sup>

(47) HART, H. L. A., *The concept of law*, 2º ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, con “Postscript”, pp. 58/59.

(48) AUSTIN, JOHN, “The province of jurisprudence determined...”, *op. cit.*; AUSTIN, JOHN, “The uses of the study of jurisprudence”, en *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998 [1863].

(49) DWORKIN, RONALD, “The model of rules”, *op. cit.*, pp. 14/46.

(50) DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press y London, Duckworth, 1977 [2ª ed. con “Appendix: reply to critics”, 1978].

Al respecto Dworkin afirma que el positivismo jurídico concibe al derecho como un modelo o sistema de y para reglas, pero alega que el derecho es mucho más pues abarca otros patrones jurídicos que no funcionan como reglas sino como principios. En sus palabras:

Mi estrategia se organizará alrededor del hecho de que cuando los juristas razonan o argumentan acerca de derechos subjetivos y obligaciones, particularmente en aquellos casos difíciles cuando nuestros problemas con estos conceptos parecen ser más agudos, hacen uso de patrones que no funcionan como reglas, sino que operan de modo diferente como principios, políticas, y otros tipos de patrones [*principles, policies, and other sorts of standard*]. El positivismo, argumentaré, es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones que no son reglas (...). En general, usaré el término "principios" en sentido genérico, para referirme al conjunto total de estos patrones diferentes de las reglas". (...) Llamo una "política" a esa clase de patrón que determina una meta a ser alcanzada, generalmente una mejoría en algún aspecto económico, político, o social de la comunidad (...) Llamo "principio" al patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>(51)</sup>

Así, Dworkin cita los casos *Riggs v. Palmer* (también conocido como el caso *Elmer*) y *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*<sup>(52)</sup> para evidenciar que los juristas no solamente usan los principios además de las reglas, sino que además utilizan los principios para derrotar a las reglas. Asimismo, procede a distinguir las reglas de los principios. De un lado:

Las reglas son aplicables a la manera de "todo o nada". Si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión (...) [U]na regla puede tener excepciones. Las reglas

(51) DWORKIN, RONALD, "The model of rules", *op. cit.*, pp. 18/19.

(52) *Ibid.*, pp. 19/20 y 20/21.

del béisbol: si el bateador ha tenido tres *strikes*, está *out* (...) el bateador que ha recibido tres *strikes* no está *out* si el receptor suelta la bola en el tercer *strike*.<sup>(53)</sup>

Del otro: “Los principios tienen una dimensión de la que las reglas carecen —la dimensión del peso o importancia—”.<sup>(54)</sup>

De igual forma, advierte:

Si dos reglas entran en conflicto, una de las dos no es regla válida [aplicable]. La decisión de cuál es válida [aplicable] y cuál debe ser abandonada o reconstruida debe hacerse apelando a consideraciones que van más allá de las reglas mismas. Un sistema jurídico puede regular tales conflictos por medio de otras reglas, que den preferencia a la regla emitida por la autoridad más alta [*lex superior*], o a la emitida más recientemente [*lex posterior*], o la regla más específica [*lex specificae*], o algo por el estilo [*lex loci*]. Un sistema jurídico puede también dar preferencia a la regla apoyada en los principios más importantes [*in dubio pro homine/personae/reo*].<sup>(55)</sup>

Las reglas son absolutas: aplican o no (todo o nada); y los principios son no-absolutos o relativos (por su peso, su aplicación depende o varía de caso a caso y por lo mismo se requiere de alguna forma de balanceo o ponderación).<sup>(56)</sup>

Ahora bien, Dworkin en “*Hard Cases*” —“*Casos difíciles*”— critica las tesis tanto de la indeterminación como de la discreción judicial, al grado tal que para él hay respuestas correctas e inclusive una respuesta correcta en los casos más difíciles.<sup>(57)</sup> Cabe aclarar que para Dworkin no es meramente deseable ni posible, sino además necesaria, la determinación en el derecho: en el mundo de lo descriptivo y contingente puede haber infinidad de respuestas deseables o posibles en el derecho, pero en el mundo de lo prescriptivo-normativo y necesario no solamente hay, sino además debe haber una

---

(53) *Ibid.*, p. 22.

(54) *Ibid.*, p. 25.

(55) *Ibid.*, p. 26.

(56) FLORES, IMER B., “*Proportionality in constitutional and human rights interpretation*”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 7, pp. 83/113.

(57) DWORKIN, RONALD, “*Hard cases*”, *op. cit.*

respuesta correcta.<sup>(58)</sup> Aun cuando el derecho aparece como indeterminado resulta que es y debe ser determinado —o mejor dicho determinable— como veremos un poco más adelante.

Antes de proseguir cabe recordar que Dworkin critica no solo a las dos partes de la teoría jurídica dominante: la teoría del positivismo jurídico —es decir, descriptiva de qué es el derecho (*is*)— y la teoría del utilitarismo —esto es, prescriptiva de qué debe ser el derecho (*ought to be*)—, sino también a la pretensión de que ambas son independientes entre sí. De tal manera, su juicio se centra en tres aspectos:

1. la reducción del derecho a las reglas;
2. la identificación de estas no por su contenido, sino por la forma en que son creadas o aplicadas; y
3. la caracterización de que cuando hay un caso que no está cubierto claramente por una regla, no resta sino permitir que el juez ejerza su discreción.

Al respecto, es menester destacar las razones principales por las que Dworkin está en contra de esta última tesis, es decir, la discrecionalidad judicial. En primerísimo lugar, él alega que la discreción judicial violenta principios fundamentales del Estado de derecho y presenta el siguiente argumento:

Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” es decir que su caso “cae” bajo una regla jurídica válida que le exige que haga o se abstenga de hacer algo. (Decir que alguien tiene un derecho subjetivo, o tiene un poder jurídico de algún tipo, o un privilegio jurídico o inmunidad, es afirmar de un modo abreviado, que otros tienen real o hipotéticamente la obligación jurídica de actuar o abstenerse de actuar en ciertas maneras tocantes a él.) En ausencia de dichas reglas jurídicas válidas, no existe obligación jurídica. Se sigue entonces que cuando el juez decide un litigio ejercitando su discreción, él no está haciendo efectiva una obligación jurídica respecto a ese litigio.<sup>(59)</sup>

(58) FLORES, IMER B., “The legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): a legal theory and methodology for hedgehogs, Hercules, and one right answers”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 9, 2015, en prensa, [en línea] [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2538310](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538310)

(59) DWORKIN, RONALD, “The model of rules”, *op. cit.*, p. 11.

Lo anterior implica que el juez, al ejercer su discreción en casos difíciles, no aplica el derecho existente, sino que actúa **como si** fuera el legislador al grado de crear un derecho nuevo o bien cambiar el derecho existente; y peor aún puesto que lo hace *ex post facto*. Lo anterior constituye una clara violación no solamente de los principios de división y/o separación de poderes y de irretroactividad de la ley, sino además de principios más abstractos tales como la certeza o seguridad, generalidad, legalidad y normatividad. Por el contrario, Dworkin alega que el juzgador al apelar a los principios subyacentes no solamente aplicaría el derecho preexistente o al menos ya existente, y no tendría que crear derecho nuevo ni cambiar el derecho existente, sino que además llegaría a la única respuesta correcta para toda cuestión jurídica, aun en los casos más difíciles y hasta locos o trágicos.

Por ende, al enfilar su propuesta teórico-práctica contraponen a la teoría jurídica dominante su teoría liberal del derecho fundada en los derechos y/o principios. De este modo, presenta:

- a. la tesis de los derechos y/o principios;
- b. la tesis de la conexión y/o vinculación del derecho y la moral; y
- c. la tesis de la determinación del derecho.

Por supuesto que las tres tesis son muy controvertidas y han sido duramente criticadas por los representantes del positivismo jurídico porque abiertamente ponen en duda y rechazan algunos de sus aspectos centrales, tales como: la primacía y prioridad de las reglas, la separación del derecho y la moral, y la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial.

De las réplicas de Dworkin a sus críticos se desprenden tres tesis reforzadas:

1. la preexistencia y preeminencia de los derechos y/o principios;
2. la objetividad tanto del derecho como de la moral; y
3. la preexistencia de una respuesta correcta e, incluso, de una única respuesta correcta para cada caso.

En relación con la primera, cabe recordar que los derechos y/o principios no solo existen con anterioridad (preexistencia) —tal como queda de manifiesto en el caso *Riggs v. Palmer*—, sino que también cuentan con una primacía sobre las reglas (preeminencia) que permite considerarlos como “*trumps*”, es decir, la carta o juego que “mata todo”.

En el proceso de defender la tesis de la única respuesta correcta,<sup>(60)</sup> por una parte, en el centro de su *Casos difíciles*, Dworkin construye un juez imaginario al que denomina "Hércules":

[H]e inventado un abogado con habilidades, aprendizaje, paciencia y agudeza intelectual sobrehumanos, al cual llamaré Hércules (...) un juez en alguna jurisdicción norteamericana representativa (...) que acepta las principales reglas jurídicas constitutivas y regulativas (...) en su jurisdicción (...) esto es, que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos jurídicos, y que los jueces tienen el deber general de acatar las decisiones anteriores de su tribunal, o de tribunales superiores, cuando sus justificaciones racionales [*rationale*], como dicen los abogados, se extienden al caso en cuestión.<sup>(61)</sup>

Por otra parte, en el corazón de "*Can rights be controversial?*" continúa con la defensiva:

[H]e de defender los argumentos de este libro contra una objeción de amplio alcance y que, si no se refuta, puede ser destructiva. Mis argumentos suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad política. La objeción responde que en ocasiones no hay una sola respuesta, sino solamente respuestas.<sup>(62)</sup>

No obstante, para la fecha de la publicación original de su *No right answer?*, la defensa ya es claramente parte del ataque: "Para todos los efectos prácticos, siempre habrá una respuesta correcta en la trama entretejida de nuestro derecho".<sup>(63)</sup> A pesar de que esta oración no aparece en la versión revisada publicada como "*Is there really no right answer in hard cases?*" en *A matter of principle*,<sup>(64)</sup> no hay ninguna razón para pensar que Dworkin cambió de

(60) Aun cuando Stephen Guest (*Ronald Dworkin*, Stanford, Stanford University Press, 1992, pp. 137/147) había caracterizado a la tesis de la única respuesta correcta como "puramente defensiva", me gustaría cambiar el énfasis para sugerir que la defensa se ha convertido en parte de su ataque (*Ronald Dworkin*, 3ª ed., Stanford, Stanford University Press, 2013, pp. 135/143).

(61) DWORKIN, RONALD, "*Hard cases*", *op. cit.*, p. 44.

(62) DWORKIN, RONALD, "*Can rights be controversial?*", en *Taking rights seriously...*, *op. cit.*

(63) DWORKIN, RONALD, *No right answer?*, en P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and society: essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 84.

(64) DWORKIN, RONALD, *A matter of principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.

opinión. De hecho, cuando reinició la contraofensiva con su *"Objectivity and Truth: You'd Better Believe It"* —"Objetividad y verdad: Más vale creerlo"— insistió: "Esta tesis de la 'no respuesta correcta' no puede ser verdadera por *default* en derecho más que en ética, estética o moral."<sup>(65)</sup> Lo que es más, en lo que sería su penúltimo libro *Justice for hedgehogs*, donde reconstruyó su teoría, Dworkin distingue entre incertidumbre e indeterminación: "la indeterminación difiere de la incertidumbre": "No tengo certeza que la proposición en cuestión sea verdadera o falsa" es consistente lisa y llanamente con "Es una u otra", pero "la proposición en cuestión no es verdadera o falsa" no lo es.<sup>(66)</sup>

En pocas palabras, al diferenciar la indeterminación de la incertidumbre, tal y como lo hizo previamente al construir a Hércules, Dworkin es capaz de separar el problema de la falta de certeza, esto es, de la existencia de una demostración o prueba final de la tesis de la determinación, esto es, de la existencia —y hasta preexistencia— de una única respuesta correcta para toda cuestión jurídica aun en los casos más difíciles. La existencia —y hasta preexistencia— de la única respuesta correcta sugiere que esta "está ahí".

Sin embargo, cabe aclarar que "está ahí", por una parte, no para ser descubierta (o derivada) sino para ser construida a partir de los materiales jurídicos ya existentes o preexistentes; y, por otra parte, no para ser inventada (o creada e, inclusive, cambiada) sino para ser interpretada (e incluso argumentada) a partir de los materiales jurídicos ya existentes o preexistentes. De esta forma, la única respuesta correcta es y debe ser construida e interpretada a partir de los materiales jurídicos ya existentes o preexistentes, puesto que su valor objetivo —es decir, interés, propósito o punto— es evaluado de acuerdo con los principios subyacentes, incluidos los principios morales, los cuales no solamente justifican la práctica, sino que además están integrados en el derecho.

Como respuesta a la objeción que sugiere que los materiales jurídicos existentes y preexistentes pueden parecer contradictorios e incommensurables, Dworkin proporciona una interpretación a partir de su tesis de la unidad de valor que reconcilia los valores al mostrar que el conflicto moral requiere una más profunda forma de colaboración para solucionar

(65) DWORKIN, RONALD, "Objectivity and truth: you'd better believe it", en *Philosophy and Public Affairs*, 25 (2), 1996, p. 136.

(66) DWORKIN, RONALD, *Justice for Hedgehogs*, op. cit., p. 91.

el conflicto aparente e, incluso, para encontrar un punto de comparación o contraste, al grado tal que de alguna forma la única respuesta correcta existe incluso para “casos locos”.<sup>(67)</sup> Para tal efecto Dworkin desarrolla una variante del caso del nadador que se está ahogando, en la cual primero expone el problema y luego reflexiona sobre el mismo:

Una persona se aferra a un salvavidas en una tormenta que [ha] hundido su barco; tiburones la circulan. Otros dos pasajeros se aferran a otro salvavidas a cien yardas de distancia; tiburones los circulan. Tú tienes un bote en la playa. Tú puedes llegar a tiempo a un salvavidas en tiempo, pero no al otro.

(...)

Pero si nos aproximamos a la decisión de otra forma —al concentramos no en las consecuencias sino en los derechos— está lejos de estar claro que deberíamos automáticamente salvar al mayor número. Podríamos pensar que cada víctima tiene un derecho antecedente igual a ser salvado, y podríamos por lo tanto estar tentados por una lotería en la que cada víctima del naufragio tiene al menos una tercera parte de ser salvados. (Los tiburones están de acuerdo en dar vueltas en tanto que llevamos a cabo la lotería).<sup>(68)</sup>

En resumen, aun cuando la mayoría de las personas estarían inclinadas automáticamente a salvar a los dos naufragos, por el hecho crudo de que son más que uno, está lejos de ser cierto que esta es la respuesta correcta, mucho menos la única respuesta correcta. Ciertamente, salvar al número mayor puede parecer la respuesta correcta desde una perspectiva consecuencialista, pero no de acuerdo a una concepción basada en los derechos, principios y valores, según la cual cada persona tiene un derecho antecedente igual a ser salvada y en consecuencia debe ser tratada con igual consideración y respeto; esto, tal y como Dworkin ha abogado a través de todas su obra, desde la publicación de *Taking rights seriously*,<sup>(69)</sup> y hasta la aparición de *Justice for hedgehogs*,<sup>(70)</sup> incluidos no

(67) *Ibid.*, p.120.

(68) *Ibid.*, pp. 280/281.

(69) DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, op. cit.

(70) DWORKIN, RONALD, *Justice for Hedgehogs*, op. cit.



solo su célebre artículo “*Rights as trumps*”,<sup>(71)</sup> sino también sus libros *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*,<sup>(72)</sup> *Justice in robes*<sup>(73)</sup> y *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*.<sup>(74)</sup>

## 5. A modo de conclusión

Para concluir me permito reiterar que el modelo de juez Herbert para la decisión judicial, al asumir la tesis de la indeterminación moderada, presupone una forma de discreción fuerte o inventiva, la cual implica que los jueces en algunos casos acaban o tiene que acabar por inventar el derecho, ya sea al crear o legislar un derecho nuevo, o bien al cambiar o cuasi legislar el derecho existente; con ello el juzgador violenta la democracia y la división de poderes al invadir la competencia del legislador y usurpar una función que no le corresponde.

En contraposición, el modelo de juez Hércules para la decisión judicial, al asumir la tesis de la determinación moderada (e inclusive la tesis de la única respuesta correcta), presupone una forma de discreción débil o interpretativa, la cual implica que los jueces siempre acaban o tienen que acabar por interpretar el derecho preexistente y no inventar un derecho nuevo; con ello el juzgador no invade la competencia del legislador ni usurpa una función que no le corresponde y, en consecuencia, no viola la democracia ni la división de poderes. Como diría el propio Dworkin: “Cualquier abogado ha construido, mediante su educación, entrenamiento y experiencia, su sentido de cuando una **interpretación** encuadra los suficiente para contar por una interpretación en lugar de por una **invención**”.<sup>(75)</sup>



(71) DWORKIN, RONALD, “*Rights as trumps*”, en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

(72) DWORKIN, RONALD, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.

(73) DWORKIN, RONALD, *Justice in robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006.

(74) DWORKIN, RONALD, *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

(75) DWORKIN, RONALD, *Justice in robes*, op. cit., p. 15.

# El silencio de lo justo: una mirada crítica sobre justicia y democratización

MARINA GORALI<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** lo real - lenguaje - diferencia - justicia - democracia.

Nadie sabe lo que quiere la justicia porque la justicia no se deja escribir. Cuando digo escribir, digo instituir. La justicia no se deja instituir. Con ello debe lidiar la actividad judicial, con el límite mismo, con la propia imposibilidad. Límite que exhibe oculto que hay algo allí que no hace cuerpo. Que hay algo que el orden de lo simbólico no logra apresar. Legendre decía: en occidente, instituir es escribir. Instituir a los hombres es ante todo, escribirlos, inscribirlos, ¿marcar sus cuerpos? Kafka lo sabía bien.

La democracia enfrenta también un desafío similar: asumir que el signo de lo ilimitado la acompaña en el regazo mismo que la dialéctica de la modernidad le ofrece. Los escritores, señala Jean Claude Milner, han descripto lo ilimitado para condenar sus consecuencias y sustraerse a ellas, como el caso de Rousseau, o para constatarlas y combatir las mediante estrategias de inversión, de Baudelaire a Brecht.

Arrasar con la diferencia es no soportar el límite, aquello que hace borde, aquello que no se deja decir. En otras palabras no aceptar la falta en el

---

(1) Abogada (UBA). Lic. en Ciencia Política (UBA). Doctoranda en Derecho (UBA). Docente de Filosofía del Derecho (UBA).

lenguaje. Los hombres no se resignan a esa falta de paralelismo entre lo real (lo imposible, lo que se sustrae a la representación) y el lenguaje; pero como bien advierte Zizek, si no se acepta que hay necesariamente una "pizca de lo real"<sup>(2)</sup> en todo proceso de relación simbólica con el mundo, entonces lo simbólico entero se vuelve siniestro.<sup>(3)</sup>

El presente trabajo pretende mostrar que es, precisamente, el punto de cruce que constituye el límite mismo, el lugar que aloja un encuentro posible entre justicia y democratización. El límite, lejos de clausurar, posibilita aquel enlace, lo augura. Es a nivel del lenguaje que esta relación requiere ser situada. Democratizar la lengua supone horizontalizarla, descorrerla de todo imperio pontifical. En otras palabras, abogar por la apertura y circulación del sentido. Son las teorías críticas del derecho las que aportan las herramientas necesarias para pensar esta articulación. Como señala Cárcova, es en el campo del sentido en donde el derecho adquiere su especificidad y produce los efectos que le son propios.<sup>(4)</sup> Los juristas críticos estamos convencidos que, como operadores jurídicos, tenemos una altísima responsabilidad; responsabilidad que se liga fundamentalmente con otro compromiso: el de la defensa y ampliación del orden democrático.<sup>(5)</sup> Profundizar la democracia desde el campo jurídico exige, ante todo, democratizar al derecho mismo.

---

(2) Barthes señala que lo real no sea representable puede ser dicho de diversas maneras: ya sea que con Lacan se lo defina como lo imposible, lo que no puede alcanzarse y escapa al discurso, o bien que, en términos topológicos, se verifique que no se puede hacer coincidir un orden pluridimensional (lo real) con un orden unidimensional (el lenguaje). Ver BARTHES, ROLAND, *El placer del texto y Lección inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France*, Bs. As., Siglo XXI, 2003. Ver también LACAN, JACQUES, "De lo inconsciente a lo real", *Seminario XXII, El sinthome*, Bs. As., Paidós, 2006: "Hablo de lo real como imposible en la medida en que creo que lo real es, debo decirlo, sin ley (...) Lo real es sin orden".

(3) ZIZEK, SLAVOJ, *Bienvenidos al desierto de lo real*, Madrid, Akal, 2005.

(4) Carlos Cárcova señala que "cada vez que discutimos acerca del rol judicial y el papel de la interpretación, estamos también discutiendo acerca de cómo concebimos el derecho. De este punto de vista, la Teoría Crítica propone reconstruirlo como una práctica social discursiva... Es en el campo del sentido, en donde el derecho adquiere su especificidad y produce los efectos que le son propios" Ver CÁRCOVA, C. M., "Qué hacen los jueces cuando juzgan?", en *Las teorías jurídicas post positivistas*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009. También Ruiz explica que "La teoría que formule un cuestionamiento profundo del derecho, la justicia y la política, será una pieza valiosa en el proyecto de profundizar el orden democrático, tornándolo más plural y más participativo". Ver RUIZ, A. C., "Derecho, democracia y teorías críticas de fin de siglo" en *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 2001.

(5) RUIZ, ALICIA E., "Derecho, democracia...", *op. cit.*

## 1. El límite y la diferencia: una condición necesaria

Tomando la doctrina de los todos de Lacan, J. C. Milner<sup>(6)</sup> sostiene que la Europa nacida en 1815 se establece sobre una paradoja: la sociedad moderna, ilimitada, entra en colisión con la teoría política, que es una teoría de los todos limitados. Limitado no quiere decir finito; ilimitado no quiere decir infinito sino que nada existente le forme límite, borde. El todo, puesto en uso —concluye el autor— debe ser sometido a crítica. Lo que la teoría política había legado como formas políticas limitadas, se trate del pueblo, del Estado o de la nación, experimentó una mutación brusca. O bien las formas fueron absorbidas (globalización), o bien ellas mismas viraron a lo ilimitado (pueblo total, Estado total). Liberada de toda referencia al límite, la sociedad puede formular por fin su demanda: no hay nada que lo moderno no pueda transformar. Cambiar el curso de los ríos, controlar lo aleatorio, todo es posible. En el plano político, se trata de fabricar una forma política completamente nueva, forma que acompañe aquella pretensión ilimitada de la modernidad. Es decir, un modelo donde se arrasa con la diferencia, anulándola, callándola. Desdibujamiento que hace burla con la paradoja misma que la modernidad silencia: el cuerpo político levantando muros, barreras que, lejos de defenderlo, lo ahogan en la clausura amorfa de la mismidad. El otro como problema.

Como decíamos, sin una “pizca de lo real” lo simbólico se torna siniestro. Arrasar con la diferencia es no asumir el límite, aquello que hace tope, contorno, aquello que no se deja decir. En otras palabras, no aceptar la falta en el lenguaje. Fabricar al hombre, escribía Legendre, es decirle el límite.

Levi-Strauss entendía bien el papel fundante de la diferencia: la prohibición del incesto expresa el pasaje del hecho natural de la consanguinidad al hecho cultural de la alianza.<sup>(7)</sup> Naturaleza y cultura; lo crudo y lo cocido. Sperling<sup>(8)</sup> decía que la lengua, tanto como la cultura, es un sistema de diferencias. Los elementos de la significación funcionan no por la fuerza

(6) MILNER, JEAN C., *Las inclinaciones criminales de la Europa democrática*, Bs. As., Manatíal, 2007.

(7) La prohibición del incesto constituye el movimiento fundamental gracias al cual, por el cual, pero sobre todo en el cual, se cumple el pasaje de la naturaleza a la cultura. Ver LEVI-STRAUSS, CLAUDE, *Las estructuras elementales del parentesco*, Bs. As., Paidós, 1983, p. 59.

(8) SPERLING, DIANA, “Des(a)tinios de la violencia”, en *Nombres*, año XIII, n° 18, Córdoba, diciembre 2003.

compacta del núcleo, sino por la red de las oposiciones que los distinguen y los relacionan unos a otros. "Arbitrario y diferencial", señalaba Saussure, "son dos cualidades correlativas". En una lengua, pues, en el sistema de la lengua, no hay más que diferencias.

Desde otra perspectiva epistemológica, también la teoría sistémica de Luhmann ha enfatizado el rol estructurante de la diferencia. En la teoría luhmanniana, lo que llamamos sistema —explica Cárcova—<sup>(9)</sup> no es más que la diferencia entre sistema y entorno, esto es, la capacidad del sistema de definir sus propios límites.

El estructuralismo mismo ha acusado recibo del límite. Laclau<sup>(10)</sup> señala que el común denominador de estas revisiones ha sido la puesta en cuestión de la noción de totalidad cerrada. La tendencia del postestructuralismo ha sido experimentar la subversión de las identidades discursivas que se desprende de la imposibilidad lógica de constituir un sistema cerrado. Allí podemos nombrar a Barthes, Lacan, Kristeva, Derrida. La teoría freudiana a través de enfatizar el proceso de sobredeterminación que interviene en la constitución de todas las formaciones psíquicas, ya había insistido en la imposibilidad de fijar el significado a través de una estricta correlación entre significante y significado. Esta tendencia se radicaliza en la teoría lacaniana, en la llamada lógica del significante, el deslizamiento permanente del significado bajo el significante. A su vez, el movimiento de la deconstrucción o diseminación, iniciado por Jacques Derrida, intentó mostrar los elementos de indecidibilidad radical a ser encontrados en toda organización estructural (de un modo similar al teorema de Gödel), y cómo ninguna estructura de significación puede encontrar en sí misma el principio de su propio cierre. La estructura requiere, consecuentemente, una dimensión de fuerza, la cual tiene que operar desde fuera de la estructura.<sup>(11)</sup> Dentro de esta cadena de indecidibles,<sup>(12)</sup> la *différance* ocupa un protagonismo fundamental. Derrida designa como *différance* al movimiento según el cual la lengua, o todo código, todo sistema de

---

(9) CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 169.

(10) LACLAU, ERNESTO, "Discurso", en R. Goodin y P. Pettit (eds.) *The Blackwell Companion to Contemporary Political Thought*, Blackwell publishing, USA/UK/Australia, 1993.

(11) La democracia juega aquí un papel fundamental al impedir esta operación de cierre.

(12) Artefactos textuales que producen una especie de parálisis en el sistema conceptual de la metafísica logocéntrica y pueden abrirlo a lo que esta, hasta ahora, ha reprimido o excluido.

repeticiones se constituye históricamente como entramado de diferencias. Trabajo que recoge la doble acepción que el término conlleva. El *differer* como diferir, temporizar, recurrir a la mediación temporal;<sup>(13)</sup> y como lo diferente, lo otro. Lo que pone en relación a la alteridad radical. Movimientos ambos que suponen también un espaciamiento, una distancia, un intervalo. Un hacerse tiempo del espacio y un espacio del tiempo.

Movimiento doble que constituye a la justicia y al propio proceso judicial: la inmediatez de la venganza sustituida por la mediación temporal del tribunal. Temporalidad que escenifica un espacio otro frente a la transmisión inexorable de la culpa generacional. La *Orestíada* de Esquilo ha relatado magistralmente aquel punto de inflexión donde el mito empieza a ser contemplando con ojo de ciudadano. Como señala Vernant, que la tragedia aparezca más arraigada que ningún otro género literario a la realidad social no significa que sea su reflejo. Lejos de reflejar esa realidad, la cuestiona. Al presentarla desgarrada, dividida contra sí misma, la vuelve completamente problemática.

El drama lleva a escena una antigua leyenda de héroe. Ese mundo legendario constituye para la ciudad su pasado... un pasado lo bastante lejano para que se esbocen con nitidez contrastes entre las tradiciones míticas que encarna y las formas nuevas de pensamiento jurídico y político, pero, a la vez, lo bastante próximo para que los conflictos de valor se sientan todavía dolorosamente.<sup>(14)</sup>

La justicia se gesta así en ese corte que la Atenas democrática posibilita. El recurso al tercero que interrumpe la inmediatez de la ola de sangre que la culpa heredada exige, ubicándose en un punto de irrelación, que no es sino asimismo imposibilidad. "La persona de la justicia no es el tercero discursivo dentro de una situación dialógica, sino un punto de absoluta irrelación, en cuanto ajeno de por sí al plano de la interlocución",<sup>(15)</sup> pero

(13) Diferir en este sentido es recurrir a la mediación temporal y contemporizadora de un desvío que suspenda el cumplimiento o la satisfacción del "deseo" o de la "voluntad", efectuándolo también en un modo que anula o templa el efecto.

(14) VERNANT, JEAN P., "Esbozos de la voluntad en la tragedia griega", en *Mito y tragedia en la antigua Grecia*, Barcelona, Paidós, 2002.

(15) ESPÓSITO, ROBERTO, *La tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Bs. As., Amorrortu Editores, 2009.

como decía Levinas, la justicia es imposible si quien la confiere no se halla próximo,<sup>(16)</sup> comprometido con la sociedad a la que juzga.<sup>(17)</sup>

Derrida<sup>(18)</sup> hablaba de la justicia como aporía, una experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia. En otras palabras, una experiencia de lo imposible. La experiencia de lo que, siendo extranjero, heterogéneo con respecto al orden de lo calculable y de la regla, **debe** sin embargo entregarse a la decisión. Alicia Ruiz advertía que quien es juez sabe de esta imposibilidad.

Puede negar este saber, conformarse con aplicar mecánicamente la ley, el precedente, la doctrina y tranquilizarse diciéndose que actúa conforme a derecho. O puede, en cambio, hacerse cargo de la angustia que el acto de juzgar supone y procurar lo imposible. Se preguntará entonces acerca del otro, de los otros que quedarán signados por su decisión (...) El juez que procure lo imposible necesitará "en nombre de una exigencia más insaciable de justicia (...) reinterpretar todo el aparato de límites configurado por la historia y la cultura que nos son propias".<sup>(19)</sup>

Es en este punto de cruce, que constituye el límite mismo, el lugar que aloja un encuentro posible entre justicia y democratización. Límite que, lejos de clausurar, permite su entrelazamiento, en tanto reinterpreta el horizonte de su significación. Decir el límite es nombrar la diferencia, lo absolutamente otro, entendiendo que lo no tematizable se revela, en definitiva, como condición de posibilidad de la tematización.

## 2. Justicia, democracia y violencia

Decir el límite es también asumir la violencia; su íntima relación con el derecho y con el lenguaje. Como señala Barthes, por su estructura misma, la lengua implica una fatal relación de alienación. Hablar, y con más razón discurrir, no es, como se repite demasiado a menudo, comunicar, sino

---

(16) LEVINAS, EMMANUEL, *De otro modo que ser o más allá de la esencia*, Salamanca, Sígueme, 1987.

(17) RUIZ, ALICIA E., "El imposible acto de juzgar" en *Idas y vueltas...*, op. cit.

(18) DERRIDA, JACQUES, "Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad" en *Doxa*, n° 11, Alicante, 1992.

(19) RUIZ, ALICIA E., "El imposible acto...", op. cit., p. 29.

sujetar; toda la lengua es una acción rectora generalizada. Una lengua se define menos por lo que permite decir que por lo que obliga a decir:

... la lengua no se agota en el mensaje que engendra; que puede sobrevivir a ese mensaje y hacer que en él se oiga, con una resonancia a veces terrible, algo diferente a lo que dice, sobreimprimiendo a la voz consciente y razonable del sujeto la voz dominante, testaruda, implacable de la estructura, es decir, de la especie en tanto que ella habla.<sup>(20)</sup>

La violencia performativa que supone el acto de fundación jurídica implica, a su vez, una violencia siempre interpretativa que, como explica Derrida, ninguna justicia ni ningún derecho previo puede garantizar, contradecir o invalidar por definición. El discurso encuentra ahí su límite, en él mismo, en su poder performativo mismo.<sup>(21)</sup> Asumir el carácter irreductible del poder, la fuerza performativa intrínseca de todo acto de institución, obliga a reconocer los puntos de fuga mismos de los discursos, su paradójica posibilidad. Benjamín<sup>(22)</sup> hablaba de la violencia fundadora que instituye y establece el derecho (*Die rechtsetzende Gewalt*) y de la violencia conservadora que lo conserva y confirma (*Die rechtserhaltende Gewalt*), asegurando su permanencia y aplicabilidad. Sin embargo el discurso jurídico calla, invisibiliza, silenciando la estructura violenta de su propio acto fundador.

La palabra "democracia" conlleva también la idea misma de fuerza. De este modo se explica el que la forma sea denominada *kratía* y no *arquía*: régimen de fuerza (*kratos*) y no principio fundador (*arquía*). La democracia supone, por definición, la propia conflictividad. Ost decía que la democracia es el régimen que, sin duda por primera vez en la historia, no se propone eliminar los conflictos; por el contrario los torna visibles. Explicaba así con gran sagacidad que "los modelos racionalistas que creen encontrar en el ejercicio de la libre razón pública o de la situación ideal de diálogo las condiciones de un consenso racional, se exponen al peligro de ocultar la naturaleza propiamente política, es decir, conflictiva, de la interactuación social".<sup>(23)</sup> La democracia supone, pues, diferencia, tensión de fuerzas y conflictividad.

(20) BARTHES, ROLAND, *El placer del texto...*, op. cit.

(21) "Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a la performatividad del lenguaje instituyente o a su interpretación dominante".

(22) BENJAMIN, WALTER, "Para una crítica de la violencia", en *Conceptos de filosofía de la historia*, Terramar, La Plata, 2007. Ver también DERRIDA, JACQUES, "Fuerza de ley...", en op. cit.

(23) OST, FRANCOIS, *El tiempo del Derecho*, México, Siglo XXI, 2005.



La ilusión de la transparencia del lenguaje y de una comunidad ideal de la comunicación que permita un entendimiento intersubjetivo desprovisto de toda coacción silencia la asimetría presente en el lenguaje mismo. Es este presupuesto ilustrado de paridad lingüística el que merece ser repensado. Los sujetos no preexisten al lenguaje de manera de poder emplearlo como un instrumento neutro para llegar a un acuerdo. Por el contrario, es el lenguaje el que los constituye y atraviesa.

Esta disimetría de la lengua, bien explicada por Jespersen y Jakobson (el “yo” del que escribe yo no es el mismo yo que está leyendo el “tu”), muestra que la interlocución no puede llevarse a cabo por el simple “deseo piadoso relativo a los méritos del diálogo” sino, como dice Barthes, a través de un descenso profundo, paciente e intrincado en el interior del laberinto del sentido.<sup>(24)</sup>

Una teoría crítica del derecho —señala Ruiz— “es una lectura que es al mismo tiempo una decisión”.<sup>(25)</sup> Decisión que supone, fundamentalmente y ante todo, un cuestionamiento profundo sobre los presupuestos que permiten pensar la justicia, el derecho, la política y su innegable articulación. En ello radica el gesto que la tarea crítica expone, en visibilizar aquello de lo que no se habla, sabiendo que es en la tensión misma entre lo decible y lo indecible donde reside la posibilidad siempre infinita de la transformación. Son, en definitiva, las lecturas críticas del derecho y de la justicia las que habilitan el marco de apertura hacia una mayor democratización. Lecturas que lejos de suturar, mantienen abierta la falta, la abertura que ya somos, pasaje que nos referencia y constituye como inconclusividad. Lecturas que, situando a nivel del lenguaje la función —política— que cumple la alteridad, someten a crítica la noción misma de totalidad.

### 3. Democratización infinita

Para Lévinas, la estructura que acoge esta experiencia de la alteridad es la idea de lo infinito, cuyo movimiento consiste en sobrepasar permanentemente todo contenido. *L'autre* (el otro/lo otro) es precisamente lo que no se puede neutralizar en un contenido conceptual, pero es también el otro que exige justicia. Es este rostro del otro lo que permite detener la idea

---

(24) BARTHES, R., *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*, Bs. As., Paidós, 2013.

(25) RUIZ, AICIA E., “Miradas, lecturas, teorías”, ponencia, XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 04/10/2007.

misma de totalidad. Por totalidad Lévinas toma todo intento, consagrado de alguna manera en Hegel, de la posibilidad de abarcar el todo de lo real a través de la racionalización. Identificada con el todo, la razón hegeliana excluye todo rastro polifónico del discurso. Se trata de un monólogo que devasta el espacio interhumano del diálogo, pues, siendo única, no tiene con quién hablar. Tal es el estatuto del lenguaje como "dicho" del que todo rastro del "decir" está ausente. La lógica de la totalidad instala así un cerco ontológico concentracionario sin posibilidad del afuera, y en cuyo interior es alojado la integridad de lo existente. Frente a ello es preciso oponer la apertura misma de lo infinito, que se inscribe como aquello que no podemos abarcar (lo totalmente otro), y que al no poder abarcar mantiene abierto al pensamiento.

Para Lévinas es posible ubicar la idea de infinito "en" el pensamiento, pero es un "en" que hace estallar la identidad. El "en" indica, al mismo tiempo, la interioridad y la imposibilidad de la interioridad. Este rechazo a la totalización se produce así como relación con lo no-englobable, como el recibimiento de la alteridad.

En "De otro modo que ser o más allá de la esencia", Lévinas distingue dos tipos de temporalidad retomando las categorías saussurianas de sincronía y diacronía. La sincronía es el tiempo en el cual la conciencia rememora y presentifica las distintas fases temporales del fenómeno y las reúne en el presente de la representación. La representación acontece a través de una designación que denomina "lo dicho".

La diacronía, por el contrario ya no será el tiempo de "lo dicho" sino el tiempo del "decir". Tiempo que se temporaliza cuando las temporalidades del yo y del otro se encuentran pero sin sintetizarse en una representación. Es el tiempo del encuentro, de ser uno con el otro. Pero se trata de una interrelación que no es tematizable, porque el decir del otro, la interpelación requirente de su rostro, su modo de exponerse y salirme al encuentro, no puede ser proyectado ni representado en un dicho por la conciencia tematizadora. El decir del otro es lo inabarcable, lo que no ha formado jamás parte de la esfera de representación del mismo. Así, manifestándose en su Decir, el otro expone su tiempo, y la entrada en relación de su tiempo con mi propio tiempo se temporaliza como tiempo diacrónico.<sup>(26)</sup>

(26) GARRIDO MATURANO, ÁNGEL, *Los tiempos del tiempo. El sentido filosófico, cosmológico y religioso del tiempo*, Bs. As., Biblos, 2010.

Esta alteridad radical inaugura el espacio mismo de la *polis*. Nancy hablaba de democracia infinita: la admisión de todas las diversidades de una comunidad que no las unifica, sino que despliega su multiplicidad y con ella, el infinito en que constituyen las formas innombrables e interminables. No se trata entonces de una forma de formas ni del cumplimiento de una totalidad. El todo exige necesariamente un más que todo sin el que el todo implosiona.

La democracia requiere así de una verdadera revolución: la transformación de la propia base de la política; revolución que supone ante todo exponerse a su falta de fundamento. Circunstancia que el propio término nombra. No hay "demarquía": el pueblo no constituye un principio. Tampoco el "bien común" coagula en un contenido; por el contrario, se trata de un bien que solo se determina en el propio movimiento que lo inventa o que lo crea (formulando nuevamente una pregunta o inquietud acerca de lo que podría ser). Un bien que no responde a ningún destino originario ni a una unidad ontológica del ser. Un bien que consiste en la invención de las formas en las que el sentido se puede dar. Sentido que supone siempre circulación y repartición de posibilidades de experiencia; es decir, la posibilidad de una propuesta sobre el infinito. La esfera de lo común no es una: se constituye de múltiples acercamientos al orden del sentido. "Democracia" no es pues el nombre de una autogestión de la humanidad racional, ni el nombre de una verdad definitiva inscrita en el cielo de las Ideas. Es el nombre, vaya mal significativo —escribe Nancy—<sup>(27)</sup> de una humanidad que se encuentra expuesta a la ausencia de todo fin determinado —de todo cielo, todo futuro, pero no todo infinito—. Expuesta, existente. La democracia sustentada en el "con" se constituye así en la posibilidad misma de la apertura del sentido. Es a este nivel que la democratización de la justicia requiere ser situada, a nivel del lenguaje mismo. Poner en cuestión la noción de totalidad cerrada (que no es sino asumir la falta), libera a la lengua de su dependencia vertical, desarmando así toda jerarquía, todo imperio pontifical. Como bien indica Ost, "... es en la teoría del derecho como circulación de sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio".<sup>(28)</sup> El derecho aparece así bajo la forma de la multiplicidad, de la horizontalidad, de la huella íntima que exhibe, en su desplazamiento, la marca incesante del sentido.

---

(27) NANCY, JEAN LUC, "Democracia finita e infinita", en *Democracia, ¿en qué estado?*, Bs. As., Prometeo Libros, 2010.

(28) OST, FRANCOIS, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", en *Doxa*, n° 14, 1993, pp. 169/194.

# A efetividade da governança social: controvérsias e constatações

MIRACY B. S. GUSTIN<sup>(1)</sup>



**Palavras-chaves:** Efetividade da governança social - redes sociais mistas - comunidades urbanas de exclusão e de risco - controvérsias - regiões metropolitanas.

## 1. Considerações iniciais

O termo efetividade tem sido utilizado em inúmeros trabalhos das Ciências Sociais Aplicadas. Falta-lhe, contudo, um conceito que permita uma conexão mais direta com a esfera prática dos vários setores desse campo científico. Aqui se entenderá por *efetividade* a correlação entre cumprimento de objetivos pré-determinados —políticos ou jurídicos— com as demandas e necessidades de determinados grupos sociais ou comunidades em situação de exclusão ou de risco. O termo comunidade, da mesma forma, tem sido usado com uma conceituação bastante genérica e imprecisa. Comunidade, muitas vezes, tem sido considerada como sinônimo de

---

(1) Professora do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito-UFMG. Professora Associada da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (Aposentada). Pós-Doutora pela Universidade de Barcelona - CAPES. Doutora em Filosofia do Direito-UFMG. Mestre em Ciência Política. Especialista em Metodologia do Ensino e da Pesquisa pela Universidade de Michigan, EUA. Membro Titular do Conselho Pedagógico do Instituto de Governança Social de Minas Gerais. Coordenadora do Programa Pólos de Cidadania.

grandes regiões urbanas, de grupamentos demográficos ou de camadas sociais imprecisas (comunidades religiosas, de gênero, dentre outras). Para fundamentar melhor os argumentos que serão desenvolvidos neste artigo, considerar-se-á como *comunidade* grupos sociais que se estruturaram em torno de certos interesses recíprocos e que promovem um sentimento de solidariedade capaz de permitir o surgimento de uma coesão interna com um potencial transformador em determinados momentos. Ou seja, uma comunidade se constitui na história de determinadas camadas sociais, mas não pode ser considerada como correspondente a essa camada em sua totalidade. Assim, uma comunidade pode se constituir durante determinado período e, posteriormente se desfazer, ao se realizar o interesse que lhe deu origem. Algumas outras, ao contrário se perenizam por cultivarem interesses que têm natureza abrangente e mediata. Dessa forma, as comunidades periféricas das regiões metropolitanas devem ser detectadas para que as políticas de governança sócio-urbanas possam contemplar os interesses e demandas diversificados e, ao mesmo tempo, constituir uma identidade multicultural e não apenas plural.

Alguns outros conceitos necessitam ser esclarecidos antes de se iniciar uma argumentação mais substantiva sobre o tema. Primeiro, porque o tema será relacionado a “periferias” e não de forma genérica. Duas razões são explicativas dessa opção: uma delas de cunho estrutural, a outra ideológica. A atual crise do capitalismo financeiro internacional não deve ser omitida. Deve-se abordar, portanto, em primeiro lugar a questão das periferias internacionais e não apenas aqueles setores periféricos que se localizam no interior dos países, em especial do Brasil. A situação de países periféricos frente à internacionalização das relações não deve ser compreendida, no atual momento, apenas como um processo econômico-financeiro ou de comunicação ampliada, pela expansão ilimitada da era digital. O processo de internacionalização das relações será aqui entendido como uma sucessão de mudanças que geraram exclusões diversas: desde a exclusão de grandes regiões geográficas e de nações, até a constituição de grandes aglomerados de favelamento urbano e a exclusão de grupos sociais com interesses específicos ou comunidades. Como afirmado desde o início, comunidade, neste artigo, não terá uma definição correspondente a um espaço político ou geográfico determinado, mas a um conceito político-sociológico que se relaciona a determinadas relações entre ou intra grupos sociais que concorrem para o surgimento de interesses determinados e que, por conseguinte, promovem uma coesão

mais evidente. Aqui, essas comunidades serão tratadas do ponto de vista da identidade/não identidade das regiões metropolitanas, constituídas pelo Governo Federal no início dos anos 70, essas regiões metropolitanas sofreram todos os influxos dos problemas e percalços sócio-econômicos das características prevaletentes na segunda metade do século passado.

Os padrões tecnológicos e econômicos que predominaram até o atual momento e após a segunda metade do século XX conduziram inúmeros grupos sociais ao desemprego e subemprego, ao isolamento nas cidades e a todo tipo de exclusão e de exploração. Começou-se a pensar recorrentemente na possibilidade de se estabelecer políticas internas que pudessem minimizar, de alguma forma, esses efeitos perniciosos dessa ordem sócio-econômica sobre as camadas sociais mais fragilizadas. Gradualmente, começou-se a discutir, no âmbito acadêmico-científico e em fóruns internacionais, sobre a necessidade imediata de políticas públicas que concretizassem modelos de governança social que permitissem uma aproximação maior entre governo/sociedade organizada. Os fundamentos teóricos dessas reflexões giravam em torno da suposição de que em condições adversas e de exclusão, quando as políticas públicas permitem a geração de injustiças sociais evidentes, tornar-se-ia inevitável uma nova lógica que pudesse instituir efetivas reações locais e de regiões político-geográficas de proteção aos direitos fundamentais e humanos. A apresentação dos parâmetros que devem fundamentar essa nova lógica de inclusão e de preservação dos direitos fundamentais e humanos é o núcleo temático primordial deste texto. Antes, porém, torna-se indispensável uma primeira aproximação ao conceito de governança social. Define-se, neste artigo, como governança social algumas formas criativas de atribuição de competência às organizações que trabalham diretamente com populações ou segmentos sociais que necessitam se capacitar para resolverem necessidades ou demandas específicas. As equipes de governança social devem buscar a articulação entre grupos ou organizações da sociedade civil com esferas administrativas estatais para uma atuação que permita a otimização de ações. Para que isto ocorra são indispensáveis iniciativas formadoras que construam novas formas de conceber a atuação conjunta desses dois segmentos. A governança social deve ser uma pedagogia de vivências e de experiências no sentido de um aprendizado das organizações de base das formas de atuação social que tenham como produto uma ação com efetividade. Por essas razões, propõe-se que a governança social quando voltada para comunidades fragilizadas pela pobreza e pela exclusão sócio-cultural deve

assumir, como estratégia prioritária, o incentivo à constituição de capital social e humano e a ação por meio de redes sociais mistas ou, até mesmo, de configuração informal. Isto se deve dar muito especialmente nas regiões de maior depauperamento e em situação de incapacidade de sobrevivência com bem-estar. Nas regiões metropolitanas, essas redes podem assegurar o sucesso de um processo de governança social por possibilitarem relações solidárias entre municípios e trocas permanentes de experiências entre e intra municípios que tenham apresentados sucessos ou insucessos das ações.<sup>(2)</sup> Sabe-se que as políticas metropolitanas inter municipais podem dar origem tanto a realizações com alta prosperidade social e econômica, como, ao contrário, podem gerar efeitos bastante perversos.<sup>(3)</sup>

Essa ação pode ser direta, a partir de suas próprias organizações de base, ou indireta, por meio da ação do Estado. Nessas duas formas será indispensável uma atuação a partir de levantamentos sistemáticos e de intervenções que permitam o fortalecimento das ações dessas organizações (governamentais ou não-governamentais). Daí porque a constituição de redes permitirá maior fortalecimento desses locais onde a governança social é acompanhada da constituição de capital social e humano. Essas redes sociais, de tipo misto, conectadas com a constituição de capital social e humano poderão permitir uma atuação emancipada e que suponha a transformação de condutas tradicionais que possuíam um conteúdo de subalternidade desses grupos ou comunidades.

## 2. O que mudar e em qual direção?

Ao se referir, neste texto, a regiões de depauperamento social não se pensa apenas nas estatísticas econômicas em relação às taxas de pobreza/indigência superiores a 40%, considerada tão só a renda familiar. No caso de regiões metropolitanas, esses locais de grande adensamento apresentam outros fatores sociais e ambientais que tornam mais severa essa condição. A Região Metropolitana de Belo Horizonte - RMBH (Brasil), por exemplo, mostrou-se ao longo desses anos como a maior receptora de movimentos migracionais e, Belo Horizonte, a capital da região, liderou essa atração populacional. É nesse sentido que tem sido sofrida a sobrevivência em aglomerações domiciliares, em geral de favelamento, com ausência de

---

(2) LOMNITZ, LARISA A., REDES SOCIAIS, CULTURA E PODER, RIO DE JANEIRO, E-PAPERS, 2009.

(3) PUTNAM, ROBERT D., COMUNIDADE E DEMOCRACIA: A EXPERIÊNCIA DA ITÁLIA MODERNA, 3ª ED., RIO DE JANEIRO, FGV, 2002.

serviços básicos como o acesso a esgotos sanitários, à água potável, à coleta de lixo, ao fornecimento de luz elétrica nos domicílios e nas vias públicas. Além de tudo isso, a exposição a altos níveis de violência e a falta de segurança pública, características que tornam mais severos os índices de pobreza, segundo a renda.

A fragilidade da recuperação econômica brasileira tem sido evidente. Desde a década de 90 a renda per capita da população ficou praticamente estacionária. Nas maiores cidades, as estatísticas demonstram que a concentração de renda intensifica-se ou permanece sem alterações. O desenvolvimento auto-sustentado brasileiro tem sido tema recorrente. Algumas estatísticas às vezes, por seu espectro tópico e de análise restrita podem nos enganar e, inclusive, aos gestores públicos. Vejamos: os dados de emprego e desemprego na RMBH (PED/RMBH) apresentados por pesquisa da FJP/DIEESE/SEDESE-MG/SEADE, de setembro de 2009, demonstrou uma queda do desemprego total de 10,9% para 10,4. Ora se as políticas públicas se espelharem em dados parciais como este, talvez se entenda que pouco necessita ser feito. Mas, pergunta-se: quais as condições de emprego existem em nossa Região? Se “bem empregados” nessas 19 mil novas ocupações, por que essa visível miserabilidade em relação ao bem-estar das periferias de Belo Horizonte e da RMBH?

Tem-se acompanhado as tendências internacionais e alimentado o caráter financeiro de valorização da riqueza no país com uma contração de gastos públicos, muito especialmente em setores de manutenção de bem-estar e de desenvolvimento sustentável de comunidades. São incentivados programas assistencialistas que, de certa forma, encobrem as reais necessidades e demandas das populações mais empobrecidas. E, muito mais, algumas políticas públicas que, aparentemente, são inclusivas e perfeitamente aceitáveis por seu desejo de mudança qualitativa no sentido de aumento de bem-estar, acabam sendo expulsoras por não trabalharem com dados mais abrangentes e por não incorporarem as demandas e desejos da população “beneficiada”.

As políticas públicas para os setores periféricos devem ser pensadas em relação aos efeitos perversos não apenas sobre a população afetada, mas, inclusive, sobre os demais municípios das regiões metropolitanas. Deve-se entender que Regiões Metropolitanas são uma multiplicidade em uma aparente unidade, elas são multiculturais e multissociais, e não diversidades. As políticas públicas, especialmente aquelas que se voltam para a



governança social das regiões, devem considerar essas características, ou estarão fadadas ao fracasso.<sup>(4)</sup>

Não se deve esquecer que as chamadas necessidades fundamentais relacionam-se, de forma direta, ao princípio da igualdade material. Sendo assim, as políticas públicas quando consideram a possibilidade de governança social, deveriam definir como imperativo humano de primeira ordem a capacidade de igual acesso a bens e serviços. Sem a realização das necessidades humanas mínimas não só estão descumpridos os direitos fundamentais e humanos, bem como estão sendo diminuídas todas as possibilidades de uma sociedade que possa distribuir os bens disponíveis àqueles que mais necessitam deles. Na atual crise do capitalismo financeiro internacional, isto será, por certo, reivindicado mais fortemente. Não há como evitar o repensamento das diretrizes da economia internacional e das alternativas mais viáveis para minimizar efeitos altamente perversos para todos. Essas alternativas serão, sem dúvida, localizadas. Não serão mais possíveis “fórmulas” genéricas e baixamente inclusivas.

É bastante visível que há nos países periféricos, como o Brasil, uma apatia em relação às mudanças efetivas que possam recompor o bem-estar social e atribuir maior dignidade humana às alternativas de desenvolvimento social. Essa desesperança abala a eticidade de um propalado acordo político entre Estado e sociedade e, com ela, também se deteriora a manutenção das relações democráticas e solidárias para um razoável funcionamento da economia e a sustentação da governabilidade. Esse é um desafio que pressupõe administrações modernas que possam selecionar, com lucidez política, aquelas ações sociais que sejam prioritárias para um desenvolvimento sustentável e participativo. O velho modelo de políticas sociais assistencialistas já se exauriu. Da mesma forma as pregações quanto a um Estado mínimo. A testagem desse desafio será bem mais efetiva se ocorrer em regiões metropolitanas onde os problemas da periferização das populações tem tido graves efeitos sobre as possibilidades de uma benéfica interatividade intermunicipal.

Pelas demonstrações, razões e conceitos expostos até o momento, é que se acredita, neste artigo, que uma metodologia efetiva de constituição de

---

(4) SMOLKA, MARTÍN O., LARANJEIRA, ADRIANA DE A. “Informalidad y políticas urbanas en América Latina”, e Laranjeira, Adriana de A., Regularización de asentamientos informales em América Latina, Cambridge, Lincoln Institute, 2007, pp. 25/54.

capital social e humano para a minimização de exclusões, dentre estas aquelas derivadas da situação de pobreza e de indigência, poderia gradualmente reverter em parte esse quadro de desenvolvimento social negativo decorrentes da metropolização. Esta metodologia poderá estar conectada à formação de redes sociais para o fortalecimento desse tipo de política pública. Assistencialismos, populismos de toda espécie e distanciamento dos problemas sócio-culturais mais sérios são formas governamentais de ocultamento da realidade de nossa atual sociedade.

### **3. Governança social e capital social e humano como alternativas de inclusão social e econômica**

Pode-se deduzir, pelo exposto, que o desenvolvimento econômico das regiões metropolitanas não deve estar desconectado de sua organização social e de suas formas culturais de mudanças e de seu próprio modo de entender e de realizar essas transformações por meio de interações estratégicas inter e intra municipais. Ou seja, o desenvolvimento econômico não pode se realizar por si, como um ente sobrenatural que dita as regras e normas de uma sociedade, e sim como um dos elementos de parceria para o desenvolvimento dessa sociedade como um todo.

O documento final da “Conferência Regional sobre Capital Social y Pobreza”, realizada em Santiago do Chile, na sede da CEPAL, em 2001, traz indicações importantes sobre a relação capital social e pobreza que merecem ser analisadas. Um dos produtos da Conferência foi a discussão sobre o melhor conceito de capital social. De início, sustentou-se que o conceito deveria surgir de campos disciplinares diferenciados, como uma aproximação das conexões entre as relações econômicas e as relações sociais em um único sistema e identificar, segundo esse marco, as forças sociais que interagem com os processos de desenvolvimento.

O referido documento trabalha com sinergias entre as relações econômicas e sociais entendendo-se que seus efeitos poderão contribuir para melhorar as políticas contra a pobreza. O conceito final de capital social foi sintetizado nos seguintes termos: “Capital social é o conjunto de normas, instituições e organizações que promovem a confiança e a cooperação entre as pessoas, as comunidades e a sociedade em seu conjunto”.

Deve-se ressaltar que os integrantes da Conferência concluíram que capital social é um paradigma que não se restringe ao capital social

tradicionalmente conceituado. Refere-se, porém, ao sistema complexo da sociedade humana, desde uma comunidade de interesses local, um bairro, uma região ou, até mesmo, a uma sociedade nacional. Como se pode depreender, conceito perfeitamente aplicável à noção de integralidade das regiões metropolitanas e, ao mesmo tempo de multiculturalidade. O que não deve significar diversidade social ou cultural. Se este é um conceito socialmente e historicamente constituído, o primeiro constrói-se politicamente, conforme a vontade explícita de gestores e administradores metropolitanos, ou nas demais condições sócio-culturais e contextuais urbanas.

O documento conclui que, no caso das periferias urbanas, em primeiro lugar, torna-se crucial investir na capacidade organizativa dos pobres. E isto se deve dar em dois níveis: no micro, em que se investe na criação de associações e, no macro, atuando na mudança de regulamentos e leis para o apoio e sustentação da atividade associativa. Essa esfera micro tanto pode ser entendida de forma localizada em pontos de determinadas periferias municipais como característica similar entre periferias de municípios das regiões metropolitanas: a motivação para uma organização que se dê de forma interativa como política inter municipal. A esfera macro, no campo da regulamentação deve ser entendido, aqui, em relação a toda região metropolitana.

Sobre a utilidade de capital social o documento demonstra que uma das causas da pobreza é justamente a destruição ou perda de redes de apoio das pessoas e das famílias. Isto não deve ser entendido, entretanto, que o capital social seja patrimônio dos pobres. O documento reitera a necessidade de se potencializar as capacidades dos pobres para a formação de seu capital social, sem paternalismos. É indispensável entender que a aplicação de um conceito adequadamente formulado de capital social, no caso do atual artigo como política metropolitana explícita, ajuda à compreensão da reprodução das desigualdades sociais, ou melhor, o desempenho de papéis que tradicionalmente foram descurados, tais como: o papel da educação, das relações sociais e familiares, do estímulo à solidariedade e à amizade, dentre outros.

Ao final do documento, afirma-se ser importante o debate sobre capital social por ser uma alternativa de intervenção social que permite a compreensão das razões porque alguns programas anti-pobreza tiveram êxito e outros fracassaram.

#### 4. Uma metodologia de constituição de capital social e humano

A internacionalização de relações ao mesmo tempo em que inclui camadas intelectuais e as elites política e econômica, além das camadas médias das sociedades, é, também, um fenômeno que acarreta grandes exclusões e que distancia de forma cada vez mais evidente as camadas mais pobres das sociedades de seus demais setores. No atual momento internacional, ter acesso à informática e a todos os mecanismos da era digital é um privilégio de alguns e que marginaliza inúmeros segmentos sociais que passam a ser excedentes.

Esse fenômeno, na atualidade, não se restringe aos países periféricos, também os desenvolvidos foram afetados pela ampliação do crédito, do desemprego e pela flexibilização crescente das relações de trabalho. Porém, ainda são os países periféricos, ou do chamado Terceiro Mundo, que mais sofrem os impactos dessas relações, quer por não estarem preparados para a efetivação de políticas sociais mais proativas, quer por terem acumulado, historicamente, enormes segmentos sociais de pobreza e de indigência.

Em nosso país, o aprofundamento das necessidades básicas é evidente, ou seja, há uma incapacidade de acesso à moradia sustentável (domicílio dotado de acesso a água potável, luz elétrica e esgoto sanitário, e regularização da propriedade); uma inviabilidade de se inserir em ambiente também sustentável (ruas calçadas e ajardinadas, córregos urbanos preservados, casas com distâncias dos vizinhos segundo a legislação, etc); uma desarticulação crescente do acesso a bens e serviços (transporte coletivo nos bairros de maior pobreza, coleta de lixo, serviços de educação e de saúde de qualidade, áreas de esporte e lazer, dentre outros). Esses aspectos deveriam ser pensados/repensados à vista de regiões que se interconectam e não em formatação tópica e desagregadora. Por essa razão, postula-se aqui a construção de políticas de governança social que encarem regiões maiores, as metropolitanas por exemplo. E assim tem ocorrido no nível internacional com as políticas de governança das grandes comunidades (Europeia, Sul Americana, etc.). Os Estados nacionais deverão, portanto, deixar as tradicionais fragmentações das ações estritamente municipais ou o excesso de concentração na esfera federal para se voltar às regiões onde essas políticas poderão ter maior efetividade. Reconhecemos que se isto estivesse se realizando nas regiões metropolitanas grandes espaços de exclusão e de ausência absoluta

de bem-estar humano poderiam ser evitados por políticas pluridimensionais. Alguns espaços municipais podem ser facilmente reconhecidos pela ausência de políticas mais amplas e interativas. Daí, formam-se os grandes favelamentos nas principais cidades dessas regiões e, ao mesmo tempo e em decorrência disto, adensam-se espaços periféricos formados nas demais cidades derivados das políticas impensadas que expulsam moradores mais pobres de seus antigos locais de moradia nas capitais dessas regiões.

Todos esses fatores colocam em situação de risco grandes segmentos sociais urbanos de menor potencial de geração de renda e de altas taxas de desemprego ou de subemprego. Em relação ao desemprego, por exemplo, nos 12 meses anteriores a agosto de 2009, observou-se na RMBH um aumento no contingente de desempregados em relação à redução de 26 mil postos de trabalho, um número bastante superior às quatro mil pessoas que saíram da PEA no período (PED/RMBH, 2008-2009). Na Capital, a taxa de desemprego aumentou de 8,6% para 9,2% em relação a setembro de 2008 e nos demais municípios da Região passou de 10,8% para 12,1%. Nada mais eloqüente que esses dados para demonstrar a necessidade de políticas de governança metropolitana que considerem o todo regional e não apenas alguns setores privilegiados dessas regiões. Além dos riscos e dos danos em razão do aprofundamento das necessidades básicas ocorrem, ainda, uma multiplicidade de violências intra e extradomiciliares que derivam das condições de desemprego aberto ou oculto nos municípios da Região.

Todos os problemas e necessidades fundamentais dessas populações de extrema pobreza devem levar as instituições e organizações metropolitanas a procurarem alternativas para a minimização ou superação dos riscos e danos que acometem esses segmentos sociais diuturnamente. O desemprego e a deterioração de vida, os domicílios em locais de desabamentos iminentes, a exploração sexual de crianças e adolescentes, a fome ou a falta de nutrientes mínimos são riscos e danos que interferem sobre as condições de realização de cidadania e de dignidade dos moradores dessas localidades.

Deve-se procurar alternativas de desenvolvimento sócio-econômico e de inclusão desses grupamentos empobrecidos e, no momento, a proposta de constituição de capital social e humano (ou de constituição de capital metropolitano) e de formação de redes sociais mistas é a mais compatível com a realidade que tem depreciado as regiões metropolitanas. Uma

proposta metodológica de constituição de capital metropolitano deve se estruturar a partir de dois núcleos temáticos fundamentais: cidadania e emancipação.

Conceitua-se *cidadania* como a democratização de relações para a sustentação da diversidade. Essa diversidade pode ser étnica, religiosa, de gênero, sócio-econômica, municipal, dentre outros. A cidadania poderá ser construída e realizada quer em espaços domésticos, produtivos ou político-comunitários. Este último impõe-se como mais compatível com a estrutura das regiões metropolitanas. O pressuposto mais importante desse núcleo teórico é o resgate do princípio de comunidade que, por sua vez, deve pressupor relações horizontalizadas e coextensivas e, ao mesmo tempo, o estímulo ao desenvolvimento de competências interpessoais e coletivas. Assim, pensar cidadania em regiões metropolitanas é pensar a coextensividade entre municípios.

Entende-se por *emancipação* a capacidade dos grupos de permanente reavaliação das estruturas sociais, políticas, culturais e econômicas do seu entorno, com o propósito de ampliação das condições jurídico-democráticas de suas comunidades e de aprofundamento da organização e do associativismo com o objetivo de efetivação das condições políticas pelas mudanças essenciais na vida dessa sociedade para sua inclusão efetiva no contexto social mais abrangente, ou seja, metropolitano.

Considerando as necessidades, danos e demandas das localidades das regiões metropolitanas e os núcleos teórico-metodológicos acima expostos é que finalmente se optou pela conjugação: constituição de capital social/ formação de redes sociais mistas.

Concebe-se, assim, capital social e humano ou capital metropolitano como a *existência de relações de solidariedade e de confiabilidade entre os grupos, coletivos e estruturas municipais, inclusive a capacidade de mobilização e de organização comunitárias, traduzindo um senso de responsabilidade da própria população sobre seus rumos e de pertencimento à Região*. Esses elementos subjetivos manifestam-se em ganhos concretos sobre a resolução de seus problemas, por possibilitarem maior acesso aos direitos e conseqüente melhoria da qualidade de vida e de bem-estar. As comunidades passam a atuar como sujeito compreensivo e participante em seu meio social mais abrangente, ao invés de mero beneficiário de políticas parciais.

Por essas razões, as ações dessa metodologia devem ultrapassar o âmbito das atuações conjuntamente emergenciais, apesar de algumas vezes estas serem necessárias. Os mecanismos de ação e os resultados devem ocorrer de forma enraizada e permanente no cotidiano das comunidades, mediante a revisão de práticas sociais, no sentido de favorecer a mobilização e a organização popular em relação ao todo metropolitano. São priorizadas as práticas solidárias e o processo emancipador dos grupos e coletivos.

Uma das questões a serem obtidas pela constituição de capital metropolitano é, fundamentalmente, torná-la *emancipada*, ou seja, capaz de promover o diálogo, e capaz de influenciar, deliberar e intervir nas decisões separatistas e fragmentadas do poder público e/ou das próprias municipalidades. Uma região metropolitana deve perceber-se como um ator político-social capaz de atuar na solução de seus problemas a partir de relações de organização e de solidariedade, minimizando a reiteração das diversas formas de danos econômicos e sociais. Além disso, atuar de forma incisiva quanto aos seus próprios interesses.

A metodologia sustenta-se a partir de uma conexão da teoria com a prática e se estrutura nos fundamentos da intercompreensão e da estabilidade social. Trata-se, portanto, de uma estratégia qualitativa que prioriza o contato com problemas coletivos e ela própria realiza-se a partir da atuação coletiva, ou seja, deve-se priorizar ações, discussões e decisões de equipes, especialmente em redes sociais mistas. Os resultados devem ser processados nas e pelas comunidades, formando um círculo virtuoso de revisão de práticas sociais, de mobilização e de organização popular, favorecendo a cidadania metropolitana.

As formas de compreensão das situações devem se utilizar de procedimentos argumentativo-deliberativos que envolvam todos os integrantes e interlocutores da situação social onde se atua, a partir da ação da rede social mista e de todos os seu parceiros —da esfera pública ou privada— utilizando-se de estudos de caso, reuniões, debates, capacitações, seminários, ou seja, todo procedimento que seja fundamentalmente dialógico e que envolva o maior número de integrantes e lideranças municipais. É, assim, um verdadeiro movimento pedagógico de transformação da situação tendo em vista a constituição de capital social e humano em um sentido emancipador não apenas para as esferas municipais, mas para toda Região Metropolitana.

Para a obtenção de efetividade dessa metodologia de constituição de capital social e humano são trabalhados dois valores que se entende como independentes, três outros valores derivados e constitutivos desses primeiros (dependentes) e um valor interveniente, que pode ou não ocorrer.

Os valores independentes, ou mais relevantes, são a *intercompreensão* e a *estabilidade*. Sem a realização desses elementos entende-se que não se atinge qualquer forma de capital social, quer em comunidades de baixa renda quer em outras onde o estrato social seja médio ou alto ou em regiões maiores como as metropolitanas.

A *intercompreensão* deve ser construída ou detectada no sentido de inter-relacionamento e de identificação entre sujeitos ou grupamentos, a partir da vivência de uma história comum de problemas, riscos e de demandas. Esses sujeitos constroem relações de ajuda mútua, de forma organizada. A *intercompreensão* envolve, assim, tanto relações que variam no sentido da solidariedade quanto no sentido da organização, com intensidades diversas. Da *intercompreensão* decorrem os elementos derivados e seus constitutivos, ou seja, a *organização* e a *solidariedade*.

Outro valor independente, a *estabilidade*, tem como seu elemento constitutivo o *acesso a direitos*. Acredita-se que este último será proporcionado por políticas sociais da administração pública regional ou por outros meios próprios da sociedade civil (organização da comunidade em torno da reivindicação desses direitos, atuação de grupos não governamentais externos às municipalidades, porém parceiros destas, atuação da comunidade junto ao poder público ou mesmo relações mutualistas e solidárias, muitas vezes orientadas pela rede social) que deverão reforçar a estabilidade da população permitindo que ela permaneça em seu próprio local de moradia e não necessite movimentar-se ininterruptamente entre periferias dos municípios integrantes da RMBH. A população em condições de estabilidade tende a manter uma relação de conservação e manutenção de melhorias do ambiente externo onde habita, além do envolvimento com a sustentabilidade de opções de desenvolvimento das comunidades e do próprio território metropolitano.

A sensação de pertencimento à comunidade onde reside motiva a conquista de melhorias individuais e coletivas de vida e de bem-estar. Entende-se, ainda, que a obtenção do acesso aos direitos à saúde, à educação, ao lazer, à regularização fundiária, à moradia sustentável, bem como à geração de renda, são direitos e relações contínuas que contribuem para a



estabilidade da população no local onde mora, melhorando-o e tornando mais viável a constituição de capital social. Do que se afirmou, pode-se depreender a necessidade das condições de sustentabilidade espacial, temporal, social e econômica.

O elemento interveniente, que sustenta tanto a estabilidade quanto a intercompreensão, pode não ocorrer em todas as comunidades. Ela ocorre, no entanto, com mais frequência, nas estruturas sociais de maior pobreza, como nos favelamentos. Essa variável consiste na existência de *comunidades consanguíneas ou de vizinhanças* de médio e grande porte. Essas comunidades constituem-se de familiares que se agregam por necessidade de segurança e de sustentação da sobrevivência. Essas comunidades consanguíneas, apesar do termo, são muitas vezes formadas por pessoas a elas agregadas pelo fenômeno do “compadrio”, por exemplo. Por um ato religioso de batismo dos filhos os compadres e comadres tornam-se membros dessas extensas famílias, apesar da não-consanguinidade. Nelas se formam verdadeiras redes naturais e informais de relacionamento que mantém tanto a estabilidade quanto a intercompreensão. As regularizações fundiárias, ou qualquer outro tipo de ação governamental, não deverão desagregar esse tipo de estrutura social, inclusive aquelas de vizinhanças tradicionais, que, afinal, é capaz de possibilitar estabilidade na ação de constituição de capital social e humano e de impedir, por consequência movimentos migracionais internos às regiões metropolitanas.

Essa metodologia em áreas de exclusão sócio-econômica, deverá possibilitar:

- oportunidades que permitam aos indivíduos e aos grupos, ou coletividade, adquirir capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar suas potencialidades de atividade criativa e interativa, cuja pré-condição é a autonomia;
- aprendizagens criativas e de inovação dos grupamentos humanos, permitindo-lhes, a partir da condição de crescente autonomia, a capacidade de transcenderem uma visão de um discurso comunitário tópico e os limites de uma linguagem normativa particular, possibilitando um processo de emancipação, apesar das condições adversas de vida;
- situações de formação de redes sociais que fortaleçam essas comunidades na realização de ações de intercompreensão e de solidariedade.<sup>(5)</sup>

---

(5) GUSTIN, MIRACY B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2ª ed., 2009; Sarayed-Din, LUIZA FARNESE LANA, *A ponte do Rio*, Rio de Janeiro, E-papers, 2009.

## 5. Importância de redes sociais mistas para a efetividade de capital social e humano e de governança social

Entende-se que a metodologia de constituição e/ou incremento de capital social deve estar interconectada com a constituição de redes sociais mistas. Essas redes apresentam grande valor para a realização das ações de governança social. Por esse motivo, não se poderia apresentar uma metodologia sem seu complemento indispensável no sentido de que a constituição de capital social metropolitano pudesse ter a efetividade necessária, ou seja, não apenas realizar seus próprios objetivos como, inclusive, responder às demandas e necessidades da população e municipalidades por maior harmonia, estabilidade de convivência e empoderamento das organizações e instituições locais e metropolitanas.

A governança social deverá ter como objeto imediato de sua ação as comunidades representadas ou não pelo terceiro setor, e não a sociedade como um todo que, tradicionalmente era concebida como um conjunto de indivíduos em seu sentido biológico e antropológico. Essas organizações do terceiro setor e as entidades das administrações públicas estarão envolvidas em redes de composição mista em um processo de comunicações e de intercompreensões que poderá reduzir a complexidade das demandas e das necessidades.

Assim, as redes para a constituição de capital social e humano formam-se tanto por relações interpessoais como pelas relações de grupamentos ou conjuntos, sejam eles familiares, comunitários ou institucionais. Portanto, na metodologia aqui proposta, por ser seu objeto regiões metropolitanas, a noção de rede tem um papel relevante. Ela não é vista, contudo, como um novo tipo de associativismo. Essas redes devem comportar, também, os componentes da autonomia e da emancipação e devem ser do tipo misto, ou seja, constituem-se de organizações locais, da administração estatal, além de lideranças inescusavelmente legítimas dessas comunidades. Inúmeras vezes essas redes são constituídas por processos informais: contatos de vizinhanças, relações intra ou inter-familiares, dentre outros que permitirão ações que favoreçam o desenvolvimento de comunidades.

O pressuposto da formação dessas redes é a existência de um conjunto de organizações sociais motivadas por objetivos públicos e coletivos. Uma intencionalidade política que supõe a formação de novas formas de atuação coletiva e de novos atores, também solidariamente agrupados. Muito constantemente pode ocorrer a existência de um campo ético-político

bastante fortalecido no qual sujeitos coletivos, com identidades diversas e relações sociais solidárias anteriores, transportam-se dos grupos locais para as esferas regionais, até mesmo estaduais ou federais. Esta expansão dependerá dos objetivos que perseguem e do nível de atuação autônoma e solidária de seus integrantes. Por essa razão essa metodologia pode ser aplicada com certa facilidade às regiões metropolitanas.

Os fundamentos tradicionais de redes sociais têm sido a alta coesão, lideranças legitimadas, nível educacional alto, posição de relevo na sociedade, dentre outros. Esses fundamentos seriam tidos como laços fortes. Algumas pesquisas definiram, contudo, que são os laços fracos que atribuirão maior eficácia à ação em rede em comunidades de exclusão. Ora, como conceber a importância de redes sociais em ambientes de extrema exclusão e pobreza em regiões metropolitanas quando se sabe que é justamente ali que os laços que integram as redes são extremamente fracos? Por esse e outros motivos é que se propõe aqui a constituição de redes sociais mistas, ou melhor, a conjugação de laços sociais fortes e fracos para a sustentabilidade das intervenções da rede no sentido de constituição de capital social metropolitano. A necessidade da formação de redes deriva, pois, da fragilidade dos laços existentes nas comunidades periféricas.

## 6. Algumas considerações

As alternativas de obtenção de acesso aos direitos fundamentais em localidades de extrema exclusão (favelamento) e de comunidades periféricas exigem que seja atribuída às populações desses espaços sócio-culturais o status de sujeitos de sua própria história, no interior de um processo pedagógico edificante e emancipador. Há que se instaurar um processo onde as pessoas tornam-se atores conscientes de sua exclusão e de seus riscos e danos e das suas possibilidades de solução. Só assim, é que a adversidade poderá ser superada ou minimizada e poderá haver, ainda, a possibilidade de se governarem, de administrarem seus próprios interesses. Em regiões metropolitanas isto se torna bem mais complexo. Obter essas novas condições interativas esbarram em inúmeros obstáculos: geográficos, político-culturais e intransigências de poder.

Se tomarmos, novamente, o exemplo da RMBH, a pobreza e a miséria dos municípios do eixo oeste dessa região (os municípios de Esmeraldas, Ribeirão das Neves, Ibirité), têm sido aumentadas pela emigração dessas famílias com menor poder econômico e em 2000 esse eixo representava aproxima-

damente 44% da população total da Região. Este dado, apesar de isolado já demonstra a ausência de políticas públicas que tenham como foco toda a Região e não só setores privilegiados como aqueles que abrigam os condomínios das elites regionais ou por motivos político-eleitorais. Isso nega a existência de direitos fundamentais para todos e, muito mais, demonstra que a aplicação desses direitos é desigual e injusta. O discurso, genericamente aceito, de que os direitos humanos são para todos e que já foram inclusive constitucionalizados como direitos fundamentais, parece conspirar contra evidências não apenas estatísticas, mas visíveis e incontestes na conjuntura atual das regiões metropolitanas brasileiras. A pobreza e a degradação humanas estão aí e as políticas públicas parecem desconhecê-las.

Pobreza, indigência, desemprego e subemprego, exploração sexual, inexistência de moradia para todos, inúmeros danos e violências e visível degradação humana, põem em risco as relações democráticas e o Estado de Direito. Há, entretanto, a possibilidade de resgate desses direitos e o restabelecimento, pelo menos parcial, do Estado Democrático de Direito, se essas populações excluídas e de grande pobreza, por meio da governança social e da constituição de capital social se conscientizarem de que é possível o fortalecimento de suas organizações e de suas redes sociais no sentido de viabilizar um desenvolvimento sócio-econômico sustentável de toda Região.

Assim, talvez, seja possível atribuir efetividade ao que antes se afirmou, ou seja, a governança social deve ser considerada como um meio de atribuição de competência às organizações que trabalham diretamente com populações ou segmentos sociais que necessitam se capacitar segundo respostas a condições determinadas. Essas condições, contudo, não devem ser analisadas pelos planejadores de forma fragmentada, isso inviabilizaria o valor da constituição de regiões metropolitana em nosso país.

Por esse motivo, as equipes administrativas e gestores metropolitanos que trabalham com um sentido de ampliação das possibilidades de governabilidade social devem procurar a articulação entre grupos ou organizações da sociedade civil com esferas administrativas estatais de todos os níveis para uma atuação que otimize ações e envolvimento. A governança social metropolitana deve ser, pois, uma pedagogia de vivências e de experiências no sentido de um aprendizado das organizações de base das formas de atuação social que tenham como produto uma ação com efetividade. Não sendo assim, tudo se transforma em mais uma ilusão administrativa.





# ¿Es posible una teoría de la decisión a partir de la hermenéutica?

LENIO LUIZ STRECK<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** judicial - discrecionalidad - activismo - judicialización de la política.

## 1. Consideraciones preliminares: la revolución copernicana del derecho operada por el nuevo constitucionalismo

En estos tiempos postpositivistas (con todos los problemas que este término acarrea), cada vez más hay que discutir las condiciones de posibilidad de la validez del derecho en un contexto en el que los discursos predatorios de esa validez, advenidos del campo de la política, de la economía y de la moral, buscan debilitarla. Se trata, en fin, de discutir el papel del derecho en la democracia, sus límites y su fuerza normativa.

En otras palabras, en este período de la historia, no puede considerarse válido un derecho que no sea legitimado por el sello indeleble de la democracia. En este sentido, pienso que el derecho debe ser preservado en aquello que es su principal conquista a partir de la segunda posguerra: su grado de autonomía.

---

(1) Doctor en Derecho (UFSC). Posdoctor en Derecho (Universidad de Lisboa). Profesor Titular del Posgrado en Derecho de la UNISINOS-RS; Profesor Titular del Posgrado en Derecho de la UNESA-RJ. Profesor Invitado de la Universidad ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli); Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) y Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Fiscal de la Corte de Apelación del Tribunal de Justicia de la Provincia de Rio Grande do Sul.

El nuevo papel del derecho está bien representado en aquello que Jorge Miranda llamó “revolución copernicana del derecho público”, o sea, el nuevo lugar ocupado por las constituciones de la segunda posguerra y el igualmente nuevo papel ejercido por los tribunales constitucionales, principalmente en el campo de Europa continental.

En este sentido, es importante recordar que es en ese contexto de afirmación de las constituciones y del papel de la jurisdicción constitucional que teóricos de los más variados campos de las ciencias sociales —sobre todo de los sectores vinculados a la sociología, a la ciencia política y al derecho— empezaron a tratar de fenómenos como la **judicialización de la política y el activismo judicial**. Ambos temas pasan por el enfrentamiento del problema de la interpretación del derecho y del tipo de argumento que puede, legítimamente, componer una decisión judicial.

En otras palabras: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad del argumento jurídico decisorio? ¿Bajo qué circunstancias es posible afirmar que el tribunal, en el momento de la interpretación de la constitución, no está sustituyendo al legislador y profiriendo argumentos de política o de moral?<sup>(2)</sup>

Ese es el gran dilema contemporáneo. Superadas las formas de positivismo exegético racionalista (formas exegéticas), los juristas todavía no consiguieron construir las condiciones para el control de las posturas voluntaristas (que, importante registrar, por apostar en la discrecionalidad de los jueces, no dejan de ser también positivistas). Si antes el intérprete estaba sometido a una estructura preestablecida, ya a partir del s. XX, el dilema pasó a ser: ¿cómo establecer controles a la interpretación del derecho y evitar que los jueces se apoderen de la legislación democráticamente construida?

Uno de los síntomas de ese problema reside en el crecimiento —sobre todo en países como Brasil— del fenómeno del “activismo judicial”, factor de debilitación del grado de autonomía alcanzado por el derecho en este nuevo paradigma.

---

(2) En este punto es importante mencionar estudios como “*The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*” (Chester Neal Tate y Torbjörn Vallinder), “*On law, politics & judicialization*” (Martin Shapiro, Martin y Alec Stone Sweet), “*Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*” (Ran Hirschl). En otra perspectiva, pero apuntando también a la incisividad del Poder Judicial en la conducción de la vida política, está el artículo “*Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*” (Robert A. Dahl) DAHL, ROBERT A., “*Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*”, en *Revista de Direito Administrativo*, n° 252, septiembre/diciembre de 2009, pp. 25/43.

## 2. La constitución y la exigencia de nuevos paradigmas interpretativos. Las recepciones teóricas equivocadas

Una constitución nueva exige, por lo tanto, nuevos modos de análisis: como mínimo, una nueva teoría de las fuentes, una nueva teoría de la norma, una nueva teoría hermenéutica. La pregunta que se haría es: ¿cómo podríamos mirar lo nuevo con los ojos de lo nuevo? Al final, nuestra tradición jurídica está asentada sobre un modelo liberal individualista (que opera con los conceptos oriundos de las experiencias de la formación del derecho privado francés y alemán), donde no hay lugar para derechos de segunda y tercera dimensiones. Además, no hay una teoría constitucional adecuada a las demandas de un nuevo paradigma jurídico.

Esas carencias tiraron a los juristas brasileños a los brazos de las teorías alienígenas. Consecuentemente, las recepciones de esas teorías fueron realizadas, muchas veces, de modo acrítico, **siendo la apuesta en el protagonismo de los jueces el punto común de la mayor parte de las posturas**. En efecto, hubo un real "incentivo" doctrinario a partir de tres principales posturas o teorías: **la jurisprudencia de los valores, el realismo norteamericano** (con énfasis en el activismo judicial) y **la teoría de la argumentación** de Robert Alexy. Veamos cada una de esas recepciones equivocadas; por la forma en que son trabajadas en Brasil, la Jurisprudencia de los valores y la Teoría de la argumentación de Robert Alexy serán analizadas en conjunto.

### 2.1. *Jurisprudencia de los valores y Teoría de la argumentación jurídica: los equívocos de una recepción*

Como se sabe, en el caso alemán, la jurisprudencia de los valores sirvió para equalizar la tensión producida después de la edición de la *Grundgesetz* por los aliados, en 1949. Con efecto, en los años que sucedieron a la consagración de la ley fundamental, hubo un esfuerzo considerable por parte de *Bundesverfassungsgericht* para legitimar una Carta que no había sido constituida por la amplia participación del pueblo alemán. De ahí la afirmación de un *jus* distinto de la *lex*, o sea, la invocación de argumentos que permitiesen al tribunal recurrir a criterios decisorios que se encontraban fuera de la estructura rígida de la legalidad. La referencia a valores aparece así, como mecanismo de "apertura" de una legalidad extremadamente cerrada.

En este sentido, no podemos olvidarnos de que la tesis de la jurisprudencia de los valores es, hasta hoy, de cierto modo, preponderante en aquel tribunal, circunstancia que ha provocado históricamente fuertes críticas en



el plano de la teoría constitucional al *modus interventivo* del tribunal alemán.<sup>(3)</sup> Es importante señalar, sin embargo, que la referida tensión efectivamente tuvo, a partir de la segunda posguerra, un papel fundamental en la construcción de la teoría constitucional contemporánea, por ejemplo, en Portugal, España y Brasil.

Sin embargo —y aquí se debe hacer la crítica al equívoco en el modo en que la tesis fue recibida— los juristas brasileños no se fijaron en las distintas realidades (Brasil y Alemania). En el caso específico de Brasil, donde históricamente aun la legalidad burguesa ha sido difícil de realizar, la gran lucha ha sido la de establecer las condiciones para el fortalecimiento de un espacio democrático de edificación de la legalidad, plasmado en el texto constitucional.

De la jurisprudencia de los valores, los teóricos brasileños tomaron prestado la tesis principal, la de que la Constitución es un orden concreto de valores, siendo el papel de los intérpretes el de encontrar y revelar estos intereses o valores. El modo más específico de implementación fue la teoría de la argumentación de Robert Alexy, que, no obstante, recibió una lectura superficial por una parte considerable de la doctrina y de los tribunales.

El derecho constitucional fue así tomado por las teorías de la argumentación jurídica, siendo raro encontrar constitucionalistas que no se rindan a la distinción estructural regla-principio y a la ponderación (Alexy). A partir de ese equívoco, son desarrolladas distintas tesis a veces incompatibles entre sí.<sup>(4)</sup> En la mayor parte de las veces, los adeptos de la ponderación no tienen en cuenta la relevante circunstancia de que es imposible hacer una ponderación que resuelva directamente el caso. La ponderación —en los términos propalados por su creador, Robert Alexy— no es una operación en la que se ponen los dos principios en una balanza y se apunta a aquel que “pesa

---

(3) HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992.

(4) Con relación al tema, es importante señalar el profundo estado de embarazo teórico en el que se encuentran encauzadas algunas posturas teóricas brasileñas. En efecto, hay varios constitucionalistas proponiendo que, además de la ponderación de principios, debe existir también una ponderación entre reglas (sic). Lo que llama más la atención en una propuesta como esta es el hecho de que la ponderación es uno de los factores centrales que marcan la distinción entre reglas y principios de Robert Alexy (principios se aplican por ponderación y reglas por subsunción). Más aun: si la ponderación es el procedimiento del cual el resultado será una regla posteriormente subsumida al caso concreto, ¿qué tenemos como resultado de la “ponderación de reglas”? ¿Una “regla” de la regla? ¿Cómo queda, por lo tanto, en términos prácticos, la distinción entre reglas y principios?

más” (*sic*), algo como “entre dos principios que coliden, el intérprete elige uno” (*sic*). En este sentido, hay que hacer justicia a Alexy: su tesis sobre la ponderación no envuelve esa “elección directa”.

Resulta importante añadir que en Brasil, los tribunales, en el uso sin criterios de la teoría alexiana, transformaron la regla de la ponderación en un principio. En efecto, si en la construcción propuesta por Alexy la ponderación conduce a la formación de una regla —que será aplicada al caso por subsunción—, los tribunales brasileños utilizan ese concepto como si fuese un enunciado performático, una especie de álibi teórico capaz de fundamentar los posicionamientos más diversos. Ese tratamiento equivocado —que entiende la ponderación como un principio— queda evidente a partir de una simple investigación en los tribunales brasileños.<sup>(5)</sup> Es de consignarse, por fin, que ese uso de la ponderación como un “verdadero” principio resulta de un fenómeno muy peculiar a la realidad brasileña que vengo denominando **panprincipiologismo**. En líneas generales, el panprincipiologismo es un subproducto del constitucionalismo contemporáneo que acaba por debilitar las efectivas conquistas que formaron el caldo de cultura que posibilitó la consagración de la Constitución brasileña de 1988. Ese panprincipiologismo hace que —con el pretexto de estar aplicándose principios constitucionales— haya una proliferación incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muchas veces al albedrío de la propia legalidad constitucional.

Un ejemplo ilustrativo de ese tipo de mezcla teórica (Teoría de la argumentación y Jurisprudencia de los valores) puede encontrarse en el juicio del habeas corpus *Caso Ellwanger* (Causa n° 82.424) del 17/09/2003. Veamos, en líneas generales, el caso presentado: en este juicio, el Supremo Tribunal Federal (STF) negó el pedido de declaración de la extinción de la punibilidad en favor de Siegfried Ellwanger, acusado de crimen de discriminación y prejuicio contra los judíos. Ellwanger era responsable por la edición, distribución y venta de libros antisemitas de su propia autoría.<sup>(6)</sup> La conducta de Ellwanger estaba tipificada criminalmente en el art. 20 de la ley 7716/89, cuya pena era de dos a cinco años. Lo absolvieron en primer grado, y condenado en apelación, por el Tribunal de Justicia del Estado de

(5) En el caso específico del STF, vale recordar la ADFP n° 130/DF, 2009.

(6) *Holocausto: Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do século*, y de otros autores nacionales (por ejemplo, Brasil, *Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso) y extranjeros (por ejemplo, *O Judeu Internacional*, de Henry Ford).

Rio Grande do Sul. Ante el STF, la defensa sostuvo que el hecho imputado en contra del paciente prescribió, una vez que la discriminación contra judíos —al contrario de la discriminación de color— no sería protegida por la imprescriptibilidad constitucional del crimen de racismo (art. 5º, XLII, Constitución Federal (CF)).

El relator, Ministro Moreira Alves, votó por la anuencia del habeas corpus, sosteniendo que los judíos no podrían ser víctimas de racismo, por no constituir una raza. Basó su voto (constitucionalmente inadecuado) en argumentos de política, principalmente en el hecho de que la Asamblea Constituyente había pretendido hacer imprescriptible solamente el racismo practicado contra negros.

Le correspondió al Ministro Maurício Corrêa inaugurar la divergencia que saldría vencedora, señalando lo obvio: el nazismo que permeaba las obras publicadas por Ellwanger estaba fundado esencialmente en una superioridad de raza. Durante el nazismo, el pueblo judío pasó a ser tratado como raza inferior, y eran estas las opiniones que Ellwanger profesaba por aquí. Así, casi sin querer, el Ministro Corrêa recolocó la cuestión en su debido lugar: el criterio de racismo no puede fundarse solamente en un concepto lexicográfica de raza, y la raza, para fines de protección jurídica, no se limita a una semejanza de características físicas, como el color de la piel. Aunque el Ministro no haya fundamentado de esa forma, se trata de una **contextualización de la tradición**: la historia del s. XX —con la persecución antisemita y el Holocausto— importa en ese análisis. Y, añadido, rescata los **argumentos de principio**, una vez que la erradicación de las discriminaciones y prejuicios es un objetivo de la República (art. 3º, IV, CF), que tienen carácter deontológico.

Sin embargo, parte del Tribunal entendió que se estaba ante una colisión de principios constitucionales. Principios que, a su vez, se asentaban sobre valores contradictorios entre sí. En este sentido, el Ministro Carlos Ayres Britto, tras ver en el caso una “contradicción entre principios jurídicos”, con “modelos normativo principiológicos en estado de fricción y que lleguen a derivar hacia una forma de exclusión recíproca”, entendió, por juicio de “*proporcionalidad*”, que los hechos atribuidos a Ellwanger eran penalmente atípicos, frente a la libertad de expresión. El Ministro Marco Aurélio de Mello igualmente puso la libertad de expresión y la prohibición al racismo en la balanza, y, al hacer la ponderación de los valores en juego (incluso con cita expresa de Alexy y referencia al caso Lüth, juzgado por el

Tribunal Constitucional de Alemania en 1958 y visto como pionero en la ponderación de principios), concluyó por la primacía de la libertad.

De todo modo, hay que señalar que aunque ha sido objeto de innumerables debates y ha rendido una larga discusión en la Suprema Corte (el "acórdão"<sup>(7)</sup> del Tribunal tiene no menos que 488 páginas), **la solución de la controversia era en verdad vergonzosamente simple**. No había nada a ponderar, por una simple razón: la libertad de manifestación de pensamiento simplemente **no abarca la libertad de manifestar un pensamiento racista**. Y racismo es crimen. Imprescriptible. En este sentido, el voto del Ministro Celso de Mello. En línea similar, el Ministro Gilmar Mendes recordó que las sociedades democráticas no confieren derechos de expresión a los discursos de odio (*hate speeches*), por la simple razón de que dichos discursos comprometen la propia democracia.

Como ya ha sido adelantado, el HC acabó negado.<sup>(8)</sup> Sin embargo, los votos vencidos, embasados o en argumentos de política o en juicios de ponderación bien demuestran los peligros que se corren con la teoría de la argumentación alexyana a la brasileña (que desconsidera los procedimientos formales establecidos por Alexy y termina por mezclar la ponderación alexyana con el modelo interpretativo propio de la llamada jurisprudencia de los valores). Dicho de otro modo: el recurso al relativismo ponderativo oscurece el valor de la tradición como guía de la interpretación, es decir, la ponderación acaba siendo una puerta abierta a la discrecionalidad.

## **2.2. El activismo judicial: un ejemplo de cómo la discusión viene siendo equivocadamente desarrollada en Brasil**

De modo semejante, también el término **activismo judicial** viene siendo empleado en Brasil como una *tabula rasa*. Nótese, en los Estados Unidos —y esta es la tercera recepción equivocada— la discusión sobre el gobierno de los jueces y sobre el activismo judicial acumula más de 200 años de historia. No puede olvidarse, que el activismo judicial en Estados Unidos fue hecho al revés en un primer momento (de modo que no puede

(7) Nota del traductor: *Acórdão* es el nombre dado en Brasil para la decisión de un órgano judicial de segunda instancia, que está compuesto por los votos de más de un juez.

(8) Además de los ya mencionados Ministros Maurício Corrêa, Celso de Melo y Gilmar Mendes, también votaron por la denegación los Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso y Sepúlveda Pertence.

considerarse que el activismo sea siempre algo positivo). El típico caso de un activismo al revés fue la postura de la Suprema Corte estadounidense con relación al *new deal*, que, aferrada a los postulados de un liberalismo económico del tipo *laissez faire*, impedía, por inconstitucionalidad, las medidas intervencionistas establecidas por el gobierno de Roosevelt.<sup>(9)</sup> Las actitudes intervencionistas a favor de los derechos humanos fundamentales ocurrieron en un contexto que dependía mucho más de la acción individual de una mayoría establecida, que por el resultado de un imaginario propiamente activista. El caso de la Corte Warren, por ejemplo, fue resultante de la concepción personal de cierto número de jueces y no el resultado de un sentimiento constitucional acerca de esta problemática.

Ya en Brasil ese tema toma aires dramáticos. Basta recordar, en este sentido, que **activismo judicial** aparece como un **principio** en el anteproyecto del Código Brasileño de Proceso Colectivo (art. 2º, letra i). Por cierto, tal proyecto de ley aún no ha sido analizado por el Poder Legislativo, pero la simple mención al activismo judicial como un “principio orientador” (*sic*) del proceso colectivo brasileño, ya da cuenta del estado de profundo impase teórico que impera en la doctrina.

Un buen ejemplo del tipo corriente de activismo judicial que permea el imaginario de los juristas brasileños puede ser extraído de la cuestión llevada a juicio en la *Arguição de Descumprimento de Preceito* (Argumentación de Descumplimiento de Precepto Fundamental, ADPF),<sup>(10)</sup> n° 178. Con efecto, tal medida fue interpuesta en 2009 por el Ministerio Público Federal, objetivando el reconocimiento de unión estable entre personas del mismo sexo y la garantía de los mismos derechos reconocidos a las

(9) WOLFE, CHRISTOPHER, *The rise of modern Judicial Review. From constitutional interpretation to judge-made law*, Nueva York, Rowman & Littlefield, 1994.

(10) En líneas generales, es posible afirmar que la ADPF es una medida similar al *Verfassungsbeschwerde* del derecho alemán o del derecho de amparo español y mexicano. Sin embargo, la ley 9882/1999 que reglamentó lo dispuesto en el § 1º del art. 102 CF, terminó por restringir —de manera inconstitucional— la relación de legitimados para proponer ese importante instrumento de concretización de los derechos fundamentales. La importancia de ese mecanismo para la interpretación de la Constitución puede ser comprobada por lo que viene siendo debatido en la ADPF n° 54 (que discute la constitucionalidad de la criminalización del aborto en los casos de anencefalia); ADPF n° 130 (cuyo problema central giró alrededor de la libertad de prensa y de la (im)posibilidad de censura previa) y la ADPF n° 153 (que versaba sobre la posibilidad de persecución y punición de los crímenes de tortura ocurridos durante el régimen militar). Es importante destacar que la ADPF n° 130 fue juzgada totalmente procedente por el STF, habiendo sido decretada la no recepción de la ley de imprenta (Ley 5.250/1967). Ya la ADPF n° 153 fue juzgada improcedente. La ADPF n° 54 aún aguarda sentencia.

uniones entre heterosexuales. La acción pretendía, inicialmente, que fuese reconocida y suplida la supuesta omisión del Poder Legislativo en reglamentar los derechos de las parejas homosexuales, aunque la propia Constitución, en su art. 226, §3° CF, apunta hacia otra dirección, al afirmar que “para efecto de la protección del Estado, es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en casamiento”. Denegada por orden judicial provisional, la petición fue presentada una vez más, ahora buscando una *verfassungskonforme Auslegung* del art. 1723 CC,<sup>(11)</sup> en el sentido de ofrecer protección integral a las uniones homoafectivas.

La perplejidad que surge se debe a la siguiente cuestión: ¿de qué modo podría haber la referida omisión si la propia Constitución determina que es deber del Estado **proteger la unión entre el hombre y la mujer**? ¿Dónde estaría la omisión, ya que es un comando constitucional que determina que la acción del Estado sea en el sentido de proteger la unión entre hombre y mujer? Nótese: no podemos hablar de jerarquía entre normas constitucionales, caso contrario, estaríamos aceptando la tesis de Otto Baehof al respecto de la posibilidad de existencia de normas constitucionales o inconstitucionales. Lo más increíble es que la referida ADPF también pretende anular las varias decisiones que cumplió literalmente el referido comando constitucional. Se trata, pues, de un hiper activismo.

De plano, salta a la vista la siguiente cuestión: la efectuación de una medida de ese juez volvería el Tribunal en un órgano con poderes permanentes de alteración de la Constitución, afirmando una especie caduca de *Verfassungswandlung* que funcionaría, en verdad, como un verdadero proceso de *Verfassungsänderung*, reservado al espacio del poder constituyente, derivado por la vía del proceso de enmienda constitucional.

El riesgo que surge de ese tipo de acción es que una intervención de esta monta del Poder Judicial en el seno de la sociedad produce graves efectos colaterales. Es decir: hay problemas que, simplemente, no pueden ser resueltos por la vía de una idea errónea de activismo judicial. El Poder Judicial no puede sustituir al legislador (no olvidemos, aquí, la diferencia entre activismo y judicialización: el primero, debilitador de la autonomía

(11) Artículo 1723: “Es reconocida como entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera, y establecida con el objetivo de constitución de familia”.

del derecho; el segundo, contingencial).<sup>(12)</sup> No es necesario referir las innumerables decisiones judiciales que obligan a los gobiernos a costear tratamientos médicos experimentales (incluso fuera de Brasil), como: suministro de medicamentos para erección masculina y tratamiento de la calvicie.

El verdadero caos procesal que se instaló en el caso del reconocimiento de las uniones homoafectivas da la muestra de cómo la discusión sobre el papel del Judicial en el contexto de una democracia constitucional causa turbulencia en el derecho brasileño. Como mencionado arriba, en la decisión que sanó el proceso, el entonces presidente de la Corte, Gilmar Mendes, señaló, de forma correcta, que la ADPF no se presentaba como el mejor mecanismo para la solución de la demanda, pues no se vislumbraba cuál era la omisión del Estado y en qué grado se presentaba para el deslinde de la cuestión. Así, como consecuencia de esa necesidad de adecuación de la vía procesal, la ADPF n° 178 fue transformada en ADIn (Acción Directa de Inconstitucionalidad) inscrita con el número de orden 4277. Para hacer aún más compleja la cuestión, incluso antes de que la Procuraduría General de la República haya impetrado la ADPF n° 178, el Gobernador del Estado de Río de Janeiro ya había cuestionado la constitucionalidad de la “falta” (*sic*) de protección del Estado a las Uniones Homoafectivas en la ADPF n° 132. Así, en mayo del 2011 el STF juzgó la ADPF n° 132 y la ADIn 4277, la primera impetrada por el Gobernador del Estado de Río de Janeiro y la segunda por la Procuraduría General de la República.

Las acciones fueron juzgadas parcialmente procedentes, habiendo el Tribunal, por unanimidad, reconocido la protección del Estado a las uniones homoafectivas, realizando una interpretación conforme a la constitución del art. 1723 del Código Civil Brasileño. Los argumentos que compusieron la red discursiva presente en los votos son, en la gran mayoría, sociológicos y/o morales. El enfrentamiento de la cuestión jurídica principal —o sea, de

---

(12) Anótese que hay una fracción considerable de autores brasileños preocupados con los problemas oriundos de esa equivocada recepción de la idea de activismo judicial en Brasil. Podemos registrar, en este sentido, *Vanice Lírio do Valle, José Ribas Vieira, et al* (org.), en investigación sobre esa problemática (*Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*, Juruá, 2009). Además, es siempre conveniente recordar lo siguiente: mientras el activismo judicial está umbilicalmente asociado a un acto de voluntad del órgano judicante, la judicialización de cuestiones políticas o sociales no depende de ese acto volitivo del poder judicial, sino que deriva de la expansión de la sociedad (que se vuelve cada vez más compleja) y de la propia crisis de la democracia, que tiende a producir un número gigantesco de regulaciones (sea a través de leyes, medidas provisionales, decretos, etc.) y que encuentran su punto de capilarización en el judicial y, principalmente, en las cuestiones cuyo deslinde envuelve actos de jurisdicción constitucional.

la legitimidad en sustituir la jurisdicción constitucional al poder constituyente derivado, alterando el texto de la constitución— fue evitado por la mayoría de los ministros que se limitaron a afirmar que la idea de contención del Judicial, en un caso como este, representaba una “visión oblicua” (*sic*) de las funciones del Judicial en el derecho moderno, como dedicó el Ministro Marco Aurélio, en observación al voto del Ministro Gilmar Mendes.

Solo para ilustrar lo que aquí está siendo dicho, es importante consignar que, en el voto del relator, por ejemplo, está dicho que “el órgano sexual es un *plus*, un bono, un regalo de la naturaleza. No es un peso, un estorbo, menos aún una reprimenda de los Dioses”. En el voto de otro Ministro, se lee que “la homosexualidad es rasgo de la personalidad, no es creencia, ideología u opción de vida”.<sup>(13)</sup> A partir de estos ejemplos es posible visualizar que el juicio de estas acciones fue determinado, mucho más, por el entendimiento personal —de ahí la cuestión del solipsismo— de cada ministro con respecto a la materia, que por una interpretación técnica de la Constitución.

Además, podríamos ir adelante en la identificación clara del activismo de la Corte en este caso: en uno de los votos, se llegó a decir que el reconocimiento de las uniones homoafectivas para efectos de la protección del Estado podría contribuir para la disminución de la discriminación y ayudaría a contener, incluso, prácticas violentas derivadas de la homofobia. Por cierto que, la disminución de la discriminación es algo saludable, bien como debe ser repudiada cualquier tipo de acción violenta en contra de los homosexuales (al final, tal cual Norbert Elias, hay que creer en el “proceso civilizador”). Sin embargo, es de preguntarse si ese tipo de juicio —nítidamente político (y sin bases empíricas)— podría servir como fundamento de una decisión judicial.

De todos modos, el caso presentado, tanto en el origen como en su desenlace, representa muy bien cómo la discusión sobre el activismo interpretativo del Supremo Tribunal Federal se realiza en el campo jurídico brasileño.

Al lado de esas tres posturas —que se convirtieron en dominantes en el plano de la doctrina y de la aplicación del derecho en Brasil— pueden

(13) Aquí cabe un comentario: ¿si fuese creencia, ideología u opción de vida, la protección del Estado debería ser rechazada? Pero, ¿y la libertad de expresión que también es garantía constitucional? Más aún, ¿cuál es la base científica en la que se apoya el argumento de que es la homosexualidad un “rasgo de la personalidad”? ¿Sería el Judicial la instancia correcta para afirmar eso como una constatación, cuyas discusiones en el ámbito de la psicología no son, ni de lejos, consensuales?



aún ser referidas manifestaciones calcadas en pragmatismos de los más variados, en la mayoría de las veces contruidos a partir de mezclas teóricas asistemáticas y contradictorias.<sup>(14)</sup> Puede afirmarse aún, que, por veces, los pragmatismos toman prestados presupuestos originarios de las teorías argumentativas, en especial la de Alexy, principalmente cuando las decisiones judiciales aplican la proporcionalidad y la razonabilidad.<sup>(15)</sup>

### 3. La reacción del *establishment* al activismo judicial, al panprincipiologismo y a la fragmentación jurisprudencial

Como puede percibirse, la así denominada “era de los principios”, que propició el surgimiento de textos constitucionales con características sociales directivas, encontró —principalmente, en países como Brasil— un imaginario jurídico todavía dependiente de la metodología tradicional y de sus variaciones, a partir de un amplio espectro que abarcaba desde normativistas (formalistas) hasta adeptos del derecho alternativo (realistas al estilo de los *Critical Legal Studies*). En efecto, de un lado, doctrina y jurisprudencia, aún vinculadas a la dogmática jurídica tradicional, continuaron sosteniendo prácticas normativistas, con enormes dificultades para comprender mínimamente el surgimiento de **una nueva teoría de las fuentes**; de otro, sectores que, a pesar de comprometidos con la concreción de la Constitución, pasaron a apostar al Poder Judicial como conductor de ese proceso, pero sin la correspondiente reflexión con relación a las condiciones de posibilidad de ese protagonismo.

O sea, la falta de teorías adecuadas a las demandas de una Constitución como la brasileña permitió la formación de un fuerte protagonismo judicial. Lo espantoso es que, incluso frente a un texto constitucional riquísimo en derechos fundamentales sociales —experiencia única en el mundo—, los intérpretes brasileños aun así vienen buscando descubrir “valores escondidos” debajo de esa tensa tesitura legal.

---

(14) Gran parte de la doctrina no obra a partir de presupuestos teóricos, sino de forma pragmática. No es difícil percibir la mezcla de procedimentalismo habermasiano con el modelo alexyano de ponderación. O sea, autores con tesis contradictorias entre sí sirven de fundamento para tesis y decisiones judiciales. En innumerables casos, neoconstitucionalismo es confundido con una mera continuidad del positivismo normativista. Como consecuencia de eso: un caos interpretativo.

(15) En este sentido, no es difícil percibir el modo por el que la ponderación, la razonabilidad y la proporcionalidad fueron siendo transformadas en enunciados de actuación. Solo para ejemplificar: STF - RCL 2126; AGR 395662; TJRS 70027526524, 70027525898, 70032218398; STF-HC 97197; HC 97677; RMS 27920; ADPF 101; ADI 2240; STJ- HC 68397.

Una de las bases del activismo judicial, que provocó una fragmentación en la aplicación judicial, fue el fenómeno del **panprincipiologismo**. “Se positivaron los valores”: así se suelen anunciar los principios constitucionales, circunstancia que facilita la “creación” (*sic*), en un segundo momento, de todo tipo de “principio” (*sic*), como si el paradigma del Estado democrático de derecho fuese la “piedra filosofal de la legitimidad principiología”, de la que pudiesen ser extraídos tantos principios cuantos los necesarios para resolver los casos difíciles o “corregir” (*sic*) las incertidumbres del lenguaje. Cientos de principios invadieron el universo de la interpretación y aplicación del derecho, fragilizando mucho el grado de autonomía del derecho y la propia fuerza normativa de la Constitución, pudiendo ser enumeradas, de manera ejemplifica, algunos de ellos, tales como: principio de la simetría, principio de la no sorpresa, principio de la confianza, principio de la afectividad, principio del hecho consumado, principio de la instrumentalidad procesal y el principio de la confianza en el juez de la causa.

Ese activismo demuestra también que su *ratio* posee un origen solipsista, lo que acaba siendo problemático porque la democracia y los avances pasan a depender de las posiciones individuales de los jueces y de los Tribunales. De todos modos —y eso hay que dejarlo muy claro— solamente frente a la consagración de una efectiva jurisdicción constitucional es que puede hablarse del problema de los activismos judiciales.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el constitucionalismo surgido de la segunda posguerra es, fundamentalmente, postpositivista; los textos constitucionales —ahora principiológicos— albergan esa nueva perspectiva del derecho. En este contexto, la búsqueda de la preservación de la fuerza normativa de la Constitución siempre corre el riesgo de quedar fragilizada por la equivocada apuesta en esa pretendida “apertura interpretativa”, una vez que —y es, en este punto, que se da, en el campo filosófico, el pasaje del esquema sujeto-objeto a la relación sujeto-sujeto— la abundante principiología vino para introducir, en el derecho, **el mundo práctico que de él había sido excluido por las diversas posturas positivistas**. Se entiende el positivismo,<sup>(16)</sup> para los

(16) Es importante resaltar que, para efectos de lo que trato en el texto, considero superado el positivismo exegético o legalista. Esto porque es posible decir que con Kelsen hay un cambio semántico en la interpretación del derecho: ya no hay una identidad isomórfica entre las palabras de la ley y la realidad factual. Para el positivismo de corte kelseniano la interpretación del derecho es un acto de voluntad que desliza en el interior de una estructura abierta nominada metafóricamente como marco de la norma (Teoría Pura del Derecho, Cap. VIII). Es

límites de este análisis, a partir de su principal característica señalada por Dworkin en su debate con Hart: la **discrecionalidad**, que ocurre a partir de la “delegación”, en favor de los jueces, del poder de solucionar los casos difíciles. Es indubitable la relación de la discrecionalidad —delegada por Hart al juez— con el **decisionismo kelseniano**. Discrecionalidad será así, el poder conferido al juez/intérprete para elegir una entre varias alternativas. El problema es saber si las alternativas son legítimas y si la “elección” se encuadra en la circunstancia discutida. Considérese, además, el problema de esa “delegación” en los casos de la interpretación del proceso judicial, que queda a merced de la interpretación discrecional del juez. El telón de fondo era —y aún lo es— la discusión sobre las condiciones de posibilidad de la realización de la democracia. Al final, si alguien tiene que decidir, por último, la pregunta que surge obligatoriamente es: ¿de qué modo podemos evitar que la legislación —supuesto producto de la democracia representativa (producción democrática del derecho)— sea solapada por la falta de legitimidad de la jurisdicción?

Puede decirse que, tanto en la operacionalidad *stricto sensu*, como en la doctrina son perceptibles —como mínimo— dos tipos de manifestación del paradigma de la subjetividad, que envuelve exactamente las cuestiones relativas al activismo, decisionismo y la admisión del poder discrecional. El primero trata del problema de forma más explícita, “asumiendo” que el acto de juzgar es un acto de voluntad (para no olvidar el octavo capítulo de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen);<sup>(17)</sup> aun en este primer grupo deben ser incluidas las decisiones que, en su resultado, implícitamente tratan de la interpretación de modo solipsista. Son decisiones que se basan en un conjunto de métodos, a

---

en este punto que se encuentra el espacio de discrecionalidad del intérprete aplicador de la norma y es para el enfrentamiento de esta dimensión que apunto mis armas.

(17) Véase como esta cuestión del positivismo kelseniano no está superada en Brasil. En el STF, uno de los ministros más antiguos sostiene a menudo en sus posiciones que la interpretación es un acto de voluntad (en la línea de la afirmación kelseniana presente del Cap. VIII de su Teoría Pura). En pronunciamiento reciente, el ministro afirmó también que la decisión es un acto en partes, en el que la primera etapa representa la construcción “ideal” (sic) de la solución para el caso y, solamente en un segundo momento, es que se buscaría la justificación de lo decidido en el ordenamiento jurídico. En las palabras del Min. Marco Aurélio de Mello: “Idealizo para el caso concreto la solución más justa y posteriormente voy al armazón normativo, voy a la dogmática a buscar el apoyo. Y como la interpretación es principalmente un acto de voluntad, en la mayoría de las veces, encuentro el indispensable apoyo” [en línea] <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154675> acceso el: 06/07/2010; [en línea] <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>, consultado 06/07/2010.

veces incompatibles o incoherentes entre sí o aun, basadas en lecturas equivocadas de autores como Ronald Dworkin o incluso Hans-Georg Gadamer, confundiendo la “superación” de los métodos con una “libre atribución de sentidos”.

De este modo, la defensa de posturas judiciales activistas, el crecimiento del **panprincipiologismo** y la fragmentación jurisprudencial, son fenómenos que derivan, en último análisis, de un mismo núcleo problemático: **la preservación subterránea del paradigma de la filosofía de la conciencia en la construcción de las teorías y doctrinas del derecho**. Un pragmatismo primitivo es invocado para justificar las decisiones individuales. Estas decisiones no conducen a un punto coherente, capaz de unificar el sentido y acomodarlo en un contexto de integridad. Así, un verdadero caos interpretativo acaba por tener lugar, algo que puede ser comparado al estado de naturaleza hobbesiano; una especie de Estado de naturaleza hermenéutico.

Pues bien, frente a ese duro proceso de fragmentación decisional, el *establishment* jurídico reaccionó creando mecanismos burocráticos que, pretensamente, pudiesen ofrecer una respuesta a ese enmarañado de decisiones y, a la vez, conducir a una racionalización del acceso a la justicia que, por fuerza de la ampliación constitucional de las demandas, también llevaba a un agotamiento del sistema. De este modo, la reforma llevada a cabo por la Enmienda Constitucional 45/2004 (que quedó conocida como Reforma del Judicial) creó dos mecanismos que venían por la senda de las cuestiones levantadas en ese tópico: las *súmulas vinculantes*<sup>(18)</sup> y la repercusión general.<sup>(19)</sup>

(18) Súmulas Vinculantes son enunciados creados por el STF siempre que haya decisiones reiteradas de la corte sobre una determinada materia puesta en juicio. La peculiaridad del sistema brasileño es que esos enunciados sumulares vinculan al propio STF, los tribunales inferiores y los órganos de la administración pública (ver art. 103-A CF). Lo que causa perplejidad es que *las súmulas* no son ni exactamente precedentes (pues son enunciados generales y abstractos que se proponen a resolver casos futuros; al paso que los precedentes de la *common law* son resueltos a partir de experiencias particulares con objetivo principal de solucionar el caso en disputa y solo indirectamente repercuten en las decisiones futuras); pero tampoco es ley, una vez que emana del órgano de cúpula del Poder Judicial. Las Súmulas Vinculantes era una reivindicación antigua de una parcela significativa de los juristas brasileños. Las justificativas para adopción de dichos mecanismos siempre obedecían a un factor de orden pragmático: número excesivo de demandas repetitivas, cuya causa siempre es debitada a la constitución (art. 5º, inc. XXXV) que amplió significativamente el acceso a la justicia y a la dificultad de controlar el sentido de las interpretaciones efectuadas por los jueces.

(19) En la línea del problema envolviendo el exceso de procesos y del agotamiento del sistema a partir de la proliferación de recursos y medidas de revisión de las decisiones que están por ser juzgadas por los Tribunales, el mecanismo de la Repercusión General aparece como

En suma, esos dos mecanismos son respuestas estructurales para un problema que es de orden paradigmático: de nada valen las sùmulas y los demás mecanismos vinculatorios —como es el caso de la repercusión general— si no enfrentamos aquello que posibilitó todo cuadro de fragmentación, relativismo y subjetivismo que acomete el derecho actual. O sea, **es necesario superar la filosofía de la consciencia y aquel que es su creación: el sujeto solipsista (Selbstsüchtiger)**. El conocimiento, más que una relación que se da entre un sujeto y un objeto, es un encuentro. Un encuentro que ocurre a partir de un entorno, de una historia, en fin, de una tradición. Es de la explicitación de este encuentro que resultará la efectiva superación del artificialismo epistemológico de la filosofía de la consciencia que siempre lleva a soluciones desconcertantes, que acaban llevando a la persistencia del núcleo del problema (en el caso brasileño, basta ver cómo la doctrina está tratando la cuestión de las sùmulas: se piensa que los problemas de la interpretación de textos pueden ser resueltos con la edición de más textos, en una especie de eterno retorno a la escuela de exégesis). En una palabra: la superación de esos problemas es una tarea hermenéutica. Lo que voy a presentar, a continuación, es una propuesta para la realización de esa superación.

#### 4. La respuesta hermenéutica al activismo

En contra del relativismo valorativo, causado por la mala recepción de la jurisprudencia de los valores (a partir de la teoría de la argumentación de matriz alexyana), y en contra del activismo pragmatista de los tribunales —factores que, sumados, acaban por llevar al panprincipiologismo y a la fragmentación de la jurisprudencia— vengo proponiendo *una* hermenéutica fuertemente anti-relativista y anti-discrecional. Este modo de trabajar la hermenéutica pasa por la constatación de dos factores que posibilitan la superación del paradigma de la filosofía de la consciencia. Se trata, en verdad, de dos revoluciones copernicanas ocurridas en el s. XX que modificaron radicalmente los caminos del derecho y de la filosofía. En el campo jurídico, la revolución copernicana del derecho público cambió el centro gravitacional del derecho: ya no son los códigos del derecho privado, sino

---

un obstáculo para la entrada de nuevos recursos que están por ser analizados y juzgados por el STF. En esta medida, los recursos extraordinarios aventados, solamente serán aceptados si pueden demostrar, en la tesis que fundamenta la demanda, la existencia de Repercusión General reconocida previamente por la corte. La repercusión general, por lo tanto, es un filtro para evitar que cualquier demanda llegue hasta la Suprema Corte de Brasil.

las constituciones las que ejercen, ahora, la función de capilarización del orden jurídico. Esa alteración radical trajo como consecuencia, también, una revolución metodológica: **los métodos tradicionales del derecho privado** —permeados por la filosofía de la conciencia— **no eran adecuados para manipular los nuevos textos constitucionales**, concebidos para hacer valer un orden democrático que, para más allá de cualquier solipsismo, debería conducir a una esfera pública e intersubjetiva de legitimación de los actos de poder del Estado. Así, otra revolución —igualmente copernicana— entra en escena: se cuida de aquello que quedó conocido como “*linguistic turn*” que opera una redefinición del papel del lenguaje en el proceso de conocimiento y abre nuevos caminos para la discusión del método en el derecho.

En el camino de esa transformación operada por el giro lingüístico —que denomino giro lingüístico-ontológico—<sup>(20)</sup> aparece la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. A partir de *Wahrheit und Methode* quedó claro que la verdad de las ciencias humanas, o ciencias del espíritu, es un acontecimiento que puede ser percibido a través del arte, de la historia y del lenguaje. Gadamer lanza así, un golpe certero contra el metodologismo que predominaba de la epistemología de esas ciencias, afirmando que la verdad es algo que, en último análisis, se opone al método. En efecto, en vez de garantizar la objetividad de la interpretación, el método —en cuanto momento supremo de la subjetividad— acaba por llevar a relativismos (por ejemplo, en el derecho la cuestión de la ponderación).

Por ello, pienso que esa objeción gadameriana al relativismo metodológico encuentra eco en la crítica que Ronald Dworkin hace al poder discrecional de los jueces, que se muestra de manera emblemática en el debate llevado a cabo con Herbert Hart. Así, mi propuesta se presenta a partir de una imbricación entre Gadamer y Dworkin. En la senda de Dworkin que, a su modo, habla de la única respuesta correcta, propongo la tesis de que todo ciudadano —que vive bajo el manto del Estado democrático de derecho— tiene un derecho fundamental de obtener de los tribunales una **respuesta constitucionalmente adecuada**.

Mi propuesta, sin embargo, no establece ningún procedimiento metodológico que garantice esa respuesta adecuada. Al contrario, rechaza cualquier tipo de procedimentalización del proyecto decisorio. Para discutir

(20) En este sentido, ver STRECK, LENIO LUIZ, *Hermenéutica Jurídica e(m) Crise*. 8ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

las condiciones bajo las cuales se basa la respuesta constitucionalmente adecuada, necesitamos disponer antes de una **teoría de la decisión**. Dicha teoría de la decisión necesita conseguir destilar los equívocos advenidos de las erróneas importaciones teóricas efectuadas por el constitucionalismo brasileño y debe conseguir producir un riguroso proceso de **justificación** de las decisiones que circulan entre la suspensión de los prejuicios del intérprete (en el sentido hermenéutico, que debe ser entendido de la siguiente forma: quien decide sobre cuestiones político-jurídicas tiene el deber de aclarar previamente los conceptos con los que está operando en el momento de la decisión), las circunstancias que componen el caso concreto y la recomposición coherente de la historia institucional del derecho (que comporta una legislación, una jurisprudencia y una doctrina).

En esta medida, como los procedimientos y metodologías son rechazados por orden judicial provisional, el único modo de demostrar la validez de la tesis se da a partir de la reconstrucción de un caso concreto, en el que se puede percibir la manifestación de la respuesta constitucionalmente adecuada.

#### **4.1. La hermenéutica y los principios conformadores de la aplicación del derecho en el Estado democrático de derecho**

Una nueva perspectiva hermenéutica, por lo tanto, viene forjándose en el seno de la doctrina brasileña,<sup>(21)</sup> a partir de dos rupturas paradigmáticas: la revolución del constitucionalismo, que institucionaliza un elevado grado de autonomía del derecho, y la revolución, provocada por el giro lingüístico-ontológico. De un lado, la existencia de la Constitución exige la definición de los **deberes sustanciales de los poderes públicos** que van más allá del constitucionalismo liberal-iluminista, disminuyendo el grado de discrecionalidad del Poder Legislativo, así como del Poder Judicial en los denominados “casos difíciles”. De otro lado, parece no quedar duda de que —contemporáneamente— a partir de los avances de la teoría del derecho, es posible decir que no existen respuestas *a priori* sobre el sentido de determinada ley que emanan de procedimientos o métodos de

(21) Las propuestas aquí presentadas pueden ser consultadas, más detalladamente, en las siguientes obras: STRECK, LENIO LUIZ, *Verdade e Consenso*, 5ª ed., San Pablo, Saraiva, 2014; *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012. En la línea de las proyecciones efectuadas en esos trabajos también son importantes las obras de RAMIRES, MAURÍCIO, *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010; TOMAZ DE OLIVEIRA, RAFAEL, *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

interpretación. En este sentido, “conceptos” que tengan la pretensión de abarcar, de antemano, todas las hipótesis de aplicación, **nada más hacen que reducir la interpretación a un proceso analítico**, que se caracteriza por el empleo “sistemático” del análisis lógico del lenguaje, buscando hallar el significado de los vocablos y de los enunciados, convirtiéndola en rehén de aquello que Dworkin llama de “agujón semántico”.

No percibimos de forma distinta (escindida), primero los textos para después, acoplarles sentidos. O sea, en la medida en que el acto de interpretar —que es siempre comprensivo y aplicativo— es unitario, el texto (pensemos, fundamentalmente, en la Constitución) no está, y no nos aparece, desnudo, como si estuviese a nuestra disposición. Con esto, también desaparece cualquier diferenciación entre estructura y contenido normativo. De este modo, no podemos olvidarnos de que mostrar la hermenéutica como producto de un raciocinio hecho por etapas fue el modo como las diversas formas de subjetivismo encontraron para buscar el control político-ideológico del “proceso” de interpretación. De ahí la importancia conferida al método, que siempre tiene la función de “aislar” la norma (sentido del texto) de su concretización.

Es importante señalar, además que, a diferencia de la comprensión de otros fenómenos, la hermenéutica jurídica contiene una especificidad: la de que el proceso hermenéutico posee un vector de sentido, producto de un proceso constituyente que no puede ser alterado a no ser por reglamento propio constante en el propio proceso originario. Y esto hace la diferencia. La Constitución es el eslabón material que une la política y el derecho, de donde puede decirse que el gran salto paradigmático en este periodo de la historia está exactamente, en el hecho de que el derecho debe servir como garantía de la democracia.

Así, en la medida en que estamos de acuerdo que la Constitución posee características especiales oriundas de un profundo cambio paradigmático, el papel de la hermenéutica pasa a ser, fundamentalmente, el de preservar la fuerza normativa de la Constitución y el grado de autonomía del derecho frente a las tentativas usurpadoras provenientes del proceso político (comprendido *lato sensu*). En este contexto, la gran ingeniería a ser hecha es, de un lado, preservar la fuerza normativa de la Constitución y, de otro, no poner la política a remolque del derecho.

Esta (inter)mediación es el papel a ser desempeñado por los principios forjados en la tradición del Estado democrático de derecho, principios



que funcionan, así, como *leitmotiv* del proceso interpretativo, como mostrando que cada enunciado jurídico posee una motivación (*Jede Aussage ist motiviert*, dirá Gadamer). Principios que tienen la función de denunciar la ruptura con la plenipotenciaridad de las reglas; el derecho no exime al intérprete de cualquier compromiso con la realidad.

Por tales razones, es fundamental que se pase a entender que “metodología” o “princiología” constitucional no quieren significar “cánones”, “reglas” o “meta-reglas”, sino un modo de concretar la Constitución, es decir, el modo por el que la Constitución debe ser “efectivamente interpretada”.

De este modo, se propone aquí un conjunto mínimo de principios (hermenéuticos) para que sean seguidos por el intérprete. Dichos principios, sostenidos en la historicidad de la comprensión y en la sedimentación de esa princiología, solamente se manifiestan cuando puestos en un ámbito de reflexión, que es radicalmente práctico-concreto —pues representan un contexto de significaciones históricas compartidas por una determinada comunidad política—. La interpretación del derecho solamente tiene sentido si implica **un riguroso control de las decisiones judiciales**, porque se trata, fundamentalmente, de una cuestión que llega al núcleo de ese nuevo paradigma: la democracia. Y sobre esto parece no haber desacuerdo.

#### **4.2. Principio uno: la preservación de la autonomía del derecho**

Este principio interpretativo abarca varios patrones compartidos por el derecho constitucional a partir de la segunda posguerra, denominados de métodos o principios, tales como el de la corrección funcional (designado por Müller como principio autónomo que veda la alteración, por la instancia decisoria, de la distribución constitucionalmente normatizada de las funciones ni por intermedio de su resultado), el de la rigidez del texto constitucional (que blindo el derecho contra las convicciones revolucionarias acerca de la infalibilidad del legislador), el de la fuerza normativa de la Constitución y el de la máxima efectividad (sentido que le dé a la Constitución la mayor eficacia, como sostienen, por todos, Pérez Luño y Gomes Canotilho). Más que apoyatura del Estado democrático, la preservación del acentuado grado de autonomía conquistado por el derecho es su propia condición de posibilidad y por ello es erigido, aquí, a la condición de principio basilar, uniendo, en el contenido, la visión interna y la visión externa

del derecho. Se trata, también, de una “garantía contra el poder contramayoritario”, que abarca la garantía de la legalidad en la jurisdicción.

En ese nuevo paradigma, el derecho debe ser comprendido en el contexto de una creciente de su autonomía, alcanzada ante los fracasos de la falta de control **de la y sobre** la política. La Constitución es así, la manifestación de este (acentuado) grado de autonomía del derecho, debiendo entenderlo en su dimensión autónoma frente a otras dimensiones con él intercambiables, como, por ejemplo, la política, la economía y la moral (y aquí hay que tener especial atención, una vez que la moral ha sido utilizada como la “puerta de entrada” de los discursos adjudicadores con pretensiones correctivas del derecho, trayendo consigo la política y el análisis económico del derecho. Es, en este contexto, en el que debe ser vista la “retomada” de la moral por el derecho, a partir de aquello que Habermas tan bien denomina de co-originariedad). Esa autonomía se da en el contexto histórico del s. XX, habiendo alcanzado su auge con la elaboración de las Constituciones de la segunda posguerra.

#### **4.3. Principio dos: el control hermenéutico de la interpretación constitucional - la superación de la discrecionalidad**

A partir del “acortamiento” del espacio de maniobra, y de la conformación del legislador y del consecuente aumento de la protección contra mayorías (eventuales o no) —núcleo del contramayoritarismo—, parece evidente que, para la preservación del nivel de autonomía conquistado por el derecho, es absolutamente necesario implementar mecanismos de control de aquello que es el repositorio del desplazamiento del polo de tensión de la legislación a la jurisdicción: las decisiones judiciales. En otras palabras, la autonomía del derecho y su umbilical conexión con la dicotomía “democracia-constitucionalismo” exigen de la teoría constitucional una reflexión de cuño hermenéutico.

Es importante referir, además, que la defensa de un efectivo control hermenéutico de las decisiones judiciales, a partir del deber fundamental de justificación y del respeto a la autonomía del derecho, no quiere decir que, a veces, no sea aconsejable y necesario una actuación propositiva del Poder Judicial (justicia constitucional), principalmente si pensamos en el indispensable control de constitucionalidad que debe ser hecho incluso, en el límite, en las políticas públicas. Sin embargo, la defensa de posturas sustancialistas y concretistas acerca de la utilización de la jurisdicción constitucional —que implica un inexorable avance con relación a las tradicionales

posturas *self restraining*— no puede ser confundida con decisiones discrecionales y actitudes pragmatistas, en el que el Judicial se sustituye al legislador, con el aumento desmesurado de protagonismos judiciales. Es decir, se debe evitar aquello que se denomina de “activismo”.

#### **4.4. Principio tres: el respeto a la integridad y a la coherencia del derecho**

Como forma de establecer barreras contra la fragmentación propia de las teorías pragmatistas en general, el respeto a la integridad y a la coherencia engloba principios (que, a veces, se confunden con “métodos” de interpretación) construidos a lo largo de los años por la teoría constitucional, tales como el principio de la unidad de la Constitución, el principio de la concordancia práctica entre las normas o de la armonización, el principio de la eficacia integradora o del efecto integrador, e incluso el principio de la proporcionalidad (aunque su uso sin criterio). Su funcionalidad depende de otra garantía constitucional: la de la necesidad de la fundamentación de las decisiones (art. 93, X, CF), aquí alzada a deber fundamental del juez y a derecho fundamental del ciudadano.

La integridad está umbilicalmente conectada a la democracia, exigiendo que los jueces construyan sus argumentos de forma integrada al conjunto del derecho.<sup>(22)</sup> Se trata, pues, de “consistencia articulada”. Con esto, se aleja, de pronto, tanto el **punto de vista objetivista**, por el cual “el texto carga consigo su propia norma” (ley es ley en sí), como el **punto de vista subjetivista-pragmatista**, para el cual la norma puede hacer zozobrar el texto. O sea, ese respeto a la tradición, ínsito a la integridad y a la coherencia, es sustancialmente anti-relativista y debe servir de blindaje contra subjetivismos y objetivismos.

#### **4.5. Principio cuatro: el deber fundamental de justificar las decisiones**

Si nos ponemos de acuerdo que la hermenéutica a ser practicada en el Estado democrático de derecho no puede deslegitimar el texto jurídico-constitucional producido democráticamente, parece evidente que hay una fuerte responsabilidad política de los jueces y tribunales, circunstancia que fue albergada en el texto de la Constitución brasileña, en la especificidad del art. 93, IX, que determina, aunque con otras palabras, que el juez explicita las condiciones por las cuales comprendió.

---

(22) DWORKIN, RONALD, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 176.

El deber de fundamentar las decisiones (y no solamente la decisión final, pero todas las del *iter*) está asentado sobre un nuevo nivel de participación de las partes en el proceso decisorio. La fundamentación está vinculada al control de las decisiones y el control depende de esa alteración paradigmática en el papel de las partes de la relación jurídico-procesal. Por ello, el protagonismo judicial-procesal debe zozobrar ante una adecuada garantía a lo contradictorio y ante los principios ya delineados: decisiones de carácter “cognitivista”, de oficio o que, tardíamente aun, buscan la “verdad real”, se pretenden “inmunes” al control intersubjetivo y, por dichas razones, son incompatibles con el paradigma del Estado democrático. El Supremo Tribunal Federal de Brasil (MS 24.268/04, Rel. Min. Gilmar Mendes) da señales periódicas de la incorporación de esa democratización del proceso, haciéndolo con base en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, es decir, la pretensión a la tutela jurídica corresponde a la garantía consagrada en el art. 5º, LV, CF, conteniendo los siguientes derechos:

- a. derecho de información (*Recht auf Information*): obliga al órgano juzgador a informar a la parte contraria de los actos practicados en el proceso y sobre los elementos de él constantes;
- b. derecho de manifestación (*Recht auf Äusserung*): asegura al defensor la posibilidad de manifestarse oralmente o por escrito sobre los elementos fácticos y jurídicos que constan del proceso;
- c. derecho de ver sus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*): exige del juez capacidad, aprensión y exención de ánimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar las razones presentadas. El mismo acórdão de la Suprema Corte brasileña incorpora la doctrina de Dürig y Assmann, sosteniendo que el deber de conferir atención al derecho de las partes no solo implican la obligación de tomar conocimiento (*Kenntnisnahmepflicht*), sino que también la de considerar, seria y detenidamente, las razones presentadas (*Erwägungspflicht*).

#### **4.6. Principio cinco: el derecho fundamental a una respuesta constitucionalmente adecuada**

Este principio tiene una relación de estricta dependencia del deber fundamental de justificar las decisiones y de aquellos principios (o subprincipios) —acuñados por la tradición constitucionalista— que tratan del efecto integrador (vinculado al principio de la unidad de la Constitución), de la concordancia práctica o de la armonización, de la máxima efectividad y de la interpretación conforme la Constitución. Como principio instituidor de la relación jurisdicción-democracia, la obligación de fundamentar —que,

importante es citar, no es una fundamentación de carácter apodíctico— tiene como objetivo preservar la fuerza normativa de la Constitución y el carácter deontológico de los principios. Consecuentemente, representa un blindaje contra interpretaciones deslegitimadoras del contenido que sostiene el dominio normativo de los textos constitucionales. Se trata de sustituir cualquier pretensión solipsista por las condiciones histórico-concretas, siempre recordando, en este contexto, la cuestión de la tradición, de la coherencia y de la integridad, para bien poder insertar la problemática en la superación del esquema sujeto-objeto por la hermenéutica jurídica.

Hay un derecho fundamental al cumplimiento de la Constitución. Más que eso, se trata de un derecho fundamental a una respuesta adecuada a la Constitución o, si así se quiere, una respuesta constitucionalmente adecuada (o, aun, una respuesta hermenéuticamente correcta con relación a la Constitución). Antes de cualquier otro análisis, se debe siempre buscar la compatibilidad constitucional de la norma jurídica con la Constitución y la existencia de eventual contradicción. Siempre debe preguntarse si, a la luz de los principios y de los preceptos constitucionales, la norma es aplicable al caso. Es más, hay que indagarse en qué sentido señala la pre-comprensión (*Vor-verständnis*), condición para la comprensión del fenómeno. Para interpretar es necesario comprender (*verstehen*) qué se quiere interpretar. Este “estar ante” algo (*ver-stehen*) es condición de posibilidad del obrar de los juristas: la Constitución.

El derecho fundamental a una respuesta constitucionalmente adecuada no implica la elaboración sistémica de respuestas definitivas. Esto porque la pretensión de buscarse respuestas definitivas es, ella misma, anti-hermenéutica, frente al congelamiento de sentidos que esto propiciaría.

El derecho fundamental a una respuesta adecuada a la Constitución, más que un asentamiento de una perspectiva democrática (por lo tanto, de tratamiento ecuánime, con respecto a lo contradictorio y a la producción democrática legislativa), es un “producto” filosófico, porque es heredero de un nuevo paradigma que supera el esquema sujeto-objeto predominante en las dos metafísicas (clásica y moderna).



# El valor del “discurso de odio” como criterio hermenéutico de las decisiones judiciales<sup>(1)</sup>

RAÚL MADRID<sup>(2)</sup>



**Palabras clave:** discurso de odio - libertad de expresión - esfera pública  
decisión judicial.

## 1. El discurso de odio es un criterio que, de hecho, orienta la actuación judicial

El llamado “discurso de odio” —o *hate speech*— constituye desde hace ya algún tiempo un criterio utilizado para la resolución de algunos casos sobre límites a la libertad de expresión de los ciudadanos, en especial desde el surgimiento de las llamadas leyes de no discriminación. Se pueden citar una creciente cantidad de ejemplos de sentencias judiciales que corroboran el uso de este criterio como guía para la resolución de conflictos por parte de los tribunales, cuando se trata de la garantía de libertad de expresión. He aquí algunos:

- a. Caso *Beauharnais v People of the State of Illinois* (1952). Es uno de los más relevantes en esta jurisprudencia. El fallo mantiene la multa cursada a un individuo

---

(1) Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT N° 114143, titulado “El derecho a la libertad de cátedra y la evolución del concepto de universidad. Tres modelos para una misma garantía”, en el que el autor se desempeña como investigador principal.

(2) Pontificia Universidad Católica de Chile.

que, apoyando las leyes de segregación, entregó papeles en la calle donde se decía que la población negra estaba compuesta por violadores, ladrones y drogadictos. La Corte Suprema norteamericana sostuvo que existen ciertas formas de discurso que no pueden ampararse en la libertad de expresión, como sería el caso de una injuria a un colectivo.

- b. Caso *Glimmerveen y Hagenbeek v Holanda* (1979). Dos holandeses fundadores de un partido a favor de la homogeneidad racial son enviados a prisión por dos semanas por distribuir panfletos en los que se indicaba que “la mayor parte de la gente desde hace tiempo está harta de la presencia en nuestro país de cientos de miles de surinameses, turcos y otros llamados ‘trabajadores invitados’ que en su mayoría no son necesarios aquí y (...) las autoridades simplemente tienen que ver que estos extraños indeseados dejen el país lo antes posible”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo consideró un caso de incitación al odio mediante la discriminación racial.
- c. Caso *Garaudy v Francia* (2003). Roger Garaudy publica un libro en el que se refería al “mito del holocausto”, ofreciendo razones para ello. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que “negar los crímenes contra la humanidad [del nazismo] es una de las formas más graves de difamación racial e incitación al odio contra los judíos. La negación o reescritura de este tipo de hechos históricos socava los valores en que se basa la lucha contra el racismo y el antisemitismo, y constituye una grave amenaza para el orden público. Tales actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos, ya que vulneran los derechos de los demás”.

Esta casuística ofrece una idea aproximada de lo que se entiende por “discurso de odio” como criterio que orienta las decisiones judiciales, pero también apunta al núcleo del concepto que subyace detrás del constructo judicial. La actividad judicial proclive a reconocer la existencia de los llamados “crímenes de odio” —*hate crimes*— tiene un efecto legislativo —el constructo legal—, pues impulsa las leyes antidiscriminación que recogen la figura.<sup>(3)</sup>

La expresión “discurso de odio” hace referencia a una noción ambigua, funcional a que, a través de ella, se introduzca una dimensión ideológica y política en las categorías y definiciones estrictamente jurídicas, como veremos a propósito de la influencia que este criterio ha tenido en las

(3) Por ejemplo, el caso *Lewis v/s Harris* (2006), que produjo el más exitoso movimiento legislativo a favor de la “identidad de género”, marcando un acelerado progreso en el tema. Fruto de su influencia, durante el año 2007 los Estados norteamericanos de Colorado, Iowa, Nueva Jersey, Oregón y Vermont extendieron sus respectivas leyes anti-discriminación. КЕСС, ТНОМАС М., “Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights”, en *Law & Society Review*, vol. 43, n° 1, 2009, pp. 151/186.

decisiones judiciales de nuestro tiempo. Consiste en dividir la sociedad en diferentes grupos o categorías de ciudadanos, cuyos conflictos y controversias se caracterizarían por recibir la participación de políticos, ideólogos y partisanos, y no solamente juristas, a la hora de determinar cuáles de ellos, o cuáles intenciones debieran ser excluidas como manifestaciones de "odio" contra otro grupo, y si, por ello, deben recibir una sanción diferente o más alta que la prescrita para la misma acción cuando no consiste en un discurso de odio.

## **2. Existe un aparente conflicto o dilema entre el discurso de odio y la libertad de expresión**

La decisión de restringir o no la libertad de expresión en los casos en que se exprese el llamado "discurso de odio" respecto de determinados grupos, y cómo hacerlo en la circunstancia de que se opte por la opción afirmativa, es en la actualidad uno de los desafíos más problemáticos para la garantía de libertad de expresión. Por ello, no resulta sorprendente que la respuesta doctrinaria, legislativa y judicial no haya sido uniforme.

Si se enfoca desde un punto de vista sociológico, en la mayor parte de los países se acepta una "razonable" regulación de las expresiones de odio, y se la invoca como un sustento de los valores democráticos. Por supuesto, lo que se considera "razonable" en cada caso varía significativamente, como se verá a continuación.

## **3. La noción de "discurso de odio" es un concepto difícil de definir desde el punto de vista jurídico**

Sobre una noción pueden recaer distintas aproximaciones que busquen expresar su contenido y límites de acuerdo con los distintos objetos formales de cada ciencia. Las definiciones jurídicas, sin embargo, requieren de la satisfacción de ciertas exigencias en la medida en que se convierten en vinculantes y generan tanto derechos como obligaciones, que deben ser precisas para poder hacerse exigibles. El problema con la noción de "discurso de odio" es, justamente, que parece no alcanzar los estándares apropiados para ser jurídicamente operativa, en cuanto se va aquejada de dos factores que, copulativamente, hacen difícil su integración a un sistema objetivo de derechos y deberes.

Desde el punto de vista de la formulación judicial, es preciso distinguir entre el trabajo que los jueces realizan, a través de sus sentencias, para



determinar un sentido de aplicación de una norma ambigua, de la posibilidad de elucidar el significado esencial de dicha norma o foco hermenéutico, de manera que este sea razonablemente intersubjetivo, y no solo un mero consenso. La primera dimensión ha sido explorada,<sup>(4)</sup> pero es la segunda la que parece difícil de conseguir con el criterio que nos ocupa, por la incidencia de los factores que a continuación se exponen.

Los factores que determinan la incerteza del constructo legal y judicial son, al parecer, dos: la complejidad y la ambigüedad intrínseca que contiene la expresión “discurso de odio”. El concepto que nos ocupa es extremadamente complejo y ambiguo. Es complejo, porque intervienen muchas variables en su definición. Y es ambiguo porque algunas de las palabras o conductas estimadas como tales pueden no serlo en realidad, sino que responden a una cierta concepción dominante de la realidad, lo que generaría un atentado de signo inverso a la libertad de expresión, mediante la supresión forzada de una parte del discurso (el que no comparte las categorías mencionadas). Analicemos esto por separado.

### 3.1. Complejidad

Algunas de las variables que intervienen para la definición general del discurso de odio —y que lo convierten por lo tanto en un concepto jurídicamente complejo— son las que siguen:

- a. ¿Qué lenguaje es el ofensivo? El tipo de lenguaje que resulta supuestamente ofensivo u odioso no es cualquiera, sino solo el que apunta a un determinado grupo de personas, o bien se refiere a un individuo particular y concreto, pero sólo en cuanto perteneciente a dicho grupo (en el sentido de que no se trata de un ataque personal contra este, sino en base a su pertenencia).<sup>(5)</sup> Por ello, comunicarle a la novia que se la odia, puede ser una expresión de odio, pero no constituye discurso de odio.
- b. ¿Cuál es el punto exacto por el que la condena, el desdén o incluso el insulto dirigidos hacia un tercero, se convierten en mensajes de persecución o degradación? Se trata de un criterio de textura abierta, que suele quedar entregado más bien a la determinación subjetiva que realiza la supuesta víctima del atentado.
- c. ¿A qué, exactamente, se incita a través del discurso de odio? ¿Cuándo hay incitación? Si a lo que incita es a la violencia, entonces la preocupación no es

---

(4) PHILLIPS, SCOTT y GRATTET, RYKEN, “Judicial Rehoric, Meaning-Making, and the Institutionalization of Hate Crime Law”, en *Law & Society Review*, vol. 34, n° 3 (2000), pp. 567/606.

(5) HERZ, MICHAEL y MOLNAR PETER, (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012.

directamente con este tipo de discurso, porque estos actos ya están cubiertos por el sistema jurídico. Al parecer, la incitación al odio promovería una actitud o un sistema de creencias que pueden ser sostenidas sin necesariamente involucrarse en actos prohibidos, pero ¿es esto realmente así? ¿Se trata de un llamado a la violencia en abstracto, o debe ser concreto?<sup>(6)</sup>

- d. La diferencia entre la "esfera pública" y el "discurso público". ¿En cuál de los dos se regula el discurso de odio? El primero es una noción sociológica, y se refiere a la realidad que configura la circulación de los textos. Se produce cuando las personas buscan acceso a información común, normalmente con propósitos comunes. Es un concepto de suyo complejo, como denota la exposición de que él hace Habermas,<sup>(7)</sup> difícil de distinguir de la noción de "discurso público", que se utiliza normalmente para referirse a aquellas formas de comunicación que se entienden como necesarias para el proceso de formación de la opinión pública. La opinión pública se forma dentro de la esfera pública. Por ejemplo, un alegato ante la Corte, sería de esfera pública pero de discurso privado, en término de que el alegar dentro de un tribunal tiene sus reglas específicas. No cabe el discurso de odio. La esfera de una institución creada para alcanzar un objetivo específico, como una universidad, cuyo objetivo es producir conocimiento, y enseñarlo, por el contrario, sí tendría un discurso público. La institución regulará a los individuos de manera de alcanzar dicho objetivo de manera exitosa. Esto implica que regulará su discurso, para que sea instrumentalmente efectivo, lo que redundará en los *speech codes*.

En lo que se refiere al discurso de odio en el discurso propiamente público, hay dos grandes tendencias, una más favorable a la libertad de expresión, y otra más restrictiva. La primera coincide con el tratamiento norteamericano, que opone muy pocas objeciones constitucionales al discurso público contra las minorías.<sup>(8)</sup> Los tribunales norteamericanos, lugar donde nace y se desarrolla la doctrina del discurso de odio, se han manifestado de manera coherente en contra de la regulación del discurso de odio, aplicando con fuerza la Primera Enmienda, e insistiendo que la solución al supuesto daño que dichas expresiones producen no radica en su prohibición, sino en la oposición dialéctica de tales mensajes con otros. Lo que se encuentra protegido por la Primera Enmienda son los actos de habla, y estos se determinan en parte por el contexto. Esto quiere decir que las mismas palabras o conceptos pueden ser entendidos, constitucionalmente hablando, de modos muy distintos, y recibir distintos grados de protección judicial. Así, los actos de habla que comprometen

(6) GREENAWALT, KENT, "Speech and Crime", en *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 5, n° 4, 1980, pp. 645/785. Ver también VERENICH, VADIM, "The Case of Lauris Kaplinski: A Guide to a Semiotic Reading of Incitement of Hatred in Modern Criminal Justice", en *Signs and Society*, vol. 1, n° 2, 2013, pp 213/241.

(7) HABERMAS, JÜRGEN, "The Public Sphere: An Encyclopedia Article", en *Media and Cultural Studies: Key Words 102* (Durham y Fraser, eds.), Wiley-Blackwell, 2001.

(8) PAUL, ALVARO, "La penalización de la incitación al odio en la jurisprudencia comparada", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 n° 3, 2011, pp. 573/609.

el discurso público (aquellos que pueden influir en la opinión pública), reciben plena protección de la Primera Enmienda. Si la protección que otorga la Primera Enmienda depende de cómo es clasificado el acto, y como el discurso de odio no es considerado una categoría específica, nunca queda universal o objetivamente claro en qué consiste la regulación del discurso de odio.

La segunda posición estima que el discurso de odio es un atentado a la dignidad, y debe ser limitado. Esta tesis tiene cierto finalismo, por cuanto quienes la sostienen piensan que la libertad de expresión tiene un objetivo (posibilitar la democracia, declarar la dignidad humana, etc.). En el caso *R v. Keegstra* (1990) —un profesor de secundaria que promovía el odio contra los judíos—, la Corte de Canadá consideró que, aunque es difícil prohibir la expresión sin impedir el libre intercambio de información potencialmente valiosa, el argumento de la verdad no proporciona apoyo convincente para la protección de la propaganda de odio.

- e. ¿Qué grupo es aquel cuya denigración a través de la palabra configura el tipo de discurso de odio? ¿Cualquiera? ¿Solo las minorías? Y dentro de estas últimas, ¿cabén todas, o solo aquellas que han sido (supuestamente) discriminadas de modo arbitrario, o, más aún, solo aquellas que han sido históricamente perseguidas?

Así pues, las circunstancias y los contextos modifican la concepción de lo odioso, y por lo tanto, la respuesta para la configuración de un modelo abstracto del discurso de odio no puede ser idéntica para todos los lugares y tiempos. El contexto es relevante, y hace dudosa la generación de una política regulatoria estándar y global sobre el discurso de odio. Por eso, el valor hermenéutico de esta noción como criterio judicial no se puede analizar de un modo abstracto, sino siempre vinculada a un grupo de circunstancias que permitan determinar en cada caso particular de qué se está hablando, y cuáles son los criterios sustentados para cada una de las variables mencionadas.

### **3.2. Ambigüedad**

Junto a esta relatividad esencial del discurso de odio, se advierte otra dimensión que lo convierte en un criterio abierto a la hora de orientar las decisiones judiciales. La noción parece dejar un espacio abierto para la arbitrariedad. Existen ciertas expresiones que son de suyo ofensivas (por ejemplo, la palabra "judiada", que se utilizaba en Castilla para indicar una acción innoble): el discurso de odio como injuria, ya sea contra una persona, o un grupo de personas. Sobre esta perspectiva del concepto no hay discusión doctrinal.

Pero hay otra dimensión de lo injurioso que resulta más problemática, porque considera expresiones que son ofensivas solo si se admiten o se dan

por supuestas ciertas bases anteriores, que implican una toma de posición ética, moral, cualquiera que ella sea, sobre lo que se va a considerar como viable o no en el discurso público.

El ejemplo típico de esto es la expresión "homófobo", que designa implícitamente como una enfermedad la expresión de opiniones contrarias a las relaciones sexuales de personas del mismo sexo. En otros términos: la voz supone que la conducta homosexual es irreprochable, y al hacerlo, asume una postura sobre ella que, a través de la palabra "homofobia", saca del discurso público a las opiniones contrarias, aunque estas se expresen de modo académico, respetuoso o sin utilizar mecanismos de suyo injuriosos o que inciten al odio. Mediante la calificación de "homófoba" cualquier opinión contraria a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, se afirma implícitamente que la sola disidencia constituye por sí misma un acto de agresión.

Hago presente que no estoy manifestando con esto que las relaciones entre personas del mismo sexo sean buenas o malas —ese es otro debate—, sino solamente intentando explicar el mecanismo por el cual digo que el discurso de odio se vincula, o deja espacio para vincularse, con una estrategia de dominación cultural conocida como corrección política.

Esta última noción apunta a la existencia de expresiones, doctrinas y acciones consideradas aceptables o inaceptables dentro del ámbito público de la sociedad, y a su correspondiente sanción en el caso de ser calificadas como del segundo modo, de manera que las afirmaciones que contradicen estos códigos de habla supuestamente "decentes", pueden ser constitutivos de la calidad de discurso de odio. En este sentido, ambas nociones se encuentran inextricablemente unidas.

De todas las definiciones que se dan en la doctrina, se pueden extraer los siguientes elementos que ayudan a configurar una idea general de la corrección política, y que ayudan a advertir su cercanía con la noción de discurso de odio:

- a. Centralidad del lenguaje. La corrección política se predica fundamentalmente de la palabra: lo que se dice y lo que se escribe. De un modo secundario o derivado, también se refiere a los comportamientos, en cuanto expresan el contenido de la valoración lingüística.<sup>(9)</sup>

(9) O'NEILL, BEN, "A Critique of Politically Correct Language", en *The Independent Review*, vol. 16, n° 2, 2011, pp 279/291.

- b. Este lenguaje debe reflejar la adecuación a opiniones liberales, que sean al mismo tiempo aprobadas socialmente. Esto es reconocido también por las posiciones de izquierda: lo políticamente correcto, para ellos, es una exacerbación de la estrategia de izquierdas por parte de la derecha; pero nadie sostiene que se trate de una adecuación a ideas conservadoras. Es un sistema de creencias que controla el debate público, cuya principal característica radicaría en la dominación del discurso.<sup>(10)</sup>
- c. Como contrapartida de la búsqueda de expresión de opiniones liberales, la corrección política se caracteriza por el rechazo al lenguaje y al comportamiento discriminatorio u ofensivo en contra de las minorías. En este sentido, se trataría de una búsqueda de códigos de habla que no afectaran la "dignidad" de las referidas minorías.
- d. Por lo tanto, el lenguaje apropiado debe ser un lenguaje inclusivo, es decir, ha de tratarse de terminología que no sea sexista, racista, o que exprese la inferioridad de cualquier minoría, en el sentido que sea.
- e. Entraña la existencia de políticas de discriminación positiva, con objeto de "corregir" el supuesto perjuicio ocasionado por la discriminación arbitraria.<sup>(11)</sup>
- f. Centralidad del multiculturalismo. Como el lenguaje debe proteger a las minorías, implícitamente se afirma la bondad de lo multicultural, en desmedro de una visión monolítica o preferente de la realidad.<sup>(12)</sup> El concepto central es "diversidad".<sup>(13)</sup>
- g. Desmantelar la jerarquía patriarcal. Se trata de la misma idea anteriormente señalada, relativa a desestabilizar las concepciones unitarias y ordenadas (jerárquicas), y reemplazarlas por una idea orbital del significado, sin estructura finalista ni sistemática.
- h. Influencia del lenguaje psicológico sobre el político. Se trata de una orientación hacia lo subjetivo en la valoración del lenguaje. Expresiones como "yo siento" o "yo quiero" transforman en políticamente incorrecto determinadas giros lingüísticos. Esta especie de confusión disciplinar es propia de modelos post-estructuralistas.
- i. Surgimiento de una política terapéutica, para las víctimas. Esto es una consecuencia de lo anterior. Las personas o grupos "discriminados" y "no respetados" en sus inclinaciones subjetivas se transforman en víctimas que la organización social debe reivindicar y sanar a través del lenguaje y de acciones positivas.<sup>(14)</sup>

---

(10) BRENNAN, TIMOTHY, *Wars of Position. The Cultural Politics of Left and Right*, Columbia University Press, Nueva York, 2006, p. 41 y ss.

(11) BOVEN, LEAF VAN, "Pluralistic Ignorance and Political Correctness: The Case of Affirmative Action", en *Political Psychology*, vol. 2, n° 2, 2000, pp. 267/276.

(12) JACOBY, RUSSELL, *The End of Utopia. Politics and Culture in an Age of Apathy*, Basic Books, Nueva York, 1999, p. 29 y ss.

(13) WOOD, PETER, *Diversity. The Invention of a Concept*, Encounter Books, San Francisco, 2003.

(14) GREEN, DAVID, *We're (Nearly) All Victims Now! How political correctness is undermining our liberal culture*, Civitas, Londres, 2006, p. 46.

- j. Es un mito de los conservadores, como la teoría de la conspiración. La corrección política con contenido ideológico no existe; solo es un mecanismo de resguardo lingüístico de la dignidad de los grupos desfavorecidos. La consideración de esta como una estrategia de dominación del lenguaje es una fantasía de los conservadores para mantener su poder.
- k. Es un horizonte de significado lingüístico, en la medida en que ofrece claves hermenéuticas para orientar la procedencia o improcedencia del lenguaje.

Tomando como base la explicación anterior, cabe sostener que el sintagma en cuestión formula un estatuto lingüístico de comparación (corrección) de la idoneidad de las palabras y expresiones del discurso público, de manera directa (a través del cambio de palabras concretas), o de manera indirecta (mediante la generación de patrones interpretativos). Este código de habla parece no estar vacío de contenido, sino representar sistemas estructurados de pensamiento cuya nota distintiva es oponerse a las grandes narraciones, ordenadoras y jerárquicas: a la afirmación de verdades universales, a la diferencia sexual biológica como fuente de la condición sexual y a la centralidad o preeminencia de cualquier raza, cultura o religión, ya sea en sentido objetivo, o en perspectiva subjetiva (tratándose de la propia).

A modo de conclusión, las objeciones que pueden formularse a la incorporación del concepto de discurso de odio como criterio judicial son las mismas que competen a la estructura misma de la noción: la dificultad para satisfacer los estándares de precisión y certeza exigidos para los conceptos jurídicos; y una natural apertura hacia planteamientos ideológicos, que pueden acabar utilizando la noción para, irónicamente, limitar la libertad de expresión de aquellos que sostienen puntos de partida diversos a los de la ideología dominante.

Como sugieren Jacobs y Potter, la creación de la categoría de los "crímenes de odio" desempeña funciones políticas y simbólicas —tal como se ha visto antes—, pero difícilmente sirve para reducir los delitos fundados en el prejuicio. De hecho, pareciera ser que la deconstrucción del derecho penal en consonancia con los dictados de la "identidad política" puede exacerbar el conflicto y las divisiones sociales.<sup>(15)</sup>



(15) JACOBS, JAMES B. y POTTER, KIMBERLY A., "Hate Crimes: A Critical Perspective", en *Crime and Justice*, vol. 22, 1997, pp. 1/50.



# La independencia (en la toma de decisiones) del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho<sup>(1)</sup>

NARCISO MARTÍNEZ MORÁN<sup>(2)</sup>



**Palabras clave:** Estado de derecho - democracia - Estado democrático de derecho - Poder Legislativo - Poder Ejecutivo - Poder Judicial - independencia - cooperación - politización - independencia del Poder Judicial.

## 1. Introducción

En 1995 se me encomendó organizar unas Jornadas sobre el Poder Judicial en España y pensando cómo denominarlas se me ocurrió un título tan sugerente como atrevido: “Proceso a la Justicia española”. Las autoridades académicas se asustaron y me rogaron que modificara tan llamativo y preocupante título, pues en ellas debían participar el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Ante la posibilidad de suspensión, las Jornadas pasaron a denominarse: “Debate sobre la Justicia española”.

---

(1) El presente trabajo refleja fielmente, aunque con mayor amplitud, la ponencia que tuve el honor de impartir en el Primer Congreso Iberoamericano y XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, celebrados en la Ciudad de Buenos Aires, durante los días 15,16 y 17 de octubre de 2014.

(2) Catedrático de Filosofía del Derecho. UNED, Madrid.



Yo tenía la convicción de que el Poder Judicial, al menos en sus estructuras más elevadas, estaba siendo cada vez más politizado y comencé advirtiéndolo a los asistentes que iban a escuchar la conferencia más breve de su vida: “¿Es verdaderamente independiente el Poder Judicial?”<sup>(3)</sup> —este era el título de la ponencia—. “Rotundamente no” —les dije—. “He terminado”. Y se hizo un estremecedor silencio en una sala con más de 100 personas. Pasados unos segundos interpele: “¿No preguntan nada? ¿No quieren saber por qué?” Y el silencio continuaba.

Tomé de nuevo la palabra explicando las razones de mi afirmación. Luego, el debate se prolongó durante casi dos horas. Han pasado 20 años y el debate no solo continúa en el ámbito intelectual sino que se ha agudizado y arraigado en la sociedad. Y mi convicción permanece todavía. El Poder Judicial no es realmente independiente, lo cual está afectando gravemente al sistema democrático hasta el punto de generar desconfianza en la democracia misma. Veamos.

## 2. El Estado democrático de derecho

### 2.1. El Estado de derecho

“No todo Estado es Estado de derecho”. Estas son las palabras con las que Elías Díaz comienza la introducción de su excelente obra *Estado de derecho y sociedad democrática*.<sup>(4)</sup> Es esta una afirmación que comparten la práctica totalidad de los analistas del Estado de derecho y de la democracia, pues evidentemente no es suficiente la existencia de leyes para poder definir a un Estado como Estado de derecho.

En efecto, aunque es cierto que todo Estado funciona necesariamente con un sistema de normas, difícilmente podríamos asumir que la mera existencia de una legalidad, de unas normas, nos permita hablar de “Estado de derecho”, ya que si esas normas no ejercen un control sobre el poder y la actividad del Estado, antes del control jurídico no hay Estado de derecho

---

(3) Aquella ponencia, ampliada y revisada fue publicada posteriormente con el título “¿Es verdaderamente independiente el Poder Judicial?”, en el n° 40 de la prestigiosa revista *Persona y Derecho (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos)*, Universidad de Navarra, 1999, pp. 649/681.

(4) DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática, Cuadernos para el Diálogo*, 5ª ed., Madrid, 1973 (de esta excelente obra, emblemática cuando se publicó por primera vez en España en 1966, existen ediciones revisadas posteriores, como la de la Editorial Taurus de 1998. En 2011 se ha editado en Google eBook).

sino Estados más o menos absolutos o totalitarios. No cabe, por tanto, hablar —como algunos han pretendido— de Estado de derecho en la Edad Media, en la que las organizaciones políticas constituían un Estado feudal de carácter autoritario. En tal sentido, afirma Legaz Lacambra:

Es erróneo sostener con Bluntschli que también el estado feudal era un Estado de Derecho (puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios impedía, a veces, toda acción política, toda intervención personal del monarca) (...) [Y ello es así —sigue diciendo— porque] En la Edad Media es imposible la idea del Estado de Derecho en un sentido actual; sin embargo, también entonces hay una complicada malla de situaciones jurídicas estamentarias por cuyo respeto se vela escrupulosamente; el rey jura mantener los fueros y franquicias de los vasallos —y entonces el juramento tiene un valor social paralelo a su hondo sentido religioso— (...) a pesar de esto, no puede hablarse entonces de “*imperio de la ley*” al modo actual; faltan los supuestos sociológicos del mismo.<sup>(5)</sup>

Es cierto que, cuando nosotros hablamos de Estado de derecho en términos modernos<sup>(6)</sup> —es decir, en términos democráticos—, entendemos que el Estado de derecho consiste fundamentalmente en el imperio de la ley, pero no es menos cierto que tal fundamento de legalidad es absolutamente insuficiente, pues el Estado democrático de derecho actualmente se sustenta, además y necesariamente, sobre otros pilares que son indispensables para conseguir los verdaderos fines de un Estado

(5) LEGAZ LACAMBRA, L., *El Estado de derecho en la actualidad*, Madrid, Editorial Reus, 1953, pp. 15 y 29. El propio Legaz Lacambra, uno de los más importantes filósofos del derecho de la segunda mitad del siglo XX, había planteado y analizado las características del Estado de derecho en la actualidad en otros dos escritos. El primero: “El Estado de Derecho”, en el libro *Introducción a la Teoría del estado Nacional-Sindicalista*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940 y, el segundo “Estado de Derecho e idea de la legalidad en *Revista de Administración Pública*, N° 6, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, (septiembre-diciembre) 1951). Este artículo está también recogido en su libro *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, Editorial Bosch, 1960.

(6) Sobre el Estado democrático de derecho, sus fundamentos y caracteres, diferentes manifestaciones etc. se ha escrito mucho, bueno y malo. He aquí tres magníficas obras, por la calidad y prestigio de sus autores, sobre toda esta problemática: CARBONELL, M.; OROZCO, WISTANO L.; VÁZQUEZ, RODOLFO (eds.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América latina*, Siglo XXI, 2002; PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución* (10ª ed.), Tecnos, 2010; TORRES DEL MORAL, ANTONIO, *Estado de derecho y Democracia de Partidos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 3ª ed., Madrid, 2010.

democrático de derecho: la seguridad, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad y la paz social.

En consecuencia podemos afirmar que todo Estado democrático de derecho moderno se asienta sobre el postulado de la soberanía popular y el ejercicio del poder por representación, cuyos rasgos o caracteres más relevantes, son:

1. **El imperio de la ley**, un principio que constituye una de las características fundamentales de todo Estado de derecho y significa que toda obligación ciudadana debe estar dispuesta en una ley, la cual ha de ser creada por un órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general.<sup>(7)</sup>
2. **El principio de legalidad** de la Administración, que supone que los poderes públicos y toda la Administración, en el ejercicio de sus funciones, están sometidos al imperio de la ley.<sup>(8)</sup>
3. **La separación de poderes** (Legislativo, Ejecutivo y Judicial: a) al **Poder Legislativo** le corresponde la creación de las leyes; b) el **Poder Ejecutivo** tiene como función el hacer cumplir las leyes a través del Jefe del Estado, el Gobierno y la Administración; c) el **Poder Judicial**, de conformidad con la legislación vigente, tiene encomendada la aplicación de las normas jurídicas en la resolución de conflictos, así como el control de la actividad del Ejecutivo y del Legislativo de acuerdo con el principio de legalidad.<sup>(9)</sup>
4. **El reconocimiento y garantía de los derechos humanos**, pues una de las premisas o condiciones del Estado de Derecho moderno consiste precisamente en que, el gobernante, que asume el poder del Estado por medio del pacto social, adquiere el compromiso de garantizar para todos los ciudadanos, tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales y culturales.

---

(7) Se pretende con ello establecer un gobierno de leyes donde el imperio de la ley (*rule of law*) sustituya al poder ejercido mediante decisiones arbitrarias. Podríamos afirmar que esta es la piedra angular en que se sustenta la legitimidad del ordenamiento jurídico del Estado liberal. Las leyes a que hace referencia este principio son todas aquellas leyes ordinarias formalmente creadas por el órgano representativo (Parlamento, Asamblea Nacional...) de la voluntad general (soberanía popular), las cuales, a su vez, están conectadas y se subordinan a la Constitución.

(8) La ley constituye, por tanto, el marco y fundamento de toda Administración, lo cual sirve de garantía para la seguridad jurídica de los individuos. Para garantizar este cumplimiento de la ley en el Estado liberal de derecho la actuación de la Administración está sometida a un control jurisdiccional a través de un sistema de recursos que los particulares pueden interponer frente a las infracciones de la legalidad por parte de la Administración.

(9) El Poder Judicial es el objeto principal de este trabajo y a él nos referiremos más ampliamente en las páginas siguientes.

## 2.2. El Estado liberal de derecho

Ya desde el siglo XVI se produjo, paralelamente a una concepción absolutista del poder, un proceso crítico y doctrinal contra las teorías que defendían el poder absoluto, marco en el cual surge el liberalismo como doctrina que pretendía garantizar no solo la seguridad sino también, y de manera especial, la libertad del individuo. Este pensamiento liberal surgió en el seno del iusnaturalismo racionalista y se sustenta básicamente en las ideas de Locke, Montesquieu y Rousseau, entre otros.

El modelo de Estado que conocemos como **Estado liberal democrático de derecho** se define por una serie de características. Suele denominarse Estado liberal de derecho al modelo de Estado que, inspirado en las concepciones iusnaturalistas del racionalismo ilustrado, surge en los siglos XXVII y XVIII tras las tres grandes revoluciones de la época moderna: la Revolución Gloriosa de 1688;<sup>(10)</sup> la Revolución del té de 1773, que dio origen a la independencia de los Estados Unidos de América<sup>(11)</sup> y la

(10) La Revolución Gloriosa de 1688. Jacobo II, durante su reinado (1685-1688) adoptó una serie de medidas que contradecían las normas aprobadas por el Parlamento por lo que en junio de 1688, tanto los Tories (monárquicos) como los Whigs (defensores del Parlamento) se ponen de acuerdo para organizar una rebelión contra los Estuardo. Su libertador será el holandés Guillermo de Orange, yerno de Jacobo II, quien entra en Inglaterra —en el mismo barco viaja Locke— casi sin oposición. Un mes después Jacobo II huye a Francia y Guillermo restablece la soberanía del Parlamento. A esto se le llamó la “**Revolución Gloriosa**”, porque aseguró la hegemonía parlamentaria.

En 1689, el Parlamento declaró que la huida de Jacobo II significaba una abdicación por lo que ofrecieron el trono a Guillermo y a su esposa María, hija de Jacobo II. El 13 de febrero de 1689 María II y Guillermo III accedieron conjuntamente al trono de Inglaterra. Aunque su sucesión al trono Inglés fue relativamente pacífica, por lo que también ha sido llamada Revolución incruenta, lo cierto es que se derramó mucha sangre antes de que la autoridad de Guillermo fuese aceptada en Irlanda y Escocia.

Guillermo y María al acceder al trono inglés asumieron como pauta constitucional la defensa de Declaración de Derechos o *Bill of Rights* (1690). En concreto, estipulaba que la corona no podía imponer impuestos sin el consentimiento del Parlamento, y destacó dos derechos que son fundamentales contra un régimen tiránico: el derecho de levantarse en armas y el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial establecido por la ley.

La revolución inglesa tiene una gran trascendencia. Es la primera y será contemplada por el Continente con mucho interés y preocupación en diversos ámbitos como el religioso, el político (triumfo del Parlamento sobre el poder del monarca), doctrinal (modelo para los ilustrados e intelectuales, inspirado en el derecho natural racionalista especialmente en Locke, Rousseau, Montesquieu...) y social (triumfo del estamento burgués). Significó la definitiva consolidación del liberalismo político en Inglaterra, o mejor aún la confirmación de la supremacía del Parlamento frente a las prerrogativas de la Corona. Estos hechos son considerados como el comienzo del Estado liberal de derecho.

(11) La guerra de la Independencia de los Estados Unidos: desde el siglo XVII, la costa atlántica de Norteamérica estaba poblada por colonos británicos en su mayoría puritanos y

Revolución Francesa de 1789, con la que se consolida el tránsito de la edad moderna a la edad contemporánea.<sup>(12)</sup> Y existe un consenso en que

---

católicos. Eran trece colonias, diferenciadas entre el Norte y el Sur. Conviene recordar que las colonias presentaban unas características propias: entre otras la defensa del derecho natural; una difícil relación con la metrópoli; excesivos impuestos; ausencia de aristocracia; insuficientes mecanismos de representación en Londres y deseos de autogobierno.

A raíz del impuesto del té se originó el Motín de Boston y el estallido de la revolución. Las ideas de la Ilustración tuvieron su primer triunfo político en las trece colonias británicas de Norteamérica, donde se produjo una revolución en favor de la independencia y de un orden basado en la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la separación de poderes y el respeto a los derechos del hombre.

Las causas de la revolución fueron fundamentalmente tres: por un lado, la difusión de las ideas de la Ilustración entre los miembros de una burguesía acomodada y culta que estaba tomando conciencia de su madurez política; por otra parte, la política autoritaria seguida por el rey Jorge III (1760-1820) y sus ministros; en tercer lugar el aumento de impuestos establecido por el gobierno británico en las colonias norteamericanas como consecuencia de los gastos ocasionados por la guerra de los Siete Años.

La independencia estuvo precedida de una serie de protestas: En primer lugar, la negativa a pagar los impuestos establecidos mediante la *Revenue Act* de 1764 y la *Stamp Act* de 1765; más tarde se produjeron violentas protestas que estallaron en Boston contra las *Townshend Acts* de 1767, que gravaron con nuevos impuestos la importación de artículos por parte de las colonias; en 1773 tuvo lugar el motín del té de Boston, en protesta contra los impuestos que continuaban grabando el té. El gobierno envió tropas y los colonos comenzaron a organizar un ejército para resistir. En 1775 estalló la guerra de la Independencia. Los sublevados contaron con la decisiva colaboración de tres grandes figuras: Benjamín Franklin (1706-1790) y Thomas Jefferson (1743-1826) que fueron los ideólogos del movimiento, y George Washington (1732-1799), brillante militar y organizador.

En 1776 se proclamó la Declaración de la Independencia (1776), redactada por Jefferson, que representó la primera formulación legal de los Derechos del Hombre ("Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia"). En 1777 los colonos obtuvieron la importante victoria de Saratoga, tras la cual Francia y España les concedieron su apoyo frente a Inglaterra. En 1781 las tropas británicas fueron derrotadas definitivamente en Yorktown. En 1783 la Paz de Versalles puso fin al conflicto. Inglaterra reconoció la independencia de las trece colonias y devolvió diversos territorios a Francia y a España.

**La Constitución:** las dificultades económicas que sucedieron a la guerra y la lucha contra los indios obligó a las trece colonias a unirse políticamente. La Constitución de Estados Unidos de América se promulgó en 1787, en la Convención de Filadelfia, y entró en vigor en 1789. Inspirada por el ideario liberal, la Constitución establecía que el nuevo país sería una república federal integrada por trece Estados. Se consagró el principio de división de poderes formulado por Montesquieu: 1) el **Poder Ejecutivo** que reside en el Presidente, elegido por el pueblo cada cuatro años; 2) el **Poder Legislativo** que reside en el Congreso, formado por dos Cámaras: el Senado, integrado por los representantes de cada Estado y la Cámara de Representantes, elegidos en cada Estado en función de su población; 3) el **Poder Judicial**, que se encarna en el Tribunal Supremo, responsable además, de arbitrar en los conflictos entre el ejecutivo y el legislativo.

(12) **La Revolución Francesa:** las ideas de Locke habían triunfado en Inglaterra y habían tenido una influencia determinante en la obra de los Padres Fundadores de la Revolución Americana, tanto en el ámbito de la concepción de los derechos humanos como y de la representación del poder.

se caracteriza por la afirmación de la soberanía popular y el ejercicio del poder por representación, lo que confiere al Estado una estructuración democrática. Por otra parte se concibe al Estado como un Estado de derecho en el que impera la ley, se reconocen los derechos humanos y se defiende la separación de los poderes del Estado.

Partiendo de la base de que el titular del poder político es el pueblo, el **ejercicio del poder por representación** permite al **pueblo** seguir manteniendo la **titularidad del poder o soberanía popular**, pues lo que transfiere al gobernante es tan solo un mandato (mandato representativo) para que ejerza el poder en nombre del pueblo. El Estado liberal se convierte así en un modelo de Estado democrático que ha recibido el calificativo de **Estado liberal democrático de derecho** en el que se ofrece al individuo la seguridad jurídica de no estar sometido a la arbitrariedad del poder, gracias a la libertad y a la igualdad de oportunidades garantizadas por la ley.

En este sentido, es importante resaltar que el Estado liberal cumple los requisitos o exigencias básicas e indispensables de todo Estado democrático<sup>(13)</sup> de derecho, a que nos hemos referido anteriormente, en el que se ejerce el poder por representación.

---

Al mismo tiempo, Voltaire popularizaba sus ideas en Francia, mientras Montesquieu perfeccionaba la teoría de la separación de poderes. Por ello, las ideas de Locke sobre los derechos naturales de los individuos y la separación de poderes serán esenciales para desencadenar la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa fue un proceso social y político que se desarrolló en Francia entre 1789 (con la Toma de la Bastilla) y 1799 cuyas principales consecuencias fueron la abolición de la monarquía absoluta y la proclamación de la República, eliminando las bases económicas y sociales del Antiguo Régimen. Será una ruptura. Se plantearán todos los grandes temas como la soberanía, la representación, los derechos humanos...

Aunque la organización política de Francia osciló entre república, imperio y monarquía durante 75 años después de que la Primera República cayera tras el golpe de Estado de Napoleón Bonaparte, lo cierto es que la revolución marcó el final definitivo del absolutismo y dio a luz a un nuevo régimen donde la burguesía, y en algunas ocasiones las masas populares, se convirtieron en la fuerza política dominante en el país.

(13) Es cierto que la democracia en sentido pleno no se consolida hasta el siglo XIX, cuando adquiere carta de naturaliza el sufragio universal y se ha abolido la esclavitud, no podemos olvidar, sin embargo, que el concepto de democracia nace ya en Grecia, pues fueron los atenienses quienes acuñaron el término "democracia" para referirse al "sistema de gobierno de la ciudad en el que las decisiones se tomaban por la asamblea de los ciudadanos". Debe advertirse, sin embargo, que la democracia ateniense dista mucho de las democracias modernas, pues, en Grecia, ni las mujeres, ni los niños, ni los extranjeros, ni los esclavos (cuyos grupos en conjunto representaban la mayoría de la población) eran considerados ciudadanos, es decir, estaban excluidos de las decisiones democráticas de la ciudad.

No es el momento de detenernos en el análisis de todos los principios básicos del Estado democrático, pues cada uno de ellos sería merecedor de un tratamiento mucho más amplio. Pero, al hilo del tema central de este Primer Congreso Iberoamericano de Filosofía Jurídica y Política, detengámonos por un momento en uno de los citados pilares y fundamentos básicos de la democracia: **la separación de poderes**.

Como hemos dicho una de las exigencias básicas del Estado democrático de derecho es la **separación de poderes**, cuya característica es una elaboración propia y típica de la modernidad ilustrada en que se fundamenta el Estado liberal. Ya esbozada por Locke<sup>(14)</sup> y desarrollada en la doctrina de Montesquieu,<sup>(15)</sup> la teoría de la separación de poderes significa que la creación de las leyes corresponde al Poder Legislativo, y la aplicación de las leyes, que supone las funciones ejecutiva y judicial corresponde al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, respectivamente.

En efecto, tres son los poderes diferentes y separados entre los que se distribuyen las funciones del Estado:<sup>(16)</sup>

- a. **El Poder Legislativo**, al que corresponde la creación de las leyes. Su función específica es la aprobación de las leyes encomendada generalmente al Congreso, Parlamento o Asamblea de representantes.
- b. **El Poder Ejecutivo**, que tiene como función el hacer cumplir las leyes a través del Jefe del Estado, el Gobierno y la Administración. En el Estado democrático liberal, el Poder Ejecutivo está considerado como el administrador y ejecutor de la voluntad popular a la cual representa y de la que debe ser su más firme garante.

---

(14) Véanse los capítulos XI-XIII (especialmente el capítulo XII) del *Ensayo sobre el Gobierno civil* de John Locke.

(15) En efecto Charles de Secondat, Barón de Montesquieu, propuso en su célebre obra, *Del espíritu de las leyes*, la necesidad de que las funciones del Estado se dividieran entre distintos poderes: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial "para que el poder controle al poder a fin de evitar la tiranía".

Los principios ilustrados fueron adoptados por las corrientes del liberalismo político hasta el punto de que la división o separación de poderes se convirtió en elemento fundamental, junto con el respeto a los derechos fundamentales de las personas, de lo que se dio en llamar Estado Liberal de Derecho.

La limitación y distribución de poderes llevada a cabo por el liberalismo político se aplica como garantía del ejercicio de la libertad del ciudadano, existiendo una relación más o menos equilibrada entre un Parlamento elegido, un Gobierno y un sistema judicial que aplica los principios de la legislación en la solución de conflictos.

(16) Véase el interesante artículo de NÚÑEZ RIVERO, CAYETANO, "La división de poderes en el origen del constitucionalismo hispanoamericano", en *Revista de Derecho UNED*, nº 11, Madrid, 2012, pp. 635/649.

- c. **El Poder Judicial** que, de conformidad con la legislación vigente, tiene encomendada la aplicación de las normas jurídicas en la resolución de conflictos, así como el control de la actividad del ejecutivo y del legislativo de acuerdo con el principio de legalidad.

Todos los poderes son —deben ser— independientes pero de manera especial debe serlo el Poder Judicial para poder controlar al Ejecutivo y dirimir los conflictos que se presenten entre el Legislativo y el Ejecutivo. Y para garantizar la seguridad y la libertad de los ciudadanos frente al poder, especialmente en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Respecto del reconocimiento y garantía de los derechos humanos, no podemos pasar por alto que, entre los principios básicos de todo Estado democrático de derecho (y, por tanto, en el Estado liberal de derecho) se encuentra el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.<sup>(17)</sup> En el pensamiento liberal se reconocen unos derechos naturales inherentes a todo individuo antes de la constitución del Estado. Tales derechos, reconocidos por el iusnaturalismo racionalista y enunciados por Locke, son el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, a los que Rousseau añadiría el derecho a la igualdad. Pues bien, una de las premisas o condiciones del contrato social consiste en que el gobernante que asume el poder del Estado por medio del pacto adquiere el compromiso, en un primer momento de garantizar, como mínimo estos derechos para todos los individuos ahora convertidos en ciudadanos del Estado.

Más aun, en la misma esencia del Estado liberal está implícito el reconocimiento de los derechos básicos de libertad: seguridad, libertad religiosa y tolerancia y además, por su misma esencia debe reconocer los derechos políticos que emanan de la soberanía popular y el del poder por representación. Por ello el Estado liberal y democrático de derecho asume también el reconocimiento y garantía de estos derechos políticos, pues se trata de un Estado cuyo titular del poder es la soberanía popular y ejercido por representación de órganos elegidos democráticamente. La garantía de los derechos naturales, convertidos en derechos civiles y políticos supone un importante límite al ejercicio despótico del poder.

Fruto del pensamiento liberal y la consiguiente plasmación de sus principios en el Estado liberal fueron las primeras declaraciones de derechos

(17) Véase sobre esta cuestión la obra de PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2010.



humanos: la Declaración de Derechos del buen Pueblo de Virginia (12 de junio de 1776) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789). Ambas formaron parte de las primeras Constituciones, la de los Estados Unidos de 17 de septiembre de 1787 y la francesa de 3 de septiembre de 1791, respectivamente.

### 2.3. El Estado social y democrático de derecho

El Estado social de derecho responde a las exigencias que se hemos considerado propias de todo Estado de derecho. Sin embargo, presenta diferencias importantes con respecto al Estado liberal pero no en los pilares básicos que afectan al ejercicio del poder y la esencia de la democracia.

Afirma Elías Díaz:

... lo característico del estado social de derecho es, sin duda alguna, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno el capitalismo como forma de producción y otro, la consecución de un bienestar general. La creencia en la posibilidad de semejante compatibilidad constituye precisamente el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del *Welfare State*. Neocapitalismo orientado hacia el bienestar, o bienestar logrado en el neocapitalismo, constituye en efecto el componente real de los sistemas actuales que como Alemania, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Italia etc., pueden ser encuadrados con diversidad de matices, en la fórmula del Estado Social de Derecho.<sup>(18)</sup>

En efecto, el Estado social de derecho se caracteriza por ser un Estado administrador de los derechos sociales (Estado *manager* o Estado providencia), con prevalencia del Poder Ejecutivo y administrativo sobre el Legislativo, fuertemente intervencionista, que llega incluso a legislar un "*Welfare State*", un Estado del Bienestar<sup>(19)</sup> en cuanto este constituye el

---

(18) DÍAZ, ELÍAS, *op. cit.*, p. 106.

(19) MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO, "Derechos, prestaciones sociales y crisis del Estado de Bienestar", Discurso de apertura del curso 2012-2013 en el Centro de la UNED de Ceuta (España); MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO, "Derechos sociales y crisis del Estado del Bienestar", en N. Martínez Morán; A. M. Marcos Del Cano y R. Junquera de Estéfani (coords.), *Derechos Humanos: Problemas actuales*, vol. II, Madrid, Universitas, 2013, pp. 1229/1268.

objetivo del Estado social de derecho. Algunos de estos rasgos o caracteres que configuran el Estado social de derecho son:

- a. **La Igualdad "versus" libertad (individual):** mientras el Estado liberal resaltaba y protegía el ámbito de la individualidad (la libertad individual) de las personas el Estado social resalta y protege el ámbito del ciudadano, al individuo como miembro de la sociedad primando el ámbito de la igualdad sobre la libertad.
- b. **Identificación entre el espacio de lo privado y de lo público,** al contrario del Estado liberal que propugnaba la separación entre el ámbito de lo privado y el ámbito de lo público.
- c. **Intervencionismo económico:** frente al abstencionismo (Estado mínimo) del Estado liberal, el Estado social de derecho propugna un Estado eminentemente intervencionista. Se trata de construir un ejecutivo fuerte para conseguir un Estado fuerte.

Y aunque respeta los principios democráticos de las democracias liberales los completa y, en cierto modo, los transforma. Surge así la democracia económica, que consiste en la creación de una Cámara esporádica especializada en cuestiones económicas si bien esto se quedará más en un intento que en algo práctico de verdad. En el mismo sentido nace también el principio de la democracia empresarial por la que se abren vías de participación a los trabajadores en el seno de las empresas.

Sin duda sería muy interesante seguir profundizando en el análisis de los presupuestos sobre los que se asienta en la actualidad el Estado democrático de derecho, pero no es el objetivo de esta ponencia. Por ello, sentadas brevemente las bases y esbozados los fundamentos sobre los que se asienta en la actualidad el Estado democrático de derecho y, habiendo fijado como uno de los pilares que lo sustentan el de la separación de poderes, centremos ahora nuestra atención en uno de los poderes básicos que intervienen en el ejercicio del Poder de todo Estado democrático.

### 3. El Poder Judicial en el Estado democrático de derecho

La democracia se asienta, además de en otros pilares, en la independencia del Poder Judicial. Pero, **¿es verdaderamente independiente el Poder judicial? ¿Puede serlo?**

En una excelente y ya clásica obra titulada *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Gustav Radbruch relata la popular fábula judicial de un molinero al que Federico II había preguntado: "¿No sabes que yo podría privarte

del molino sin compensación alguna?”, para recibir la legendaria y la-cónica respuesta del molinero: “Sí, de no existir tribunales en Berlín”.<sup>(20)</sup>

A continuación narra la historia, en este caso verdadera, “del molinero Arnold (1780) en cuyo asunto el Rey sustituyó la sentencia del Tribunal, que se le antojó injusta, por una decisión o acto de fuerza y ‘envió al diablo’ a los jueces que la habían dictado, colmándolos de improprios y desprecios”.<sup>(21)</sup>

Ambos episodios exponen gráficamente la realidad de una tensión secular entre el modelo ideal y la forma efectiva de llevar a cabo la administración de justicia. Esta tensión “recorre la historia moderna de la institución y está asimismo presente en su pitepeca actual”.<sup>(22)</sup>

Ya durante la Edad Media, dado que el derecho era preexistente a la autoridad que la aplicaba, dado también que el derecho consuetudinario prevalecía sobre el derecho escrito y dado que el derecho natural era superior (en teoría) al derecho positivo, la forma de manifestación del poder político era precisamente la de ejercer la función jurisdiccional. Es decir, poder político y poder de administrar justicia se identificaban.<sup>(23)</sup>

---

(20) Dice la fábula que cuando Federico el Grande, rey de Prusia y unificador de Alemania, construyó su palacio de Sans-souci, había, a un costado de sus hermosos jardines, unos terrenos en los que existía un viejo molino de madera, ruidoso y sucio. A Federico II le pareció que este molino afeaba su nueva residencia por lo que consideró necesario incorporar los terrenos del molinero a su palacio y derribar el molino. En efecto ordenó que se hiciera una oferta al molinero, pagándole un precio razonable por sus tierras y su molino. El molinero, sin embargo, se opuso a la decisión del Emperador, quien, enfadado, recrimina al molinero y lo amenaza con confiscarle su terreno: “¿No sabes —le dice— que yo podría privarte del molino sin compensación alguna?”, “Sí, de no existir tribunales en Berlín” —le contestó el molinero—. RADBRUCH, G., “Introducción a la ciencia del Derecho”, L. Recasens Siches (trad.), con prólogo de F. de los Ríos, Madrid, en *Revista de Derecho Privado*, 1939, pp. 146/147.

(21) Pero, la verdadera historia es que el Emperador quiso apropiarse de los terrenos y del molino. El molinero Arnold, sin embargo, se opuso a la decisión del monarca y llevó su caso a la justicia, al tiempo que le decía al rey: “Sire, es gibt noch in Berlin” —es decir, “Señor, aún hay jueces en Berlín”—. Suele decirse que, cuando los jueces fallaron a favor del molinero Arnold, el monarca, respetuoso de la justicia, celebró que hasta él tuviera que acatar la decisión de los jueces. Pero contrariamente a lo que suele pensarse, en realidad Federico II ignoró la sentencia de los jueces y la sustituyó con un acto de fuerza, apoderándose del molino.

(22) ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, “Jueces, Constitución y Estado de Derecho hoy”, ponencia presentada en el Primer Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica (25, 26 y 27 de marzo de 1991), Centro Cultural General San Martín; Bs. As., Argentina; pp. 105/118. Véase p. 105, en la que se recogen también las dos anécdotas citadas de G. Radbruch.

(23) TENORIO SÁNCHEZ, P. J., “El poder judicial” (tema 22), en AAVV, *Introducción al Derecho Político* (unidades didácticas), Madrid, Universidad de Educación a Distancia, 1993, pp. 441/456; véase p. 445.

Es cierto, sin embargo, que aunque la Alta Justicia quedaba reservada al Rey, no radicaba en el Rey el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional, sino que esta se hallaba dispersa en manos de los titulares de los diferentes señoríos, de las corporaciones, de los municipios. En la medida en que el poder regio va creciendo, en la medida en que se implanta el **Estado Moderno**, el Rey asumirá el Poder Legislativo (que pasa a ser la principal manifestación del poder político), consiguiendo así que las leyes prevalezcan, tanto sobre el derecho consuetudinario como sobre los privilegios preexistentes, e incluso, **centralizará el poder de administrar justicia en sus manos o en órganos comisionados.**<sup>(24)</sup>

En Europa continental y, por supuesto, en España, por influencia francesa, la separación del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo va fraguándose lentamente, asentándose en la filosofía racionalista de la “separación de poderes” iniciada por Locke y desarrollada por Montesquieu, como fundamento de todo Estado de derecho.

En *Del Espíritu de las Leyes* de Montesquieu es constante la idea de que el ideal de todo hombre consiste en alcanzar la libertad máxima dentro de las posibilidades que a todos nos proporcionan las circunstancias concretas, naturales e históricas. Sin embargo, el propio Montesquieu es consciente de que “quien ostenta el poder siente inclinación a abusar de él”<sup>(25)</sup> por lo que, para garantizar la libertad, él mismo articula un sistema de **frenos y contrapesos** que puedan defender y proteger a los ciudadanos frente al poder ilimitado, instrumento, con frecuencia, de despotismo y opresión. Tal sistema tiene su concreción en la separación de las **tres funciones del Estado: legislativa, ejecutiva y judicial,**<sup>(26)</sup> asignando cada una de esas

(24) TENORIO SÁNCHEZ, P. J., *El poder judicial*, op. cit., p. 445.

(25) MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trads), con introducción de E. Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1987, Libro XI, cap. IV, p. 106.

(26) Hay que advertir que, aunque habitualmente se habla de separación de poderes sería preferible hacerlo sobre la diversidad de “funciones”, pues —como afirma Juan Manuel Goig— “La división de poderes no es el mero fruto de un ensayo arbitral ni ocasional, sino que tiene un origen empírico que determina que los distintos poderes respondan a diferentes exigencias de la organización política de un pueblo; son manifestaciones del poder político que se corresponden con tres realidades sociales distintas. La diferencia entre los titulares del poder supone, no obstante, una necesidad y racional complementariedad entre todos ellos para el buen gobierno de un pueblo de forma que, dada la actual complejidad del Estado, resulta más apropiado hablar de “distribución” que de división de poderes”.

GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, “El poder judicial” (Lecc. XI), en Sánchez, Santiago; Mellado, Pilar y Goig, *La democracia constitucional Española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1997, p. 223.

funciones a órganos diferentes: en primer lugar, un órgano encargado de elaborar las leyes; en segundo lugar, un órgano cuya misión es hacer que las leyes se cumplan. Son el **Poder Legislativo** y el **Poder Judicial**. Y, junto a ellos, surge el **Poder Ejecutivo**, en principio independiente, para hacer que el Estado funcione adecuadamente en el ámbito social, económico y político.<sup>(27)</sup>

En efecto, el principio de separación de poderes no debe interpretarse como una separación rígida, como si se fuesen tres poderes absolutamente incomunicados. Se trata más bien de una distribución de funciones que, necesariamente, se encuentran interconectadas y que actúan de manera coordinada.

En principio estos tres poderes deben actuar de forma independiente, aunque no aislados, ya que interactúan para un fin común: el buen funcionamiento del Estado, garantizando la convivencia, la paz, la seguridad, la libertad, en fin, el bienestar de la sociedad. Como afirma Elías Días: “los tres poderes actuarán limitándose recíprocamente, nunca entorpeciendo innecesariamente pues constituyen una garantía frente al absolutismo y la dictadura”.<sup>(28)</sup> Pero, inevitablemente, han de surgir problemas en dicha interacción, derivados de la difícil limitación del campo propio de actuación de cada poder, pues, con frecuencia se producen injerencias recíprocas en el ejercicio de las funciones encomendadas a cada uno de los poderes.

---

(27) MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, op. cit., Libro XI, cap. VI, p. 107 y ss.: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen derecho de gentes, y el poder ejecutivo de los que dependen del civil.

Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro.

Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislado. Si va unido al poder ejecutivo, sería tiránico, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.

(28) DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, op. cit., p. 33.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este planteamiento doctrinal, que recibió una amplia y pacífica acogida en el campo filosófico y en gran parte en los textos constitucionales, no tuvo su correspondiente reflejo en el terreno práctico. Son hoy mayoría quienes afirman la quiebra de la separación de poderes en el plano funcional, aunque se siga invocando desde planteamientos filosóficos y aseverando en los textos constitucionales, más como aspiración o como ideal que como realidad fáctica.

De las tres funciones, la judicial fue la más débil en los inicios de la separación de poderes. Hoy es, sin embargo, la más poderosa en muchos aspectos.

De la concentración de poderes, en manos de la persona del Rey, se ha pasado a una separación de poderes en la que el Poder Judicial ha asumido un papel protagonista como consecuencia de la conformación actual del estado como Estado de partidos, en el que se observa cierta "confusión" entre el Legislativo y Ejecutivo que hacen que el Parlamento y el Gobierno se hayan convertido en una suerte de superestructuras de las decisiones de los partidos políticos. En esta situación, el Poder Judicial se ha convertido en el eje fundamental del Estado de Derecho.<sup>(29)</sup>

Podríamos afirmar que en el Estado de derecho el Poder Judicial surge como garante de los derechos de los ciudadanos y custodio del cumplimiento de la ley. Pero, **¿quién controla al Poder Judicial?**

(29) GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, *El Poder Judicial*, op. cit., p. 224. Sobre la interdependencia actual entre poderes del Estado y Partidos Políticos, véase GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza, 1986, especialmente p. 114 y ss.

Sobre el papel desempeñado por el Poder Judicial en las democracias modernas se han escrito multitud de obras. He aquí algunos estudios, entre los muchos existentes: DE OTTO, IGNACIO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989; *El Poder Judicial en Europa* (Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas), Ponencias, Tres tomos, Madrid, 1989; CARRETERO PÉREZ, ADOLFO, "El modelo de Poder Judicial en la Constitución", en AAVV, *El Poder Judicial*, Inst. de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; CALVO RUBIO, JOSÉ I., "El Ministerio Fiscal, su dimensión constitucional y sus relaciones con los distintos Poderes del Estado", en *El Poder Judicial en Europa*, op. cit., t. I, pp. 525/548; RUIZ VADILLO, ENRIQUE, "El Poder Judicial y la Constitución del Estado", en *El Poder Judicial en Europa*, op. cit., t. I, pp. 3/21. Véanse especialmente los números 8-9, 2º semestre de 2001 y 1º de 2002 de la *Revista Teoría y realidad constitucional: "El poder Judicial"* (monográfico).

#### 4. La independencia del Poder Judicial.

##### ¿Es verdaderamente independiente el Poder Judicial?

Es evidente que este interrogante plantea una extensa polémica de difícil solución. Si el Poder Judicial se controla a sí mismo, se asume un grave riesgo para la imprescindible seguridad e inexcusable efectividad.

Si, por el contrario, corresponde al Legislativo el control del Poder Judicial se genera una inseguridad de mayores dimensiones en cuanto a que el propio Poder Legislativo asumiría al mismo tiempo la función de crear las leyes y la función de aplicarlas, a través del control ejercido de la jurisdicción. ¿Y el Ejecutivo? Esta solución sería aún más peligrosa, pues hacer depender el Poder Judicial del Poder Ejecutivo conllevaría tal politización, que impediría depurar las más altas responsabilidades que pueden surgir en el Estado de derecho: las de los gobernantes, que no son pocas en la actualidad, dada la constante y manifiesta corrupción pública que impera en muchos países de los considerados democráticos.

Tenemos que concluir necesariamente que la existencia de un Poder Judicial independiente es absolutamente indispensable para la correcta configuración del Estado de derecho contemporáneo. Sin embargo, la existencia misma de un Poder Judicial independiente genera multitud de problemas cuya solución requiere, a su vez, la independencia de cada Poder, evitando injerencias, presiones y trabas de unos en otros. Llegados a este punto surge el interrogante nuclear de esta exposición:

**¿Es verdaderamente independiente el Poder Judicial?<sup>(30)</sup>** No cabe duda de que la concepción sobre la función jurisdiccional ha cambiado

---

(30) Sobre la independencia del Poder Judicial se han escrito innumerables páginas, se han realizado frecuentes debates, conferencias nacionales e internacionales, seminarios, etc. He aquí algún ejemplo —tan solo unos pocos— de las muchas obras que pueden consultarse al efecto: MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS, "Independencia del Poder Judicial", en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, 1970; GONZÁLEZ RIVAS, JUAN J., "La independencia Judicial. Especial consideración del art. 122 de la Constitución Española de 1978", en AAVV, *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ, "Sobre la dimensión política de la función judicial", en *Poder Judicial*, diciembre, 1981; JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ, "El Poder Judicial, su independencia y sus relaciones con el Poder Legislativo y con el Ejecutivo", en *El Poder Judicial. Ponencias de la Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales...*, op. cit., tomo I, pp. 175/196; DIETER, SIMÓN, *La independencia del Juez*, Carlos Ximénez-Carrillo (trad.), Barcelona, Ariel, 1985; BASTIDA, FRANCISCO J., *Jueces y Franquismo*, Ariel, Barcelona 1986; VAN PARIS, PHILIPPE, *¿Qué es una sociedad justa?* Juana A. Bignozzi (trad.), Barcelona, Ariel, 1993; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro blanco de la Justicia*, Madrid, 1997; CARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996; NIETO, MIGUEL Á., *Cazadores de noticias*. Así

considerablemente desde Montesquieu hasta nuestros días. Hablando del Poder Judicial, Montesquieu se expresa en los siguientes términos: “El Poder Judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la Ley para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad lo requiera”, y al mismo tiempo propugna que este tribunal debe limitarse a la aplicación mecánica de la ley. “Pero si los tribunales no deben ser fijos —sigue diciendo—, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en una sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”.<sup>(31)</sup>

Es esta concepción del **juez autómat**a la que entendemos claramente desfasada en nuestros días, ya que la ley, al no ser exhaustiva, carece en multitud de ocasiones de la claridad y minuciosidad necesarias para resultar eficaz sin una adecuada interpretación por parte de un juez. Ello no significa, en modo alguno, que el juez desvirtúe el contenido de la ley; por el contrario, con su intervención, el juez determina qué ley, en qué medida y en qué situaciones debe aplicarse a cada caso para que la solución sea “no automática”, sino “justa”.

De ello se deduce la existencia de una importante problemática: **¿debe el juez ser un mero apéndice de la ley?** Se trata de dilucidar si el juez, como aplicador de la ley, debe limitarse a aplicarla como quien aplica un manual de instrucciones de un juego de mecano, o de una lavadora.

En mi opinión, el órgano jurisdiccional, tal como se concibe en la actualidad, no debe ser un mero computador que aplica la ley a base de silogismos. Si así fuera, en la época de la informática y de la cibernética no serían necesarios los jueces. Los juicios y sentencias podrían estar perfectamente

---

se descubrieron los grandes escándalos de la democracia, Edit. Temas de Hoy, Madrid, 1997; NIETO, ALEJANDRO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997; NIETO, ALEJANDRO, *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1997. HERNÁNDEZ MARTÍ, VALERIANO, *Independencia del Juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas, 1991; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, “La independencia judicial y el problema de la relación de la justicia con los demás poderes del estado”, en AAVV, *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, Madrid, 1982; LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *La justicia y sus problemas en la Constitución. Justicia, jueces y fiscales en el estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1996; PÉREZ RENS, PABLO, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

(31) MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, op. cit., Libro XI, Cap. VI, p. 108.



programados. Los operadores jurídicos tan solo tendrían que introducir los datos de los hechos y poner nombres en cada caso concreto.

Yo entiendo, sin embargo, que el juez tiene —o debe tener— conocimientos suficientes y formación ética para poseer un margen de actuación —llamémosle discrecional— que no le comprima en el momento de aplicar la ley, en la búsqueda, siempre, de una sentencia justa.

Y es precisamente aquí donde se manifiesta de lleno el problema de la independencia del Poder Judicial, pues es en este margen de actuación donde suelen aparecer diversas presiones a las que un juez puede verse sometido.

Evidentemente un juez anónimo y automatizado, de corta duración, como proponía Montesquieu, evitaría las posibles injerencias de otros poderes y las tentadoras presiones económicas y sociales. Mientras que un juez con amplio margen de actuación e interpretación es, con frecuencia, terreno abonado para la presión y la injerencia desde los más diversos sectores del poder (poder político, poderes mediáticos, poder económico, religioso, social...). Por esta vía, en los últimos tiempos han aparecido (especialmente en Italia y España) los llamados "**jueces estrella**", cuyas decisiones han sido consideradas por los medios de comunicación, y por la sociedad en general, fruto, más que de la estricta legalidad, de las posiciones políticas personales, de la militancia ideológica, de las propias amistades o enemistades, de la opinión-presión vertida por el periódico que se lee o en el que se escribe.

Todo ello conlleva que los jueces ya no son anónimos —como pretendía Montesquieu—<sup>(32)</sup> sino perfectamente conocidos y sus decisiones se publicitan como el resultado de un encuentro deportivo y no como resultado de la aplicación estricta de la ley en el curso de un proceso judicial. En este ambiente y circunstancias es difícilmente concebible la independencia de un Poder Judicial que está siempre en el punto de mira de la sociedad, criticado y presionado por los medios de comunicación, controlado por el Poder Legislativo y utilizado por el Ejecutivo.

Lo ideal sería un Poder Judicial compuesto por personas con la preparación intelectual y cultural suficientes que desempeñen la tarea de aplicar el derecho

---

(32) MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit. "De esta manera —dice—, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están precisamente a la vista, se teme a la magistratura pero no a los magistrados", Libro XI, Cap. VI, p. 108.

desde el anonimato, sin verse sometidos al constante acoso del poder político, ni de otros sectores de la sociedad, especialmente de quienes son capaces de crear estados de opinión interesados y, por supuesto, ajenos a la tarea de juzgar, cuya competencia es exclusiva de los jueces.<sup>(33)</sup>

El Poder Judicial debe ser independiente. Es cierto. Pero, ¿qué significa independencia? Escribe con certeras palabras Adolfo de Miguel:

La independencia no es una ventaja o prerrogativa del Juez sino una garantía elemental para el justiciable, en cuyo interés se articula. Para el Juez significa tan solo el derecho a cumplir con su deber. Mera condición de servicio. Porque la justicia no es un bien patrimonial del juzgador, que se dispensa, sino una función que se administra, con el consiguiente deber de rendición de cuentas, a la sociedad, en primer término y, en definitiva y sobre todo, a quien es Juez de Jueces y fuente de toda Potestad (...)

Por eso, la independencia es más todavía una virtud que un atributo legal... Por eso, también es la independencia funcional lo que verdaderamente importa; más que la propia independencia orgánica o cualquier fórmula accesoria de autogobierno judicial (...)

El propio acceso a la magistratura mediante rigurosa oposición confiere ya desde un principio al elegido cierto halo carismático para la salvaguardia de su independencia. Nada debe al favor y nada debe, en consecuencia, retribuir al Poder.<sup>(34)</sup>

Está claro, por tanto, que al hablar de independencia del Poder Judicial no estamos refiriéndonos a un especial privilegio de la magistratura.

Abandonada la idea de que la independencia judicial pueda ser considerada como un privilegio especial del juez, se ha venido

(33) Es obvio que me estoy refiriendo a los medios de comunicación, de manera especial prensa, radio y televisión. Con demasiada frecuencia, especialmente en los últimos tiempos, estos medios han sido —y siguen siendo— poco respetuosos con los jueces y con la función que ellos desempeñan. A veces da la sensación que los auténticamente juzgados son los jueces y los medios de comunicación se han convertido en Tribunales, con veredictos mediáticos, antes de que hayan juzgado los jueces.

(34) D. Adolfo de Miguel Garcilopez, ha sido presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y Director de la Escuela Judicial. Las palabras citadas corresponden al prólogo de la obra de Martínez Calcerrada, *La independencia del Poder Judicial*, op. cit., p. 16.

contemplando en dos vertientes; desde un punto de vista exterior, se habla de la posición de la magistratura frente a los poderes públicos o fuerzas sociales; desde dentro, como posición del juez frente a las partes, aunque desde esta óptica, más bien habría que hablar de imparcialidad.<sup>(35)</sup>

El concepto de independencia implica, por tanto, la falta de subordinación o supeditación a cualquier poder, entidad o elemento extraño que pueda condicionar la libre actuación, en este caso del juez.

Desde una perspectiva externa, la independencia en el ejercicio de la función judicial significa que el juez, debe estar libre de toda influencia extraña, en el ejercicio de sus funciones, tanto, si proviene del Gobierno o del Parlamento, como del electorado o de la opinión pública, y, de manera especial, a juzgar por lo observado en alguna de las últimas actuaciones judiciales, de los medios de comunicación social.<sup>(36)</sup>

Se trata pues, de una independencia básicamente funcional, absolutamente necesaria en la tarea de impartir justicia.

Es imprescindible que la esfera de actuación de dicho Poder Judicial esté libre, o sea, independiente, de injerencias extrañas a su cometido funcional; ello conduce a que, en el ejercicio de su función, solamente se respeten los generales límites de la total juridicidad de la comunidad, o lo que es igual, se mantenga únicamente bajo el control de la legalidad.<sup>(37)</sup>

Venimos hablando de la función judicial como **poder**. Pues bien, si partimos de la acepción de **poder como facultad**, el **Poder Judicial** será la facultad o capacidad de ejercer la función jurisdiccional, es decir, la facultad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Pero el **Poder Judicial**, como ostentador de tal facultad, tiene atribuida, además, una importante parcela de **poder**. Me refiero al **poder fáctico**, a la capacidad de decisión sobre

---

(35) GOIG MARTÍNEZ, JOSÉ M., "El Poder Judicial I", en *Poder y organización territorial en España*, cap. VII, Madrid, Universitas, 2014 (página sin determinar, pues el libro sale en los próximos días). Agradezco al Profesor Goig su amabilidad al facilitarme su magnífico capítulo VII de esta obra en la que plantea con mucho acierto los problemas de la independencia del Poder Judicial.

(36) GOIG MARTÍNEZ, JOSÉ M., "El Poder Judicial I", en *Poder y organización territorial en España*, op. cit., cap. VII.

(37) MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS, "La independencia del Poder Judicial", op. cit., p. 34.

cuestiones importantes o trascendentales en la distribución de las funciones del Estado. Es por esta razón por la que necesitamos un **Poder Judicial** verdaderamente independiente. Pero, ¿independiente de quién?

#### 4.1. *Independencia política*

La independencia judicial es consustancial al concepto de Poder Judicial hasta el punto de que Poder Judicial e independencia judicial deben ser términos que se implican mutuamente, que se implican mutuamente porque, solo coexistiendo, existen.<sup>(38)</sup>

En las altas instancias del ejercicio del poder, en las grandes decisiones en las que, además, están implicados los otros poderes del Estado (el Ejecutivo y el Legislativo) la independencia del Poder Judicial está, con frecuencia, gravemente amenazada, por lo que cabe preguntarse si realmente el Poder Judicial puede verse presionado o mejor, si puede permitir la presión del poder político encarnada en el Ejecutivo el cual, como sabemos, se conforma en virtud de los resultados de los comicios, de tal manera que, quien gobierna un país pertenece, por regla general, al partido que ha resultado vencedor en las elecciones. A su vez, la casi totalidad de los integrantes del Ejecutivo serán militantes del propio partido o afines al mismo.

Pues bien, en el tema que nos ocupa, se trata de evitar que los gobernantes, por ostentar el Poder Ejecutivo, puedan influir de algún modo en la decisiones judiciales, de forma que, con su injerencia, desvirtúen la función del Poder Judicial hasta el punto de generar con sus decisiones, por acción u omisión, graves injusticias. De acuerdo con Montero Aroca:

La administración de la justicia debe estar al margen de toda injerencia de los otros poderes u órganos del Estado, por la sencilla razón de que de nada serviría dictar normas que limitan la actividad de los gobernantes sí, ulteriormente, en fase de aplicación contenciosa del Derecho, estos pudieran influir en la resolución de los conflictos.<sup>(39)</sup>

En la mayoría de las ocasiones, las injerencias surgen, no tanto de las presiones directamente ejercidas sobre los jueces —que todavía existen— sino de la deficiente —por no decir perversa— articulación de los diversos

(38) TOMÁS y VALIENTE, F., "Poder Judicial y Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, especial XI, Consejo General del Poder Judicial, 1988, p. 19.

(39) MONTERO AROCA, J., *Independencia y responsabilidad del Juez*, Madrid, Civitas, 1990, p. 17.

mecanismos de funcionamiento del Estado. El sistema está viciado en la base cuando es el Ejecutivo (o el Legislativo —pues, con frecuencia, en los sistemas políticos partidocráticos ambos se identifican—), quien propone o nombra a los altos cargos de los Órganos Jurisdiccionales, con la intención de que, en el futuro estos actúen como “topos” en favor de quien les nombra. Desde esta perspectiva el colectivo judicial puede estar viciado desde el principio, aún contra su voluntad. Frente a ello, cabe decir que

... la independencia debe predicarse también respecto a la propia estructura judicial, lo que determina, tanto la necesidad de una verdadera política judicial, dirigida a la consecución de la libertad, como el autogobierno del propio Poder Judicial a través de órganos especiales, ajenos a los restantes poderes del Estado. Sin embargo, desde el momento en que estos órganos intervienen en la designación de sus miembros los convierten en órganos puramente políticos y politizados, carentes de independencia.<sup>(40)</sup>

Existe, sin embargo otro problema que afecta directamente al ámbito personal del juez. Se trata de la posibilidad de su ideologización o politización pues “los jueces son políticos como lo es el periodista, como lo es el arquitecto y como lo es cualquiera, porque tienen ideas propias”.<sup>(41)</sup>

No es infrecuente que determinados jueces se retiren temporalmente de la carrera judicial para incorporarse a las listas de un determinado partido político, para volver posteriormente a desempeñar la función judicial. A nadie se le escapa que ese juez será puesto en tela de juicio y generará todo tipo de desconfianzas a la hora de juzgar a sus ex-compañeros de partido.

El problema de la politización de los jueces me parece tan rechazable como el anterior, pues, si, en el primer caso, la presión procede de la actuación manipuladora del Poder Ejecutivo, en este último nos encontramos ante un problema de desviación y corrupción de la propia función jurisdiccional.

En mi opinión, quienes encarnan la función jurisdiccional pueden —incluso deben— tener una ideología o principios políticos determinados. Cuestión diferente es que aspiren a puestos políticos, pues un juez debe

---

(40) GOIG MARTÍNEZ, JOSÉ MANUEL, “El Poder Judicial I”, en *Poder y organización territorial en España*, cit., cap. VII, en prensa (el libro sale en los próximos días, diciembre 2014).

(41) VIDAL ANDREU, GUILLERMO, “La independencia judicial”, en *Cuadernos Jurídicos*, nº 26, enero, 1995, p. 12.

ser imparcial, y la política es, por definición, parcialidad. Por tanto, si un juez quiere dedicarse a la política, pienso que debe abandonar la función jurisdiccional con carácter definitivo, en favor de la independencia y de la imagen de imparcialidad del Poder Judicial. Podríamos aplicar en esta ocasión el dicho de que “la mujer de César no solo debe ser honrada, sino también parecerlo”.

#### **4.2. Independencia frente al “cuarto poder”. Independencia de los medios de comunicación**

Habitualmente entendemos por cuarto poder la prensa o más ampliamente todo los medios de comunicación, calificado como **poder mediático**. En todo el mundo la prensa, la radio, la televisión, el cine y, más recientemente, las llamadas autopistas de la información, como la comunicación informática, cuya máxima expresión es Internet, las redes sociales (Blog, Twitter, Facebook, Bluetooth, WhatsApp) **se han convertido, no solo en elemento informador, sino también en formador de opinión**, tamizando y desvirtuando con frecuencia la realidad. Es tal la influencia que ejercen sobre el público los medios de comunicación que lo que aparece en ellos como noticia, por increíble que parezca y aunque sea falso, se recibe automáticamente como verdad. Es evidente que actualmente la prensa y los “mass media” constituyen un **cuarto poder** en cuanto a que ejercen una influencia brutal sobre los individuos y sobre toda la sociedad.<sup>(42)</sup>

Pues bien, creo que todos estaremos de acuerdo en que el **Poder Judicial** debe mantenerse independiente de las presiones y del poder que sobre él ejercen los medios de comunicación y, en lo posible, al margen de las **guerras** ideológicas, políticas, económicas y religiosas de los propios medios de comunicación, que, desde sus páginas o imágenes **pretenden orientar, dirigir, condicionar y manejar a los jueces**, tratando de conseguir

(42) Una idea sobre la transcendencia y la influencia de la prensa en nuestros días podemos encontrarla en la lectura de alguno —entre otros muchos— de los siguientes libros: AGUILAR, MIGUEL A., *Los Medios de Comunicación en la frontera de la Democracia*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1990; MUÑOZ-ALONSO, ALEJANDRO, “La prensa y la opinión pública en la perspectiva del poder”, lección inaugural del curso 1989-90, Univ. Complutense, Madrid; MUÑOZ-ALONSO, ALEJANDRO, *Política y nueva comunicación: el impacto de los medios de comunicación de masas en la vida política*, Madrid, Fundesco, 1989; ASOCIACIÓN DE ESCRITORES Y PERIODISTAS INDEPENDIENTES DE MADRID, *Contra el Poder*, Madrid, Ediciones de Hoy SA, 1996; D’ADAMO, ORLANDO, GARCÍA BEADOUX, VIRGINIA y FREIDENBERG, FLAVIA, *Medios de Comunicación y opinión pública*, Madrid, McGraw Hill, 2007.

sentencias favorables para sus intereses ideológicos, políticos, económicos o religiosos, sin importarles que sean o no ajustadas a derecho y, menos aún, que sean o no justas. Esta situación deja en evidencia y dice muy poco en favor del talante democrático de aquellos medios —de quienes los dirigen o los utilizan— que presumen de ser progresistas y tolerantes, pero distorsionan la voluntad e independencia de los jueces, desde la fuerza y el poder que les proporcionan sus medios de comunicación. En mi opinión, la democracia es patrimonio, no tanto de quien la predica como de quien la práctica.

Para salvar la independencia judicial respecto del poder mediático sería necesario que:

1. los jueces se abstengan, en lo posible, de aparecer en los medios de comunicación haciendo declaraciones acerca de las personas o los contenidos de los procesos que tienen encomendados. Todos somos conocedores de que actualmente existen determinados jueces deseosos de aparecer en la prensa, radio y televisión, y ávidos de ser noticia.<sup>(43)</sup>
2. del mismo modo que los jueces no pueden ser esclavos de los partidos políticos o del Poder Legislativo y Ejecutivo, es obvio que tampoco lo sean de los medios de comunicación. Si un juez escribe, habla o colabora habitualmente con un medio de comunicación, ¿cómo es posible que pueda, en algún caso, juzgar a ese medio, o a quienes lo dirigen o son apoyados y defendidos por el mismo? Es lógico que la participación habitual en un medio vaya creando afinidades y generando dependencias.<sup>(44)</sup>
3. aunque es imposible que el juez permanezca en una burbuja de cristal, sí haga un esfuerzo por no dejarse “mediatizar” por las directrices, consignas, orientaciones e injerencias que le llegan desde los diversos medios de comunicación,

---

(43) Véase el artículo “La independencia judicial” de Gonzalo Quintero Olivares, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en *Cuadernos Jurídicos*, n° 26; enero 1995. Especialmente en el punto III; pp. 5/13. La p. 28 hace también referencia a este problema. En la misma revista es interesante al respecto la entrevista realizada a Guillermo Vidal Andreu.

(44) Es de sobra conocido por todos cómo, en los últimos años en España, algunos jueces han estado permanentemente expuestos a los medios de comunicación, hacen declaraciones sobre hechos que están sometidos a procedimientos judiciales, participan habitualmente en tertulias, escriben en medios de comunicación, o están vinculados a poderes mediáticos, de los que incluso cobran. Es obvio que con tal comportamiento es difícil mantener la independencia en determinadas situaciones, especialmente cuando se plantean pleitos que afectan a los propios medios con los que los jueces mantienen cierta vinculación o colaboración. Un ejemplo de esta cuestión puede verse en toda la problemática surgida en España en el caso “Sogecable”, en el que el poder del periódico *El País* sobre alguno de los jueces influyó en la sentencia que condenó por prevaricación al Juez Gómez de Liaño, sentencia que fue anulada posteriormente por el Tribunal Europeo de derechos humanos. Y conocido es también el caso de mediático Juez Baltasar Garzón, que fue juzgado e inhabilitado por prevaricación.

influidos, con frecuencia, por otros poderes, encubiertos o explícitos, que los manejan en pago de favores mutuos.

En definitiva, los jueces no deben dejarse influir, ni verse influidos por la prensa, pero difícilmente podemos convencer a los medios de comunicación para que dejen en paz a los jueces. Difícilmente los medios de comunicación aceptarán renunciar a su poder y capacidad de influencia y difícilmente asumirán que su intervención puede perjudicar e incluso tergiversar el curso de un proceso. Aunque yo me atrevería a pedir a todos los medios de comunicación, en nombre de la sociedad que, al menos, se limiten a informar, respetando la función y el quehacer de los jueces en los grandes sumarios e importantes asuntos sobre los que tienen que aplicar el derecho y solo el derecho. Sería bueno que la prensa se dedique a informar sin interferir en las investigaciones y el desarrollo de los procesos, **sin juzgar** —pues no es su cometido— absolviendo o condenando “*a priori*”, suplantando la función de los jueces.

#### 4.3. El miedo y la independencia judicial

También el miedo juega un papel importante como presión que resta independencia a los jueces. El fenómeno del miedo no es afortunadamente general pero toma especial relevancia en Italia, a raíz de los asesinatos por parte de la mafia de aquellos jueces que demostraron no tenerles miedo.

En España ha sido gravísima durante mucho tiempo la situación de algunos jueces y fiscales permanentemente amenazados por su relación más o menos directa con causas vinculadas a actos de terrorismo, hasta el punto de que algunos han muerto en atentados terroristas.

Entendemos que el acceso a la administración de justicia está sometido a una serie de condiciones, algunas ajenas al propio ejercicio de la profesión, entre las que, por desgracia, se encuentran las amenazas y el miedo. Esto es una realidad que debemos entender y comprender.

Es perfectamente lícito que un juez sienta miedo ante determinadas amenazas. Sin embargo, **hay que evitar que la administración de justicia se convierta, por miedo, en administración de injusticia.** Por ello entiendo que, si un juez se siente coaccionado por el miedo, por ejemplo ante un delito de terrorismo, o en los procesos contra las redes de traficantes de droga, o en los oscuros asuntos de las diversas mafias, debe abandonar el caso dejándolo en manos de otro que no se sienta amedrantado ante tales amenazas, pues una de las condiciones del buen juez es estar por encima de las coacciones y del miedo o, en caso contrario, tener la valentía



de abandonar su puesto antes de dictar una sentencia bajo la influencia psicológica de la amenaza y la coacción, del miedo en definitiva. La administración de justicia tiene que ser independiente por su propia esencia. Las presiones internas o externas pueden producir sentencias tan injustas como irreparables sean los daños.

En el caso italiano murieron algunos jueces con plena conciencia de que tal evento podría sucederles. Antepusieron a su propio miedo el deseo de impartir una justicia veraz e independiente, incluso del miedo y de la extorsión. Esos jueces supieron asumir la responsabilidad y el miedo que comporta el ser juez. Esto no quiere decir que todo juez deba estar dispuesto a morir, pero sí que debe defender la independencia o dejar de serlo. Nadie está obligado a ser mártir pero sí a no cometer injusticia.

#### *4.4. La independencia no significa aislamiento*

Es cierto que debemos procurar y exigir un Poder Judicial independiente pero no aislado. Llevar hasta el extremo la independencia del Poder Judicial podría llevarnos al aislamiento de los jueces y la desconexión con el mundo que les rodea, hasta el punto de que podrían perder la perspectiva social a la hora de juzgar.

No se trata, por consiguiente, de lograr jueces alejados de la realidad. Ni es imprescindible ni conveniente. Necesitamos jueces insertos en la realidad social y cultural que vivimos, con sus grandezas y con sus miserias. El desconocimiento de la realidad social, a la hora de aplicar la ley, daría lugar a grandes injusticias, pues toda ley debe ser aplicada en un espacio y tiempo determinados.

El juez no es una simple parte de una maquina aplicativa, como sostenía la filosofía política francesa de comienzos del siglo XIX, sino que se ve obligado a integrar razonadamente los conceptos legales en conexión con el supuesto de hecho contemplado; las normas jurídicas no tienen una sola interpretación, no son unívocas, sino que una misma norma aspira a poder aplicarse a casos relativamente diferentes entre sí.<sup>(45)</sup>

Por otra parte, si entendemos la dependencia como subordinación a un órgano superior, los jueces no pueden ser totalmente independientes, pues están sometidos al órgano que les representa.

---

(45) QUINTERO OLIVARES, GONZALO, "La independencia judicial", *op. cit.*, p. 27.

Pero, además de ser independiente, el juez debe sentirse independiente. Un sistema político puede garantizar teóricamente la independencia política del Poder Judicial mediante una serie de normas. Sin embargo, la realidad judicial refleja lo contrario, pues en el tránsito de la teoría a la práctica fallan los mecanismos y los controles intermedios. Por ello, si la independencia teórica es importante, en tanto que actúa como garante de la función jurisdiccional, el fuero interno del juez, es decir, la sensación de libertad e independencia de los propios jueces es fundamental para el desempeño de su cargo. ¿Qué nivel de justicia y seguridad jurídica aportaría un juez que se sintiera coaccionado a la hora de enjuiciar un proceso o elaborar una sentencia? Sería, sin duda, un atentado contra los principios más elementales de la actuación judicial. Pues bien, si los jueces en su conjunto —y así lo revelan encuestas en nuestro país— no se sienten independientes es, tal vez, porque en realidad no lo son. Difícilmente un juez que no se siente independiente, puede serlo.

Hay quienes afirman que cada pueblo tiene los gobernantes que se merece y, del mismo modo, el Poder Judicial que se merece. Esta visión, sin embargo, significa una simplificación injustificada de la realidad. Es cierto que el sentir normal se refleja en la situación, el devenir y los comportamientos de un pueblo —diríamos que el “*volkgeist*” (el espíritu del pueblo) sigue teniendo vigencia—. Sin embargo, el ambiente de crispación que genera en muchos países el deficiente y anormal funcionamiento de la justicia y el desamparo de su independencia, pone en evidencia que no se trata de un mal querido por la sociedad.

Por otro lado, podemos afirmar que, si bien un Poder Judicial no conforma un tipo de Estado —pueden estar previstos los mecanismos para asegurar la independencia y, a pesar de todo, no funcionar—, si es cierto que un tipo de Poder Judicial y su funcionamiento es reflejo de la marcha general de un Estado. Si en un Estado el Poder Judicial ha perdido su independencia y objetividad, hasta el punto de que los otros poderes del Estado pueden ejercer sobre él una presión o injerencia vergonzante, puede afirmarse que dicho Estado sufre un problema de corrupción que afecta gravemente al sistema democrático.

En esta situación la ley no se aplica igual para todos y los procesos a miembros del Gobierno se convierten en una burda pantomima, en un espectáculo teatral, una farsa, un sainete irritante para toda la sociedad, y el desprestigio del Poder Judicial alcanza límites insospechados.

En definitiva, el grado de independencia del Poder Judicial es un indicador inequívoco de la situación social y política de un Estado. Allí donde no se respeta la independencia judicial están en peligro los derechos más elementales y se corre el riesgo de la quiebra del sistema democrático.

Para terminar este apartado, digamos que la independencia del Poder Judicial es un valor fundamental, una garantía del correcto funcionamiento del sistema judicial, por lo que debe ser protegida de toda presión e injerencia a que pueda verse sometida, ya provenga de los otros poderes del Estado, de los poderes mediáticos, de los poderes fácticos o de la propia sociedad.

Los jueces deben ser y sentirse independientes, pero al mismo tiempo conocedores, no aislados, de la sociedad a la que sirven. Deben conocerla, vivirla y compartir sus preocupaciones para hacer de su función, no un automático silogismo, sino un servicio real y eficaz, impartiendo una justicia en la que se tengan en cuenta solo las circunstancias reales de los hechos y las leyes que los contemplan, no las intromisiones e injerencias de cualquier tipo de poder.

Lograr una independencia del Poder Judicial mínimamente aceptable por la sociedad, no es tarea única del juez. Debe crearse un ambiente político, social y cultural propicio para ello, un compromiso real y efectivo de no interferencia **¡Dejemos a los jueces aplicar la ley sin presiones! ¡Ayudémosles a hacer justicia!**

## 5. Politización del Poder Judicial

A pesar de las proclamas constitucionales de independencia de las funciones de los poderes del Estado, a pesar de la necesidad de tal independencia para que el Estado democrático funcione adecuadamente, a pesar de los buenos deseos de la sociedad, lo cierto es que, en la mayoría de los Estados democráticos actuales, los tres poderes del Estado, si son independientes conceptualmente, no lo en realidad, pues una cosa es la teoría y otra, muy diferente, es la praxis.

En este sentido, ciñéndonos al tema que nos ocupa, me atrevería a afirmar que el Poder Judicial no es verdaderamente independiente. Al menos no lo es en la medida deseable para que nuestras democracias alcancen un mínimo de calidad satisfactoria para todos los ciudadanos. Por un lado,

existe una fuerte politización del Poder Judicial en la toma de las grandes decisiones que competen a las instancias más altas de la magistratura y, por otro, se produce, aunque en menor medida, un cierto grado de judicialización de la política.

En la actualidad, existen muy pocos Estados, y me refiero a aquellos que tienen una amplia tradición democrática, en los que, en mayor o menor medida, no esté presente un cierto grado de politización de la justicia o de judicialización del poder político. Y, por supuesto, en aquellos Estados en los que la democracia es una mera cuestión nominal, prostituida por las graves injerencias del Poder Ejecutivo en el Judicial, o por el control absoluto del ejecutivo sobre el parlamento y sobre los jueces, la politización de la justicia, convierte a los Estados en auténticas dictaduras más o menos encubiertas.

No pretendo en este momento hacer un tratado sobre la politización de la justicia, a pesar de que existe suficiente materia para ello. No pretendo analizar uno a uno todos los países del mundo, ni siquiera los más representativos. Ni es el momento, ni es el lugar, ni el espacio me lo permite. Pero hago una invitación a todo aquel que lea estas páginas a que analice con sinceridad, serenidad y profundidad la relación entre los poderes del Estado, o mejor entre las funciones desempeñadas por cada uno de los poderes del Estado de su propio país. Y después de una seria reflexión extraiga sus propias conclusiones.

Yo me limitaré a exponer un ejemplo después de las reflexiones realizadas sobre mi país, que es España. Nadie puede dudar que nos encontramos ante un país democrático con unas instituciones, en principio, ejemplares desde que en 1978 se aprobó la actual Constitución, después de un proceso de transición desde una dictadura a la democracia. Pero, si analizamos detenidamente la Constitución, las leyes y nuestras instituciones podremos apreciar que la independencia de los poderes del Estado está fuertemente comprometida y contaminada. Veamos:

La Constitución española de 1978, en su art. 122.2, establece que:

El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La Ley Orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen publicitario.

En el punto 3 del mismo artículo, se dispone que

El CGPJ estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

Sin embargo, este artículo ha sido interpretado de dos formas distintas por sendas Leyes Orgánicas y ha sido, además, objeto también de una polémica sentencia del Tribunal Constitucional.

El 10 de enero de 1980 se aprobó, por razones de urgencia, la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial según la cual, los doce vocales del CGPJ de procedencia judicial serán elegidos por todos los jueces y magistrados en servicio activo. De este modo, de los veinte miembros del CGPJ, ocho serán elegidos por las Cámaras —Congreso y Senado— y los doce restantes directamente por los miembros del Poder Judicial.

Años más tarde, al elaborar la necesaria Ley Orgánica del Poder Judicial, que exigía la Constitución, el Gobierno Socialista aprovechó su mayoría parlamentaria para cambiar radicalmente la forma de elección de los doce vocales de procedencia judicial. La razón del cambio fue eminentemente política, consecuencia de las tensiones existentes entre el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, que, con D. Federico Sainz de Robles como Presidente, se había tomado en serio su independencia.

Según la nueva regulación, todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial serán elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado,<sup>(46)</sup> lo que constituye una auténtica y desafortunada novedad, pues los doce vocales del Consejo, que según la Ley Orgánica 1/1980 correspondía elegir a todos los jueces y magistrados en servicio activo, pasan a

---

(46) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 112.1.2 y 3.

ser elegidos también por las Cámaras. En consecuencia, es el Parlamento quién elige en la actualidad a todos los miembros del CGPJ, condicionando e inspirando, a su vez, de forma indirecta la elección del Presidente del Tribunal Supremo que se llevará a cabo por los propios Vocales del CGPJ y será, al mismo tiempo, el Presidente de éste.<sup>(47)</sup> De esta forma se produce una identificación entre el Poder Ejecutivo que pertenece y es elegido por el partido mayoritario del Congreso, el Poder legislativo y el Poder Judicial. **¿Dónde está la independencia?**

Contra esta ley, que indudablemente suponía un duro golpe a la independencia del Poder Judicial, se presentó un recurso de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional desestimó mediante una discutible —una más—<sup>(48)</sup> y polémica sentencia.<sup>(49)</sup>

Así las cosas, la consecuencia parece clara. Tanto la Ley Orgánica como la sentencia desencadenaron una lucha feroz —que ha existido y sigue existiendo desde entonces— por el control del Poder Judicial por parte del Ejecutivo, no solo garantizando el control a través de la Ley sino en el “mercadeo” de nombres cada vez que hay que renovar el Consejo del Poder Judicial o el propio Tribunal Constitucional,<sup>(50)</sup> colocando a las personas afines, más aconsejables y adecuadas para afrontar los graves procesos que se avecinaban y en los que se verían incursos los representantes del poder Ejecutivo.<sup>(51)</sup> Un ejemplo de ello se evidencia en las palabras de Pablo Castellano quien ya, en 1995, afirmaba que “de los tres Consejos hasta la fecha constituidos (1995), el primero representa el ansia de ampliación de sus competencias, el

(47) Véase art. 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

(48) Recordemos también la bochornosa sentencia del Tribunal Constitucional sobre la expropiación de Rumasa, monumento inconfundible a la injerencia política y a la falta de independencia del Alto Tribunal, que después de injerencias y supuestos cambios de intención, votó finalmente a favor de la expropiación valiéndose del voto de calidad del Presidente, pues había existido un empate entre los 12 magistrados (seis a favor y seis en contra de la legalidad de la expropiación).

(49) Véase STC 108/1986, de 29 de julio, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 6/1985, de 29 de julio, del Poder Judicial.

(50) Un buen ejemplo de la ineficacia y las desastrosas consecuencias del sistema de nombramiento se refleja en las dificultades para sustituir las vacantes actuales en el Tribunal Constitucional. Resulta casi imposible que los Partidos Políticos se pongan de acuerdo en los nombres de los vocales que deban sustituir a quienes han de cesar por haber transcurrido el período para el que fueron elegidos.

(51) Por ejemplo, el caso Filesa; el juicio de los Gal; el secuestro del Sr. Marey; los fondos reservados; las comisiones del AVE; el caso de Banca Catalana, etc.

segundo la ambición de ordenar la dependencia y el tercero, la avaricia en dar el mejor servicio a quien lo nombra, conduce y guía”.<sup>(52)</sup>

La afirmación de Pablo Castellano era trágicamente cierta. Pero las cosas siguen igual y ninguno de los partidos políticos que gobiernan y tienen la mayoría en el Parlamento quiere afrontar esta situación, devolviendo la auténtica independencia al Poder judicial. A ninguno le interesa porque, cuando gobiernan quieren tener controlado el Gobierno de los jueces. Al fin y al cabo no es fácil que los gobiernos potencien por sí mismos la independencia de la justicia, pues le cuesta trabajo otorgar fuerza e independencia a quienes han de controlar sus actuaciones.

Como vemos, la “**dependencia**” del Poder Judicial respecto del Legislativo es cierta, al menos en su origen, por el hecho de que los miembros del Consejo —con la influencia posterior en todo el organigrama de la Magistratura— son nombrados por las Cámaras. La “**dependencia**” del Ejecutivo se ha manifestado “**de hecho**” en muchas ocasiones, tal como la opinión pública conoce, tanto en las injerencias reales de los políticos (que forman o han formado parte del Gobierno), como en algunas importantes decisiones judiciales. Han sido denunciadas las resoluciones judiciales en las que las expectativas ciudadanas se han visto frustradas.

Por otro lado, los propios Órganos Rectores del Poder Judicial, amparados por el sistema de nombramiento han coqueteado con quienes les nombran y se han inmiscuido demasiado en cuestiones políticas o se han visto relacionados con quienes ejercen la política. Pero, como ha afirmado D. Pascual Sala,<sup>(53)</sup> “Si los jueces se inmiscuyeran en la lucha política, ya no estaríamos en una distribución de papeles y en una división de poderes, sino en un régimen de confusión de poderes”.<sup>(54)</sup> Y esto es lo que tanto en teoría como en la práctica está sucediendo, hasta el punto de que da impresión de que ni los jueces, ni los magistrados y ni siquiera su máximo representante tienen buena conciencia.

---

(52) CASTELLANO, PABLO, en el “Prólogo” a la obra *Manos Sucias* de Joaquín Navarro, Madrid, Temas de Hoy, 1995.

(53) Pascual Sala Sánchez fue Presidente del Tribunal Supremo español y del Consejo General del Poder Judicial desde 1990 hasta 1996 y Presidente del Tribunal Constitucional de España desde 2011 hasta 2013, de cual había sido vocal desde 2004.

(54) Véase entrevista realizada por Pilar Urbano al que era entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Pascual Sala, publicada en el periódico *El Mundo*, 31/01/1995.

Este planteamiento que puede resultar catastrofista, o pesimista, no hace sino tratar de aproximarse a la verdad. Porque el control sobre el funcionamiento de jueces y tribunales lo tiene:

a) el Poder Legislativo, que a la hora de designar a los vocales del Consejo General del Poder Judicial juega con las listas de nombres hasta el punto de llegar a confundir al espectador, que puede creer que asiste al reparto de un botín, teniendo en cuenta siempre, más los intereses políticos del partido que el bien del Estado;

b) el Poder Ejecutivo, que con sus frecuentes injerencias e intervencionismo pone en peligro y desprestigia la autonomía e independencia de la que debiera disfrutar el Poder Judicial en un auténtico Estado democrático de derecho.

Más aun, algo parecido sucede con el nombramiento de los 12 miembros del Tribunal Constitucional —8 son elegidos directamente por las Cámaras Legislativas (4 por el Congreso y 4 por el Senado); otros 2 los elige el Gobierno y los 2 restantes el Consejo General del Poder Judicial (no olvidemos que este había sido elegido íntegramente por el Parlamento)—. Con ello el Gobierno (Ejecutivo), a través del Parlamento (Legislativo), siempre tienen controlada la constitucionalidad de las leyes que ellos mismos proponen y aprueban.

Y, además, el Fiscal General del Estado también es nombrado por el Gobierno, por lo que es fácil deducir una cierta influencia y manejo de sus actuaciones por parte del Ejecutivo.<sup>(55)</sup>

A la luz de cuanto hemos venido exponiendo, ¿Dónde está, señores, la independencia política de nuestro Poder Judicial? Simplemente, no existe.<sup>(56)</sup>

(55) Una evidencia de este hecho acaba de suceder en España hoy mismo (18/12/2012), en el día en que se cierra este artículo. El Fiscal General del Estado, D. Eduardo Torres-Dulce ha dimitido. Y lo ha hecho por las enormes presiones a que estaba sometido por el Gobierno. En efecto durante esta legislatura, especialmente en los últimos meses el Fiscal General ha mantenido varios enfrentamientos con el Gobierno, ante las injerencias de éste para que el Fiscal actúe o no actúe en determinados sucesos de carácter penal y político que se vienen produciendo. Ante el diferente criterio, por primera vez un Fiscal General dimite en España, por intentar defender su independencia frente al Ejecutivo que le ha nombrado.

(56) Así lo percibe la sociedad española. La desconfianza de los ciudadanos respecto de la justicia es obvia. El 88% de la sociedad no cree que la justicia sea igual para todos. El 42% considera que no es independiente. La opinión pública rechaza que los gobernantes estén continuamente valorando, enjuiciando —en definitiva, presionando—, al Poder Judicial.



Planteadas así las cosas, lo que hay que buscar es un mecanismo que garantice la independencia de la **función judicial** y no tanto un mecanismo que pretenda garantizar la independencia de un órgano o conjunto orgánico que, por definición, no lo ha sido nunca.

**Los independientes son o deben ser los jueces en el ejercicio de su función de aplicar el derecho.** En este sentido lo que persiguen, tanto la regulación contenida en la Constitución como la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es impedir que el ejercicio de la jurisdicción se vea invadido por instituciones no judiciales. La previsión de un órgano específico de gobierno, como es el Consejo General del Poder Judicial, debe ser un plus de garantía a tal efecto. Pero el explícito reconocimiento de independencia por parte de la Constitución se ve tergiversado por la interpretación de los propios legisladores con la ayuda del Tribunal Constitucional, cuyos miembros, como hemos visto, son también elegidos por el legislador.

No obstante, la carencia básica del CGPJ reside no tanto en su incapacidad de gobierno como en la ausencia de instrumentos de coordinación y colaboración con los demás órganos constitucionales del Estado. No se puede administrar un poder del Estado si no se actúa coordinadamente con el resto de ese mismo Estado.

El principio de independencia no puede significar aislamiento sino fidelidad a un proyecto de ordenación jurídica de la sociedad basado en el cumplimiento del pacto central en el que se fundamenta: la Constitución. Mientras el Poder Judicial dependa jurídicamente del Ejecutivo o del Legislativo, no será realmente independiente, por más que la Constitución proclame la independencia como un valor esencial de la Justicia.

Por otra parte, es cierto también que el Poder Judicial en España es o ha sido víctima de múltiples dependencias, todas ellas complejas y heterogéneas: el miedo en el País Vasco como consecuencia del terrorismo de ETA; las presiones de los medios de comunicación o de grupos de presión radicalizados; entre otras. Todas ellas constituyen un factor de dependencia

---

Con ello solo se consigue el desprestigio del mismo, al que contribuye el Poder Ejecutivo. Véase el sondeo realizado por el CIS en el mes de marzo de 1998, publicado en el periódico *El Mundo* el 28 de marzo de 1998, p. 7. Y esta desconfianza sigue viva pues en encuestas realizadas todos los años sobre la confianza en las instituciones del Estado la Administración de Justicia se encuentra siempre entre las peor valoradas. Según encuestas aparecidas en toda la prensa en 2012 pocos confían en la justicia y la nota alcanzada en su valoración se sitúa siempre por debajo del aprobado. Existe un convencimiento en la sociedad de que el Poder Judicial está politizado.

psicológica que pone en peligro la neutralidad e imparcialidad, en definitiva, la independencia para juzgar.

Para terminar, podemos decir que el Poder Judicial en España —y en gran medida la Administración de Justicia— está gravemente herido. Su independencia es más que discutible. Pues bien, la crisis que atravesara el Poder Judicial tiene como causa principal su inadecuada regulación por la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es discutible —yo opino que improcedente e inconstitucional— que deba ser el Parlamento, como ahora sucede, quien elija a la totalidad de los componentes del Consejo General del Poder Judicial, al Fiscal General del Estado y, directa o indirectamente, a la totalidad de los miembros del Tribunal Constitucional. Sería preferible, aunque tampoco perfecta, la solución anterior en la que 12 de sus miembros eran elegidos por la propia Magistratura y no por el Parlamento. La cuota de participación de los partidos políticos no favorece la independencia del Poder Judicial. Por ello nos parece rechazable.

En fin, ciertamente existen razones fundadas para que nuestra sociedad minusvalore y ponga en tela de juicio el funcionamiento de la justicia. Más aún, la actuación de los propios jueces y magistrados, incluso la actitud pública y manifiesta de algunos miembros del Consejo General del Poder Judicial nos suministran a diario argumentos para no creer en la independencia del Poder Judicial.

Sin embargo algo parece que comienza a cambiar. Los propios jueces están ya cansados de injerencias políticas y de que su trabajo, al menos el de la mayoría silenciosa que estudia los casos y resuelve los procesos dictando sentencias en el más absoluto anonimato, sea criticado, minusvalorado y puesta en duda por supuestas presiones externas. Por ello, a finales de noviembre de este mismo año, tres asociaciones de jueces españoles se han dirigido por carta a la Relatora Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados de Naciones Unidas, informándole de diversas iniciativas del Gobierno español que, en palabras de estas organizaciones, “están erosionando el principio de separación de poderes”, lo que conlleva el “debilitamiento tanto del Poder Judicial como del Estado de Derecho”.<sup>(57)</sup>

(57) Las asociaciones judiciales Francisco de Vitoria, Jueces para la Democracia y Foro Judicial Independiente, junto con la organización defensora de los derechos y libertades

Al mismo tiempo, 13 de los 18 magistrados que componen la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la que instruye todos los casos en los que hay imputados políticos aforados por el Congreso o el Senado, firmaron ayer mismo, 18 de diciembre de 2014, un escrito de protesta contra las injerencias del Gobierno en el Poder Judicial. Los magistrados piden al Presidente del Consejo del General Poder Judicial que exija el cese de las injerencias del gobierno en determinados procesos y en la crítica a las sentencias y decisiones de los magistrados

## 6. Conclusión

Digamos para concluir que la democracia, con todas las imperfecciones y defectos que podamos encontrarle, sigue siendo el mejor sistema de gobierno de cuantos hemos conocido. Entre otras cosas, porque es el gobierno del propio pueblo. Y aunque en la actualidad, en la búsqueda de perfección del sistema democrático, podamos adornarla de otros ingredientes de carácter periférico, sigo manteniendo que los caracteres esenciales del Estado democrático de derecho, que señalamos al principio, tanto para el Estado liberal como para el Estado social y para el Estado constitucional, siguen siendo consustanciales a la propia democracia, o gobierno del pueblo por representación. Y, dentro de esos caracteres considero que, en los Estados actuales, en los que muchos de sus gobernantes están inmersos en el fango de la corrupción, la independencia de poderes sigue siendo una garantía de control insustituible para el buen funcionamiento de la democracia. La independencia del Poder Judicial aún hoy es absolutamente imprescindible, si no queremos conformarnos con una democracia desvirtuada.<sup>(58)</sup>

Ahora bien, el hecho de que no en todos los Estados democráticos esa independencia sea absoluta no quiere decir que no exista, en mayor o menor medida, una democracia. Pero sí me atrevo a defender que una buena democracia exige unos estándares mínimos de independencia del

---

civiles Rights International Spain, denuncian la última reforma del Consejo General del Poder Judicial, la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial propuesta por el Gobierno, la falta de recursos y la presión contra jueces ejercida por el poder político y piden que la ONU que se dirija al Gobierno español para pedirle explicaciones así como que realice una visita a España para analizar las trabas a la independencia judicial que existen en nuestro país.

(58) BURGUERA AMEABE, LEYRE, "La democracia desvirtuada", en *Constitución y democracia: ayer y hoy (Libro homenaje a Antonio Torres del Moral)*, Yolanda Gómez Sánchez y otros (coords.), Tres Vols., Madrid, Universitas, 2012, vol. I, pp. 185/202; TORRES DEL MORAL, ANTONIO, "Requiem por el mandato representativo", en *Revista de Derecho Político* n° 81, mayo-agosto, 2011.

Poder Judicial. En la medida en que esa independencia sea mayor, entiendo que se añade un plus a la calidad de la democracia.<sup>(59)</sup> Aunque es cierto que es imposible llegar a una independencia absoluta del Poder Judicial, también es imposible conseguir el ideal absoluto de la democracia, “tal vez porque —como decía el gran filósofo José Luis Aranguren— sea una misión imposible, una utopía irrealizable”.<sup>(60)</sup>

Ya el solo hecho de recordar la independencia de los poderes del Estado a algún político le produce escozor e irritación hasta el punto de evocar la muerte de Montesquieu como una auténtica liberación. Ciertamente, Montesquieu ha muerto y, si no hubiera ocurrido, alguien se habría encargado de asesinarlo.

Pero estoy seguro de que, si Montesquieu resucitara, entraría en los Parlamentos como Jesucristo en el templo para arrojar de ellos a latigazos a los mercaderes del poder que están violando el templo de la democracia. Es la misma democracia la que está en peligro.

Entretanto, estoy seguro de que Montesquieu, desde el cielo, estará escuchando horrorizado un grito estruendoso. “Es la gran carcajada de Hobbes que desde lo más profundo del infierno celebra, de nuevo, el triunfo de su Leviathan”.<sup>(61)</sup>



(59) Sobre la calidad de la democracia, véase VARGAS CULLELL, JORGE, “Democratización y calidad de la democracia”, en *La reforma del estado y la calidad de la democracia en México*, Óscar Ochoa González (coord.), Porrúa, 2008, pp. 11/42.

(60) Véanse las magníficas reflexiones de José Luis Aranguren sobre la transición española y la democracia en su obra *La democracia establecida. Una crítica intelectual*, Madrid, Ediciones Taurus, 1979.

(61) Son palabras pronunciadas por José Guillermo García-Valdecasas, actualmente rector del Colegio Español de Bolonia en su ejercicio público para las oposiciones a Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho en el año 1974.



# Hacia un modelo alternativo de adjudicación constitucional y del rol político-jurídico de los tribunales constitucionales

## La teoría del derecho de Jürgen Habermas

OSCAR MEJÍA QUINTANA <sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** derecho - democracia - política deliberativa - validez jurídica.

### 1. Introducción

Sin duda la teoría del derecho de Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez* (1992), constituye uno de los clásicos más significativos del pensamiento jurídico de finales y comienzos de siglo. Junto a Kelsen, Pashukanis, Radbruch, Hart, Rawls, Dworkin, Alexy, Kaufmann y Kennedy, entre los que para mí constituyen la “biblioteca mínima” iusfilosófica y teórico-jurídica, la obra de Habermas se inscribe como una de las más representativas y

---

(1) Profesor Titular del Departamento de Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

significativas, no tanto de la filosofía del derecho como de la teoría jurídica contemporánea.

Habermas carga el estigma, entre lo abogados especialmente, de ser en esencia un “filósofo” en general, y ni siquiera un filósofo del derecho y mucho menos un teórico jurídico. Ignoran que desde la década de los 70 Habermas cambia la filosofía como esquema de interpretación societal por el de una sociología reconstructiva, en la línea de la sociología reflexiva de la primera Teoría Crítica, precisamente para obviar el argumento simple y descalificador de que sus planteamientos respondían a un deber ser irrealizable y no al ser de la realidad. Al contrario, las propuestas de Habermas se fundan en estudios sociológicos, empíricos y especializados, no en pretensiones imperiales de un “deber ser” filosófico que hace mucho dejó de tener vigencia vinculante para las ciencias sociales y empírico-analíticas, como lo fue hasta el siglo XIX.

Pero, además, desconoce la comunidad jurídica que desde *Teoría de la Acción Comunicativa* (1981), Habermas no solo reconstruye lo más distintivo de la sociología jurídica de Weber a Parsons sino que, a partir de ello, traza uno de los diagnósticos más demoledores sobre el derecho moderno después de planteado por Hegel a nivel filosófico: el del derecho como colonizador interno del mundo de la vida. E ignoran que su teoría del derecho es la respuesta a la crítica que Robert Alexy le formula a mediados de los 80 en *Concepto y Validez del Derecho*, cuando le dice que su teoría de la acción comunicativa, precisamente por su implacable diagnóstico sobre el derecho, no puede resolverse sino como una teoría jurídica.

Ese “guantazo”, como diríamos coloquialmente, lo recoge Habermas —no sin dolor— y procede a estudiar el derecho, ya no desde el “punto de vista externo”, de acuerdo a la clásica distinción del profesor Hart, sino desde el “punto de vista interno”, durante varios años. De ahí que *Facticidad y Validez* sea el fruto de un seminario permanente de expertos europeos y norteamericanos sobre derecho privado y derecho constitucional, cuya estrategia de investigación y estructura teórica cumple los cánones requeridos de todo texto teórico-jurídico.

En efecto, el libro presenta inicialmente una noción de validez jurídica que ilustra con la metáfora de la Doble Cara de Jano: la validez del derecho tiene que garantizar no solo una integración sistémica, procesalizada jurídicamente, sino, de manera simultánea, una integración social, democráticamente mediada.

Planteado esto, que funge como hipótesis valorativa, Habermas procede, en la línea de los textos clásicos reitero, primero —como espero mostrarlo más abajo— a reconstruir un concepto de derecho que le permite inferir la proyección normativa que las revoluciones democráticas angloamericana y francesa del siglo XVIII definieron —en los términos político-morales que un proceso constituyente dispone— y, segundo, a contrastar este concepto de derecho con el carácter que la decisión judicial asume en las escuelas teórico-jurídicas dominantes de nuestro tiempo: el iusnaturalismo o hermenéutica, el realismo y el positivismo.

En este punto, exactamente, es donde se presenta la discusión que este escrito quiere abordar y que Habermas define de manera puntual como el dilema histórico que enfrenta el derecho en los tiempos actuales: el carácter deontológico o axiológico que la decisión judicial tiene que perseguir en términos de “decisiones justas para todos” o de “decisiones buenas para algunos”.

Para ello zanja una discusión entre Dworkin y Alexy, que en Colombia ha tomado ribetes caricaturescos, al mostrar que los dos representan soluciones opuestas y enfrentadas a esta disyuntiva histórica, en la medida que el primero —en la línea de Rawls— encarna la perspectiva deontológica y el segundo, por el contrario, la perspectiva axiológica del derecho, oponiendo y clarificando así las diferencias y distancias entre la teoría de la respuesta correcta dworkiniana y la teoría de la ponderación de Alexy que en el contexto criollo hemos querido, erróneamente, identificar en la misma corriente.

Lo cual a su vez, para que no quepa duda, contrasta Habermas con los paradigmas de adjudicación constitucional que en el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos se confrontan y que le permite sugerir un tercer paradigma constitucional sustentado sociológicamente, como el que mejor garantizaría la perspectiva deontológica de decisiones justas para todos, frente a decisiones buenas para algunos que deslegitiman al sistema jurídico y político, en el nivel más alto que la justicia constitucional representa para la sociedad en su conjunto.

En ese orden de ideas, la **hipótesis de trabajo** que este escrito buscará desplegar es la siguiente.

Frente a la indeterminación del derecho y la irracionalidad de la justicia que el iusnaturalismo, el realismo y el positivismo propician, adoptando



así cada una de ellas una perspectiva axiológica de decisiones judiciales “buenas para algunos”, Habermas apuesta por una perspectiva deontológica de decisiones judiciales “justas para todos” que reivindica a partir de la teoría de la respuesta correcta de Dworkin, en línea con Rawls, frente a la de la ponderación de Alexy, igualmente axiológica, y que en todo caso complementa con un modelo alternativo de adjudicación constitucional que, en contraste con los modelos dominantes tanto en el contexto alemán (ponderación) como en el contexto angloamericano (liberal y republicano), propone a la opinión pública —basado en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía—, en la dialéctica de públicos dominantes y contrapúblicos contrahegemónicos de Nancy Fraser, como alter ego del tribunal constitucional, que le permita a este garantizar decisiones justas para todos y no buenas para algunos.

Para ilustrar ello, seguiré el siguiente itinerario: 1) en una primera parte retomaré a Rawls para mostrar de qué forma en la jerarquización de los principios de justicia, que este recoge en la figura del orden lexicográfico, se encuentra el origen de la perspectiva deontológica del derecho que Dworkin desarrolla y Habermas reivindica; 2) posteriormente, abordaré las teorías de Dworkin y Alexy para exponer sus principales elementos y señalar, en especial, las diferencias sustanciales que sus dos modelos teóricos entrañan frente a la cuestión del balanceo y la ponderación los principios, como dos metodologías contrapuestas de adjudicación constitucional; 3) luego, reconstruiré la teoría del derecho de Habermas en función de esclarecer su concepto de derecho; 4) en cuarto lugar, analizaré la reivindicación que Habermas hace, a partir de Dworkin, de la perspectiva deontológica del derecho y de la decisión judicial frente a la axiológica de Alexy y su modelo alternativo de adjudicación constitucional que, en última instancia, remite a un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía y a una teoría de la opinión pública; 5) para finalizar, retomaré, para contrastarla, tanto su concepción de validez jurídica como su perspectiva deontológica a nivel del derecho privado, como lo trae a colación en el último capítulo de *Facticidad y Validez*.

No quisiera terminar esta introducción sin aclarar, expresamente, la ubicación de este trabajo en el terreno de la teoría jurídica, incluso, si se quiere, de la filosofía del derecho, nunca en el de la hermenéutica y la interpretación constitucional. Su objetivo no es confrontar los cánones hermenéutico-constitucionales criollos sobre los que discurren sus altas

cortes —aunque ganas no le falten— sino plantear una discusión de la teoría transnacional del derecho, como diría el profesor Diego López, con el fin de dar claridad sobre los términos originales de la problemática tal como se ha llevado a efecto en el ámbito central y su singular recepción periférica, específicamente en Colombia, la cual, a juicio del suscrito, no ha recogido fielmente sus planteamientos sino que ha estado además sustancialmente desenfocada. Pero reconociendo, como dirán Rawls y Dworkin, que la última palabra en un sistema jurídico no la tienen los profesores de filosofía y teoría del derecho, ni los académicos en general, sino los jueces en sus decisiones judiciales.

## 2. Rawls: la jerarquización de los principios

### 2.1. La posición original

Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual como instrumento para garantizar que los principios de justicia social que deban orientar la sociedad sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad normativa de los mismos.<sup>(2)</sup> El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la **posición original**, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior.<sup>(3)</sup>

Aquí ya vale la pena aclarar que la posición original no es sino el consenso político que se produce al interior de un congreso constituyente —como quedará claro al inicio de la segunda parte de *Teoría de la Justicia*, en “Instituciones” de justicia, específicamente en el apartado sobre la “secuencia de cuatro etapas”, donde queda en evidencia que el recurso contrafáctico de la posición original alude realmente al consenso sobre los mínimos fundamentales que se produce al interior de un proceso constituyente—.

En ese contexto, el **velo de ignorancia**, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la potencial discusión simétrica sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando la libertad e igualdad

(2) RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1978, pp. 35/40.

(3) *Ibid.*, p. 36.

argumentativas de los grupos sociales, con el fin de garantizar que la concepción pública de la justicia que se concerte sea el fruto de un procedimiento dialogal amplio y deliberativo.

Rawls introduce enseguida la noción de **bienes sociales primarios**, por cuanto son ellos los que le imponen “límites de realidad”, tanto a la concepción como a la realización de los principios de justicia seleccionados en la posición original. Estos bienes primarios son necesidades que los ciudadanos requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, como tales, tienen conocimiento de ellos en sus consideraciones al interior de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia deben asegurarles un número suficiente de estos en su vida ciudadana.<sup>(4)</sup>

Del procedimiento de discusión consensual, Rawls deriva los dos principios de justicia que buscarán regular la estructura básica de la sociedad y disponer la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.

Estos principios no solo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de legitimidad, validez y eficacia de las diferentes medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan pues, en general, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

## ***2.2. Jerarquización de los principios***

En las **condiciones formales de lo justo**, ya al interior de la posición original, Rawls había planteado las cinco características que tendrían los principios que, consensualmente a su interior, se concertarían, a saber: universales, generales, públicos, jerarquizados y definitivos. El cuarto rasgo, precisamente, plantea que los principios no pueden ser aplicados en un orden discrecional, sino que tienen que serlo en el orden dispuesto por consenso en esa posición original, es decir, como fruto del acuerdo político al interior del congreso constituyente.

---

(4) *Ibid.*, pp. 289/290.

Aquí se introduce una restricción tanto moral y política como constitucional, que será clave para la hipótesis que quiero ilustrar en este trabajo: a los principios se les confiere una jerarquía especial, un orden en su aplicación, interpretación y adjudicación que no puede ser cambiado ni por los legisladores, ni por el ejecutivo, ni por los jueces. Estos últimos tendrán en sus manos la defensa de los principios, frente a las mayorías legislativas que siempre buscarán cambiarlos en su provecho, o frente al ejecutivo que querrá aplicarlos de acuerdo a las necesidades del momento, pero no podrán cambiar su jerarquización.

En efecto, del procedimiento de discusión consensual, Rawls deriva los dos **principios de justicia**. Los principios buscan regular la estructura básica de la sociedad y disponen la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.

En el marco de ellos, Rawls introduce un nuevo subconstructo, de especial importancia para nuestra reflexión, que denomina **orden lexicográfico consecutivo**, un "orden serial" por el cual ningún principio interviene mientras no hayan sido satisfechos los primeros.<sup>(5)</sup> De esta forma, el principio de igual libertad será situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, quedando el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales supeditado a él.

El orden lexicográfico consecutivo garantiza no solo el orden de aplicación de los principios sino el criterio permanente para solucionar los eventuales conflictos de interpretación y aplicación que puedan presentarse.

La **formulación final** de los Principios de la Justicia es, entonces, la siguiente:

*Primer Principio*

Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.

*Segundo Principio*

Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

(5) *Ibid.*, p. 83.

- a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.<sup>(6)</sup>

El orden lexicográfico define igualmente las dos normas de prioridad. En primer lugar, la prioridad de la libertad, y, en segundo lugar, la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar: estos principios y subprincipios no solo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un **criterio de adjudicación** sobre todas las normas que pretendan regular la estructura básica de la sociedad. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

### 3. Dworkin vs. Alexy: peso vs. ponderación de los principios

En el contexto nuestro ha hecho carrera una interpretación totalmente errada de las teorías de Dworkin y Alexy, sin duda al tenor de las necesidades adjudicativas que la Constitución del 91 tuvo desde sus comienzos. Se trató de una interpretación que terminó maridando a Dworkin y Alexy en la figura de la “ponderación” sosteniendo, por tanto, que en las teorías de ambos autores, frente a la colisión de estos, los principios eran “ponderados” de acuerdo a la “optimización” que se hiciera entre ellos en la perspectiva de resolver “casos concretos”.

En lo sucesivo, quisiera mostrar las dos posiciones divergentes de Dworkin y Alexy que, más adelante, Habermas terminará de dilucidar cuando contraste las dos posiciones antagónicas que ellos representan en cuanto al dilema histórico de la decisión judicial. Esta divergencia se presenta básicamente en que para Dworkin, en la línea de Rawls, los principios tienen un peso específico —en el caso de EEUU, dado por el Constituyente de Filadelfia inicialmente— y es ese balanceo (*balancing theory*) el que debe ser interpretado adecuadamente por el juez, en el ejercicio adjudicativo, para darle al principio en conflicto el peso correspondiente. El juez debe desentrañar y justificar, en los tres momentos —preinterpretativo, interpretativo y postinterpretativo—, el peso correspondiente de un principio frente a otro.

---

(6) *Ibid.*, pp. 340/341.

Por el contrario, Alexy operará partiendo de unos principios aparentemente horizontales cuyo conflicto tiene que ser resuelto en función de optimizar la aplicación del uno o del otro frente a un caso concreto particular, gracias a unas subreglas que permiten determinar el grado de optimización práctica entre ellos, logrando afinar un criterio pragmático de implementación en la aplicación de los derechos.

### 3.1. Dworkin: teoría del balanceo de los principios

Pero la esencia de la propuesta dworkiniana reside en la *balancing theory*, en la teoría del balanceo, en la explicitación que el juez debe hacer del peso de los principios. En nuestro contexto, la recepción de Dworkin ha tenido varios tropiezos. El **primero**, el paleopositivismo (como lo denominaría Ferrajoli) para el que todo principio es externo al ordenamiento: de ahí que para ellos Dworkin sea "iusnaturalista".<sup>(7)</sup> Por supuesto, quienes así opinan no han leído a Dworkin cuando sostiene: "Un principio pertenece a un orden jurídico si figura en la teoría o concepción del derecho más sólida o mejor fundada que pueda formularse como justificación de las reglas sustantivas e institucionales que explícitamente integran dicho orden jurídico".<sup>(8)</sup>

Un **segundo tropiezo** ha sido el desconocimiento de la *Teoría de la Justicia* (1971) de John Rawls como puente en la discusión entre Hart (*El Concepto de Derecho*, 1961) y Dworkin (*Los Derechos en Serio*, 1977). Ello ha permitido que prolifere la interpretación errada de que en el debate Hart-Dworkin,<sup>(9)</sup> la postura rawlsiana no tuvo nada que ver cuando, en realidad, en el punto de los principios que se articulan con la moralidad política en el marco de un consenso constituyente, no solo Rawls confronta a quien fuera su profesor en la pasantía de doctorado en Oxford —H.L. Hart—, sino que Dworkin retoma de Rawls tanto la mencionada categoría como la noción del peso diferenciado de los principios:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas:  
la dimensión de peso (...) Cuando los principios se interfieren  
(...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta

(7) Ver BONORINO, PABLO y IVÁN PEÑA, JAIRO, "Iusnaturalismo moderno", en *Filosofía del Derecho*, Bogotá DC, Consejo Superior de la Judicatura (Escuela Judicial Lara Bonilla-Facultad de Derecho, Universidad Nacional), 2002, pp. 58/66.

(8) DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 128.

(9) Ver RODRÍGUEZ, CÉSAR, "Estudio Preliminar", en *El Debate Hart-Dworkin*, Bogotá DC, Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes, 1997.

el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber una mediación exacta y el juicio respecto de si un principio (...) es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar (...) qué peso tiene. Las normas no tienen esta dimensión.<sup>(10)</sup>

En efecto, siguiendo lo que fue la discusión constituyente de Filadelfia, Dworkin muestra —en la línea de Rawls— los principios moral-políticos subyacentes a la deliberación (igualdad e igual tratamiento y respeto), que posteriormente se constitucionalizan *qua* principios y derechos explícitos del ordenamiento (debido proceso y tratamiento equitativo), precisamente en la consideración rawlsiana de un orden lexicográfico de los principios, así determinado por el constituyente.

Lo anterior tiene varias implicaciones relevantes. La **primera** es que es el juez el encargado por el constituyente de defender los principios frente a las mayorías legislativas que siempre querrán cambiarlas a favor de las mayorías electorales que las han elegido, en desmedro de las minorías. Pero precisamente por esa razón el constituyente deja en manos de los jueces la defensa del consenso: porque estos no van a estar sometidos a las presiones políticas del momento y tienen el deber, no solo constitucional, sino moral y político, de defender el consenso constituyente frente a la “tiranía de las mayorías”.

El supuesto argumento contramayoritario de las decisiones judiciales queda así desvirtuado: los jueces defienden el consenso de todos frente a la voluntad de muchos. El consenso universal prima sobre la voluntad de las mayorías, con lo cual el juez garantiza a las minorías la plenitud de sus derechos, en concordancia con la disposición consensual constituyente que así expresaba su decisión de igualdad para todos y tratamiento equitativo para las minorías.

La **segunda**, que es la que preocupa a Dworkin, es sustancialmente la restricción de la discrecionalidad judicial. La “respuesta correcta” se entiende en dos sentidos: primero, es la decisión que en los casos difíciles se atiene al peso de un principio sobre otro, de acuerdo a una serie de factores que el Juez Hércules debe tener en cuenta: el consenso político constituyente que definió los términos de equidad en su momento (en la línea del Rawls de *TJ*), la historia constituyente y legislativa, el historial de precedentes. Segundo, como quedará después ratificado por Habermas,

---

(10) DWORKIN, RONALD, *op. cit.*, pp. 77/78.

en el sentido de “decisiones justas para todos” y no de “decisiones buenas para algunos”.

El modelo normativo de decisión judicial propuesto por Dworkin (Juez Hércules-respuesta correcta) garantiza la propia seguridad jurídica al constreñir la discrecionalidad de los jueces y explicitar y/o restablecer en un proceso interpretativo de tres etapas (pre, interpretativo y post), y que puede ser racionalmente acompañado, el peso de un principio frente a otro —que, como veremos más adelante, no se trata de escoger, en función del caso concreto y su optimización pragmática, un principio frente a otro—.

### 3.2. Alexy: teoría de la ponderación

Tres momentos quisiera destacar en la obra de Alexy. El primero, en la línea de Habermas, la aplicación de los principios de la ética discursiva habermasiana, en el marco de la tradición kantiana, a las **reglas de argumentación jurídica**, logrando lo que más tarde llamaré aquella “estabilización del punto de vista moral en los procedimientos jurídicos”, lo que sin duda constituye un avance fundamental en la reconsideración del paleopositivismo y la democratización de los procedimientos jurídicos.<sup>(11)</sup>

El segundo, su reflexión sobre la **norma básica**, que le permite destacar, de una parte, la importancia que la misma tiene para el análisis de un sistema jurídico en cuanto es a partir de ella que se define la validez del sistema en general y de las normas aisladas en particular. Y, de otra, las debilidades de las tres teorizaciones en torno a la misma: la normativa (Kant), por cuanto amarra la norma básica a un contenido predeterminado difícilmente aceptado socialmente sin un procedimiento democrático preestablecido; la analítica (Kelsen), por cuanto su vaciedad y supuesta neutralidad desarma al sistema jurídico de sus posibilidades de corrección frente a casos de injusticia extrema; y la empírica (Hart), porque fácilmente puede caer en un círculo vicioso al establecer criterios meramente empíricos de validez que suponen, sin embargo, contenidos sustantivos no explicitados.<sup>(12)</sup>

El tercero que quiero destacar es la **teoría de la ponderación**, íntimamente ligada a su propia teoría de los derechos fundamentales. Aquí, sin embargo, como más adelante lo mostraremos con Habermas, Alexy se aleja de

(11) ALEXY, ROBERT, “La polémica acerca del concepto de razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 132/135.

(12) ALEXY, ROBERT, “La norma fundamental”, en *ibid.*, pp. 95/130.



la tradición deontológica kantiana y adopta, por el contrario, una posición axiológica más cercana a la línea de Aristóteles y Hegel, lo cual resulta paradójico dado que es esta tradición, a través de Perelman, la que había confrontado en su primer momento.

Las colisiones de validez que se presentan remiten, en última instancia al concepto de derecho que se defiende y, en su marco, a la noción de norma fundamental que se articule con ello. Esto conduce a la dimensión donde aquellas colisiones tendrían que resolverse, y que consigna, precisamente, para Alexy, el problema de la ponderación.<sup>(13)</sup>

Si acepta lo hasta aquí dicho, hay que partir del hecho de que en todo sistema normativo justificable existen tanto derechos individuales como bienes colectivos con fuerza propia. La experiencia muestra que cotidianamente se producen colisiones entre ambos. La cuestión de la solución conduce al problema de la ponderación.<sup>(14)</sup>

Efectivamente, para Alexy el ámbito que justifica la ponderación es la colisión permanente que se presenta entre derechos individuales y bienes colectivos, en cuanto estos últimos son, igualmente, bienes individuales. Sin embargo, “[s]olo puede hablarse de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos si (...) tienen carácter de principios, es decir, son mandatos de optimización”.<sup>(15)</sup> Por el contrario, si tienen carácter de reglas es solo un conflicto de reglas y no precisa ponderación: simplemente se resuelve declarando la invalidez o introduciendo una excepción a alguna de ellas.

La ponderación define un procedimiento que pretende garantizar la realización más amplia posible, jurídica y fáctica, de los principios, en tanto mandatos de optimización que son. Según Alexy, cuanto mayor es el grado de no satisfacción de un principio tanto mayor es la satisfacción del otro que lo confronta. En la necesaria justificación que tiene que hacerse, el modelo de ponderación vincula la ley de ponderación a la teoría de la argumentación jurídica racional.

Ponderación es un procedimiento cuyo resultado es un enunciado de preferencias condicionado que, según la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. No se trata de una

---

(13) ALEXY, ROBERT, “El problema de la ponderación”, en *ibid.*, pp. 203/208.

(14) *Ibid.*

(15) *Ibid.*, p. 204.

cuestión de todo o nada sino de una tarea de optimización (...) Modelo de fundamentación del enunciado de preferencia conduce a la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias entre valores y principios.<sup>(16)</sup>

Finalmente, Alexy concibe una **regla de proporcionalidad** para regular la ponderación de un principio frente a otro. A su vez, este está mediado por tres subreglas, a saber: **proporcionalidad** (cuál derecho es más beneficioso al ser aplicado), **idoneidad** (qué beneficio se deriva de la aplicación del derecho) y **necesidad** (si alguna acción o medida puede ser mejor al aplicarse), que tendrían que ser suficientes para la adecuada elección de un principio frente a otro.

#### 4. Habermas: teoría del derecho y decisión judicial

En lo que sigue voy a reconstruir la teoría del derecho de Habermas en función, primordialmente, de su teoría de la decisión judicial —que, como intentaré mostrar, está íntimamente ligada al conjunto de su propuesta—. Retomaré, paso por paso, su fundamentación sociológica inicial de donde propone su concepción dual de validez jurídica. Enseguida, la reconstrucción de su concepto de derecho inferida normativamente, en términos político-morales, de los procesos constituyentes del siglo XVIII —en especial, del de la Revolución Francesa— que le permite inferir la proyección normativa, en términos político-constitucionales, que la justicia tiene en los ordenamientos democráticos contemporáneos.

A partir de esto, mostraré cómo Habermas, confrontando la indeterminación del derecho que las principales escuelas jurídicas propician y la irracionalidad de la justicia que ello acarrea en la decisión judicial, es superada por Dworkin y su modelo de respuesta correcta que concreta, precisamente, la aspiración normativa, de carácter deontológico, de la justicia en los ordenamientos democráticos, frente a la teoría de la ponderación de Alexy —que, por el contrario, representa para Habermas, la perspectiva axiológica del derecho—. Por último, retomaré la propuesta de Habermas tanto a nivel de los paradigmas de adjudicación constitucional como a nivel del derecho privado, para enfatizar en la aspiración totalizante de su teoría jurídica.

(16) ALEXY, ROBERT, "Concepto de ponderación", en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 157 y ss.

#### 4.1. El concepto de derecho

En los primeros capítulos de *Facticidad y Validez*, Habermas —en una autocrítica aunque sutil, de hondo calado a su teoría de la acción comunicativa— plantea, en la línea de las teorías del derecho clásicas, el concepto de validez que pretende fundamentar.<sup>(17)</sup> Para ello descarta a Rawls —un tanto injusta y contradictoriamente, lo que quedará en evidencia unos años más tarde en la polémica sobre el *Liberalismo Político*—,<sup>(18)</sup> reivindica la dimensión deliberativa de Hobbes, retoma elementos de Kant pero, sobre todo, fiel a su giro societal antes que filosófico, una vez más acude a la reconstrucción sociológica reivindicando a Parsons para mostrar que, si en el Esquema Cuatrifuncional parsoniano, el derecho puede amarrar los subsistemas por arriba, al estar estos montados sobre plexos mundo vitales, también puede entonces amarrarlos desde abajo.<sup>(19)</sup>

Planteada su hipótesis de trabajo, la de una validez dual a la vez sistémica y social, Habermas emprende el largo y tortuoso camino de ilustrar esta, la columna vertebral de su teoría del derecho, en una reivindicación del derecho, además, tanto como categoría de la integración social, a nivel epistemológico, como *medium* de la integración social a nivel ontológico-social. Pero la reivindicación del derecho no será la del derecho convencional ni la de sus los paradigmas tradicionales sino, por el contrario, una audaz reinterpretación de la proyección normativa que los procesos democrático-constituyentes del siglo XVIII, en especial el de París, tendrán para los ordenamientos jurídico-políticos contemporáneos. La fundamentación en este orden, antes que filosófica, será histórica y sociológica.

El primer paso, por tanto, será la reconstrucción del concepto de derecho. En los siguientes capítulos, Habermas procede inicialmente en dos sentidos: de una parte, muestra que el principio consensual de su ética del discurso responde al *factum* histórico constituyente de Filadelfia y de París, si bien el primero, como Hanna Arendt lo sugiere, pudo responder más al esquema de una revolución conservadora —lo cual es discutible— y el segundo mejor a una revolución plenamente moderna y al concepto normativo

---

(17) HABERMAS, JÜRGEN, "El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez", en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1988, pp. 63/104.

(18) HABERMAS J. y RAWLS, J., *Debate sobre el Liberalismo Político*, Barcelona, Paidós, 1998.

(19) HABERMAS, J., "Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia", en *ibid.*, pp. 105/146.

de democracia radical que Habermas busca sustentar como criterio prescriptivo del Estado democrático y social de derecho contemporáneo.<sup>(20)</sup>

Y de otra, en un *tour de force* muy original, eleva su principio D, de un principio de argumentación moral, a un principio de consenso político-jurídico que, inmediatamente, matiza en un principio democrático que le permite moderar la aplicación del consenso, a partir de la recuperación kantiana de los tres usos de la razón pública, lo que le posibilita —a diferencia de Rawls— no solo moderar la pretensión de consenso, que Rawls no logra matizar convirtiendo toda discusión institucional prácticamente en un plebiscito moral, sino justificar normativamente, a partir de aquel, la arquitectura de los estados democráticos de derecho contemporáneos.

De lo anterior, Habermas infiere una conclusión determinante: las deliberaciones morales conducen, institucionalmente, a que el poder judicial se oriente normativamente por una pretensión de “justicia para todos”, no de “justicia para nosotros” y tampoco solamente de “justicia para algunos”. El concepto de derecho, en general, y la administración de justicia, en particular, tienen que orientarse exigencia normativa (en términos morales y jurídico-constitucionales).<sup>(21)</sup>

#### 4.2. Indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia

Recogiendo estudios sociojurídicos sobre el impacto que las escuelas teórico-jurídicas dominantes (hermenéutica, realismo y positivismo) han tenido en los campos jurídicos respectivos, Habermas aborda sus consecuencias en términos de la indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia que han propiciado a nivel de la decisión judicial, contrastando sus criterios prescriptivos y sus implicaciones prácticas con la exigencia normativa, en términos moral y jurídico-constitucionales, del poder judicial en cuanto tiene que orientarse por un criterio regulador de “justicia para todos”, no de “justicia para nosotros” ni de “justicia para algunos”.<sup>(22)</sup>

Habermas adopta aquí, críticamente, el diagnóstico de los *Critical Legal Studies* en cuanto a la indeterminación del derecho que ha sido siempre

(20) HABERMAS, J., “Reconstrucción interna del derecho (I): el sistema de derechos”, en *Ibid.*, pp. 147/198.

(21) HABERMAS, J., “Reconstrucción interna del derecho (II): los principios del estado de derecho”, en *ibid.*, pp. 199/262.

(22) HABERMAS, J., “Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia” en *Ibid.*, pp. 263/310.

esgrimido, en general, por la teorías críticas del derecho pero, contrario a su argumento de que ello potencia eventualmente medidas favorables a los sectores desfavorecidos gracias a la discrecionalidad del juez, Habermas pone de presente que esta discrecionalidad sobre el carácter que la decisión judicial tiene en cada una de ellas, genera efectos perversos en cuanto a la posibilidad de supervisar racionalmente sus efectos en términos de que tan justas pueden ser sus respectivas decisiones.

En este punto, Habermas confronta todas estas teorías por la discrecionalidad que suponen, propiciando con ello una alta indeterminación de la decisión judicial y, consecuentemente, una enorme irracionalidad de la justicia, originando con ello decisiones que no cumplen con el ideal regulativo de la decisión judicial. Habermas introduce aquí lo que constituiría el dilema histórico e ideal-regulativo de la decisión judicial en nuestros tiempos: o el derecho defiende una **perspectiva axiológica** de “decisiones buenas para algunos” o, por el contrario, una **perspectiva deontológica** de “decisiones justas para todos”. Habermas rechaza la primera y adhiere a la segunda como la única legítima en una sociedad pluralista.

En la teoría del derecho contemporánea, esta última está representada por Ronald Dworkin y su **teoría de la respuesta correcta**, la cual tendría que ser leída precisamente como la pretensión de reducir la discrecionalidad del juez y tomar decisiones justas para todos y no buenas para algunos, si bien la metáfora del superjuez Hércules de Dworkin se revela como una figura monológica antes que dialógica, pese a su bien intencionada visión deontológica.

La perspectiva monológica de Dworkin solo puede superarse a través de una teoría discursiva del derecho. Habermas retoma críticamente la teoría de la argumentación de Robert Alexy para mostrar que solo una interpretación dialógica del derecho, como la que esta supone, permite superar el “solipsismo” del superjuez Hércules dworkiniano y fundamentar, argumentativamente, “las presuposiciones y procedimientos” del discurso legal como tal.

Pero la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, si bien corrige dialógicamente el exceso monológico dworkiniano, permitiendo estabilizar el punto de vista moral al interior de los procedimientos jurídicos, representa para Habermas —en el espectro de las teorías jurídicas contemporáneas— la perspectiva axiológica del derecho que busca confrontar, en la medida en que su **teoría de la ponderación**, derivada de aquella, propicia “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”.

En efecto, con la ponderación de principios Alexy propicia una alta discrecionalidad del juez en la medida en que, al escoger un principio frente a otro en orden a optimizar su aplicación para la solución de un caso concreto, el momento de selección que excluye a uno y asume el otro, primero, no puede ser acompañado racionalmente en la medida en que, pese a las subreglas de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, constituye un criterio profundamente subjetivo y arbitrario del juez y, segundo, introduce con ello patrones axiológicos particulares que ambientan una decisión buena para quienes compartan tal abanico de valores pero no justa para quienes no la hacen.

Para Habermas, por tanto, contrario, además, a un pensamiento postmetafísico, los derechos fundamentales interpretados como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en medio de realización de patrones de vida buena:<sup>(23)</sup>

... [L]os derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y la forma de vida de una comunidad jurídica particular (...) Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores desconoce, su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción y no conforme al modelo de bienes apetecibles.<sup>(24)</sup>

Y más adelante enfatiza:

Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no una *preferibilidad particular o especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o

(23) HABERMAS, J., "Normas vs. Valores: crítica de una falsa autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional", en *ibid.*, pp. 326/339.

(24) *Ibid.*, p. 329.

sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquías a los que se está acostumbrado.<sup>(25)</sup>

La ponderación favorece “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”, creando así, a largo plazo, una gran inseguridad jurídica pero también propiciando una deslegitimación progresiva del sistema jurídico. Esto en la medida en que las decisiones judiciales van a estar signadas por un alto grado de discrecionalidad y, en cuanto no son compartidas sino por las formas de vida cuyos valores se ven en la decisión representados y defendidos, son confrontadas por las formas de vida que se sienten con la misma discriminadas. La sociedad pierde confianza en las decisiones judiciales porque percibe que no responden a una regla cierta y confiable.

Adicionalmente, parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis absoluto en el dominio jurídico y su toma de distancia frente a una concepción pública de justicia para todos y no para algunos le hace olvidar el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso jurídico-político y constitucional y de que manera es a través de ella, es decir, de la expresión comunicativa plural e institucionalizada de la sociedad civil, que le es posible al juez constitucional inferir discursivamente los contenidos normativos del derecho —en sentido moral, jurídico-político y constitucional— y de la decisión judicial desde una perspectiva deontológica de “igualdad para todos” y no axiológica de “buenas para algunos”.

Con esto Habermas deja en claro varios puntos: primero, que es un error identificar, como lo hemos hecho en Colombia, a Dworkin con Alexy. Mientras que Dworkin (en la línea del orden lexicográfico de Rawls) busca balancear los principios en términos de explicitar el peso de uno frente a otro, generando con ello un nuevo precedente que garantice “decisiones justas para todos”, Alexy pondera los principios excluyendo uno frente al otro para el caso concreto y generando, por el grado de discrecionalidad ética (no moral) que en ello se involucra, “decisiones buenas para algunos”. Segundo, que el dilema histórico que el derecho se juega en general en nuestros tiempos, y que en particular el juez (ya constitucional, ya de cualquier área dogmática) se plantea, consiste en esa disyuntiva: ¿cuál criterio regulador debe orientar la decisión judicial, el axiológico o

---

(25) *Ibid.*, p. 332.

el deontológico? En eso —se infiere de Habermas— se juega su suerte el sistema jurídico.

## 5. Hacia un paradigma alternativo de adjudicación constitucional

### 5.1. Crítica de los tribunales constitucionales de Alemania y EEUU

Pero Habermas no se queda en la teoría del derecho. Intenta justificar su propuesta directamente desde los modelos normativos de adjudicación constitucional. Aborda, inicialmente, la **metodología de trabajo** del tribunal constitucional alemán al que critica por lo que considera una falsa autocomprensión de la misma, en cuanto que, a través de las figuras de la ponderación y el caso concreto, se asimilan valores morales a principios jurídicos con lo que las decisiones judiciales pierden su carácter deontológico, justo para todos, y adquieren un peligroso sesgo teleológico, bueno para algunos.<sup>(26)</sup>

La crítica teórica a Alexy se convierte aquí en una crítica institucional al tribunal constitucional alemán e, indirectamente, a todos los tribunales que han adoptado su metodología de trabajo basado en la ponderación y el caso concreto, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana. Como lo vimos, la interpretación de los derechos fundamentales como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en un medio de realización de patrones éticos, tomando partido por unos frente a otros, con lo que las decisiones judiciales pierden progresivamente su base de legitimidad e, incluso, de eficacia y, a largo plazo, por su discrecionalidad e indeterminación, ponen en entredicho, de manera paulatina, su propia validez.

De ahí que Habermas considere mejor y más ilustrativa la lectura de la Constitución que se ha adelantado en el contexto norteamericano. En efecto, en los Estados Unidos se ha mantenido históricamente una tensión entre dos interpretaciones de la Constitución por parte de dos paradigmas dominantes.<sup>(27)</sup> De una parte, el **modelo liberal** y, de otra, el **modelo**

(26) J. HABERMAS, "Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional", en *ibid.*, pp. 311/362.

(27) SUNSTEIN, C. R., *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990; ACKERMAN, BRUCE, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995 y *La Política del Diálogo Liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998. Ver, entre otros, PERRY, M. J., *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1998; y MICHELMAN



**republicano** y sus respectivas concepciones democracia. Aquí Habermas parece adoptar, de nuevo, la postura de los *Critical Legal Studies* en cuanto toda decisión jurídica es, en los casos difíciles que van más allá de la mera interpretación técnico-jurídica o técnico-constitucional, una decisión igualmente política.

El estudio jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) estadounidense muestra, en efecto, la prevalencia de dos paradigmas de adjudicación constitucional: un paradigma liberal que defiende, en últimas, un modelo de **democracia formal**. Y un paradigma republicano que defiende un modelo de **democracia directa**. Hay que aclarar que este último no debe confundirse con las posturas del Partido Republicano, aunque sin duda tenga raíces históricas comunes, sino que se restringe estrictamente al ámbito de la adjudicación constitucional. Reitero, no es una "propuesta" iusfilosófica ni teórico-jurídica de Habermas: es un estudio empírico, si se quiere sociojurídico, de las decisiones judiciales de la CSJ de EEUU.

Cada uno de los paradigmas defiende una concepción de democracia a la cual van estrechamente ligadas una interpretación del ciudadano, de las libertades y de la relación estado-sociedad. El **paradigma de adjudicación liberal** y su modelo de **democracia formal** propicia un modelo pasivo de ciudadanía, sustentado en la prioridad de las libertades individuales, donde el ordenamiento jurídico-político se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de un estado no interventor de la economía.

Por el contrario, el paradigma de **adjudicación constitucional republicano** y su modelo de **democracia directa**, defiende una concepción activa de la ciudadanía, fundamentado en la prioridad de las libertades políticas, poniendo el acento en los procesos deliberativos que la permitan y la sustenten y concibiendo el ordenamiento jurídico-político como soporte de procesos de deliberación pública. Sin embargo, este último paradigma, pese a suponer un concepto altamente protagónico de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre sí, al forzar una **etitización de la vida pública** desde su particular concepción de vida buena.

---

F. I., *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument*, Florida Law Review 41, 1998, pp. 443/490.

Si estos paradigmas de adjudicación constitucional defienden, en últimas, modelos de democracia, la alternativa consistirá, para Habermas, en sustentar un modelo de democracia alterno que permita sustentar un paradigma de adjudicación constitucional que sepa interpretar la democracia en los términos sociológicos en que aquella se viene presentando en las sociedades complejas pues, indudablemente, la gran debilidad de los dos consiste en que ignoran la dinámica societal que, en las últimas décadas, viene caracterizando los procesos democráticos en el mundo entero. Habermas intentará mostrar cómo tienen que concebir sociológicamente la democracia los tribunales constitucionales en orden a garantizar la perspectiva deontológica de “decisiones justas para todos” y no “buenas para algunos”.

## 5.2. Modelo sociológico de política deliberativa

La única forma de superar el dilema al que parecen condenados los tribunales constitucionales contemporáneos en su defensa implícita de los modelos de democracia formal o directa, reside, para Habermas, en el reconocimiento de un **modelo sociológico de democracia deliberativa**, directamente relacionado con un paradigma alternativo de adjudicación constitucional, que articule las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida, conciliando con ello las dicotomías de los paradigmas liberal y republicano.

En una discusión paralela, a nivel de teoría política, a nuestro hilo conductor, pero relevante y definitiva para la misma, la **traducción sociológica** que recoge Habermas permite superar, simultáneamente, tanto la definición minimalista de Norberto Bobbio<sup>(28)</sup> sobre la democracia, como la interpretación tecnocrática de Robert Dahl, en orden a confrontar ambas desde una concepción alterna de política deliberativa.<sup>(29)</sup> En efecto, las dos desconocen las condiciones sociales para un procedimiento democrático-deliberativo de toma de decisiones que integre la esfera comunicacional de la opinión pública como protagonista central del proceso. Aunque, a diferencia de Bobbio y su definición minimalista, Dahl logra capturar el sentido deliberativo de los procedimientos democráticos, sus conclusiones

(28) BOBBIO, NORBERTO, *The Future of Democracy*, Cambridge, 1987.

(29) DAHL, ROBERT, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Connecticut, 1989.

abogan, no por la profundización deliberativa de la democracia sino, por el contrario, por un monólogo tecnocrático contrario a la misma.<sup>(30)</sup>

Frente a este espectro de posiciones, tanto a nivel de la adjudicación constitucional como a nivel de concepciones de democracia, Habermas adopta entonces un **modelo sociológico de política deliberativa de doble vía** que le permita rodear las objeciones de unos y otros a su propuesta, al pretender descalificarla de ideal y meramente teórico-prescriptiva, sin consideraciones empíricas. De ahí su interés en fundar sociológicamente el modelo de democracia que viabilice, plausiblemente, las condiciones de posibilidad reales del paradigma de adjudicación alternativo que busca sustentar. La pregunta clave es en qué sentido este modelo de democracia deliberativa sirve para garantizar “decisiones justas para todos” frente a las “decisiones buenas para algunos”, que propiciaban los otros modelos.

Habermas articula a su modelo sociológico de democracia el de **espacio político público**, concebido como una estructura de comunicación que, a través de la base que para ella representa la sociedad civil, queda enraizada en el mundo de la vida.<sup>(31)</sup> Este espacio se convierte en una **caja de resonancia** que permite el desplazamiento de los problemas del mundo de la vida a la esfera de discusión del sistema administrativo, jurídico-político.

Para Habermas, los problemas son detectados por una serie de **sensores** al servicio del espacio político público, que cumplen características básicas: una primera, la de no ser especializados favoreciendo así su distribución a lo largo del conjunto de subsistemas sociales y, una segunda, la de tener la capacidad de transmitir sus impresiones a lo largo y ancho de toda la red. Con el apoyo de estos sensores, el espacio político público capta el lugar y las causas que originan los problemas significativos y los organiza para que representen un elemento de presión para las instituciones que operan en el espacio administrativo.

El espacio político público tiene sus raíces en la **esfera de la opinión pública**. La opinión pública no puede entenderse como una serie de instituciones u organizaciones que operan sistémicamente. Por el contrario, es una **red comunicacional espontánea** de opiniones diversas, amarradas a

---

(30) HABERMAS, JÜRGEN, “Sobre la traducción sociológica del concepto normativizante de política deliberativa”, en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 393/405.

(31) HABERMAS, J., “Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública”, en *ibid.*, pp. 407/468.

temas específicos, y dirigida hacia cuestiones socialmente relevantes. Su origen se encuentra en la acción comunicativa, ejercida por medio del lenguaje natural.

Los agentes a su interior no son **actores estratégicos**, concebidos para el logro de determinados fines, sino **actores generados comunicativamente**, constituidos a través de sus interpretaciones y posiciones. Esto genera un proceso discursivo de inclusión que impone nuevas condiciones a la dinámica comunicativa en cuanto supone mayor explicitación de los temas a discutir, poniendo de presente su importancia y forzando a la política a hacer uso de lenguajes asequibles a todos los individuos.

El papel de la opinión pública es proporcionar una serie de discursos que permitan **valorar las disposiciones** tomadas por el poder administrativo y, en caso de no estar de acuerdo con alguna de ellas, ejercer presión, incluso a través de la desobediencia civil, para obligar a su reevaluación. Todos estos elementos se ponen de manifiesto en el modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que Habermas ilustra con su “metáfora hidráulica de esclusas”<sup>(32)</sup> (ver siguiente esquema).

Para Habermas, la sociedad se concibe sobre un modelo de **esferas concéntricas**, comunicadas a través de un sistema de esclusas que permiten que la presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a este. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican a la periferia. Dentro del modelo, el Estado está ubicado en el centro, rodeado por sucesivos círculos que comprenden la sociedad civil kantiana —**periferia interna**, con toda la formalización que posee—, y la sociedad civil hegeliana —**periferia externa**, compuesta por las diferentes formas de vida, donde se generan las posiciones propias de los sujetos colectivos particulares—.

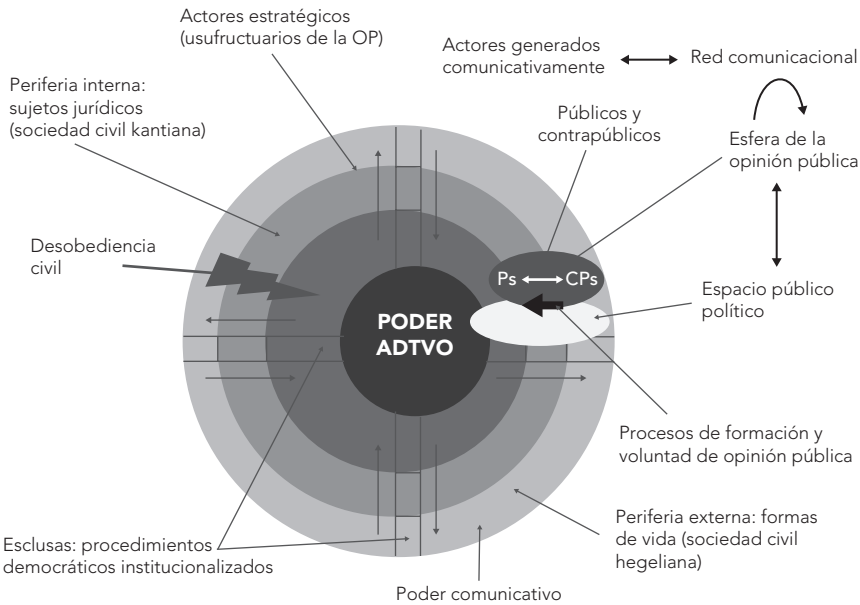
De aquí se infiere el tipo de **estrategias de iniciativa exógena**, frente a lo político que aplica cualquier grupo fuera de la estructura de gobierno y, reivindicando lo que eventualmente se presente como una vulneración de sus intereses, propenda por involucrar en el problema a otros actores para introducir el tema en la agenda pública, creando una presión sobre quienes toman las decisiones.<sup>(33)</sup>

(32) *Ibid.*, pp. 440/441.

(33) *Ibid.*, pp. 460/466.

La sociedad civil periférica posee mayor sensibilidad ante los problemas porque está imbuida de ellos. Por su parte, quienes actúan en el escenario político deben su influencia al público en general. Y aunque los temas, sostiene Habermas, cobran importancia solo cuando los medios de comunicación los propagan al público, eventualmente son también necesarias acciones de protesta masiva para que los temas sean reconocidos en el ámbito político. De esta manera, se genera una **conciencia de crisis** vehiculizada a través de movilizaciones ciudadanas que, por medio de una comunicación pública informal, se mueve por vías que impiden la formación de masas adoctrinadas, reforzando así los potenciales críticos del público.

**IMAGEN. MODELO SOCIOLÓGICO DE LA POLÍTICA DELIBERATIVA DE DOBLE VÍA**



### 5.3. Opinión pública postburguesa

Fraser hace un análisis del triunfo relativo de la democracia liberal en 1989 cuando se comienza a hablar del "fin de la historia". Frente a ello, el reto para el pensamiento crítico postsocialista es construir una **teoría crítica de la democracia**, urgente en países antes socialistas o con anteriores dictaduras o regimenes de dominación racial. En esa línea, Fraser reconstruye críticamente el concepto de esfera pública y muestra que la confusión que se generó en el socialismo en la relación entre Estado y movimientos sociales, espacios

públicos y asociaciones ciudadanas impulsó formas estatistas autoritarias en lugar de mecanismos democráticos participativos.<sup>(34)</sup>

Para Fraser, el **concepto de esfera pública** de Habermas supera en parte las anteriores dificultades. Es un espacio institucionalizado de interacción discursiva, distinto al Estado, donde se producen y circulan discursos. Es diferente a la economía porque hay relaciones discursivas no estratégicas donde se debate y delibera.

Fraser propone una **alternativa matizada** sobre la esfera pública que complementa el planteamiento habermasiano y de cuya problematización se concluye que el modelo de opinión pública liberal no es el adecuado para sociedades complejas. De ahí la necesidad de concebir y propender por un **modelo postburgués de esfera pública** que piense en públicos fuertes y débiles, públicos hegemónicos y contrapúblicos subalternos, así como en sus eventuales formas híbridas que permitan concebir una democracia deliberativa más allá de la democracia liberal existente. La multiplicidad de públicos es preferible a un público hegemónico y una sola esfera pública dominante.

Fraser introduce el concepto de “contrapúblicos subalternos” para referirse a los “espacios discursivos paralelos donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contra-discursos, lo que a su vez les permite formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades”. Y añade:

... en las sociedades estratificadas, los contrapúblicos subalternos tiene un doble carácter. Por un lado, funcionan como espacios de retiro y reagrupamiento; por el otro funcionan también como bases y campos de entrenamiento para actividades de agitación dirigidas a públicos más amplios. Es precisamente en la dialéctica entre estas dos funciones donde reside su potencial emancipatorio.<sup>(35)</sup>

Tal exploración sobre los contrapúblicos conduce a una **esfera pública post-burguesa**, que nunca debe identificarse con el Estado. Hoy se puede reconocer la aparición de esferas públicas no estatales surgidas de iniciativas de la sociedad civil. Del rechazo a una concepción hegemónica de los públicos aparece un modelo pedagógico orientado hacia la experimentación de formas de auto-organización y auto-aprendizaje. Su objetivo es producir nuevas

(34) FRASER, NANCY, *Iustitia Interrupta*, Bogotá DC, Siglo del Hombre, 1997, pp. 115/117.

(35) *Ibid.*

estructuras que puedan dar lugar a formas inéditas (en red, desjerarquizadas, descentralizadas, deslocalizadas) de articulación de procesos culturales y sociales, agenciando el surgimiento de nuevos públicos y contrapúblicos.<sup>(36)</sup>

#### **5.4. Adjudicación constitucional y democracia deliberativa**

La pregunta en este punto es, primero, en qué medida tanto el modelo sociológico de política deliberativa de doble vía de Habermas como la teoría de los públicos y contrapúblicos de Fraser pueden articularse con la discusión sobre adjudicación constitucional que venía dando Habermas y, segundo, en qué sentido ello contribuye a la perspectiva deontológica de lograr “decisiones justas para todos”, contraria a la perspectiva axiológica de “decisiones buenas para algunos”.

La apuesta de Habermas es para que el juez constitucional deje de adoptar, la más de las veces de manera no explícita, los modelos de democracia que en últimas viene asumiendo, el liberal de democracia formal y el republicano de democracia directa, y reconozca, de acuerdo a este tercer modelo sociológico, que la democracia hoy por hoy discurre en términos de lo que podemos denominar una democracia deliberativa o de opinión pública. El alter ego del tribunal constitucional no son los meros procedimientos democráticos (democracia formal) ni la voluntad de las mayorías (democracia directa) sino la deliberación ciudadana que se manifiesta en la dinámica comunicativa de la esfera pública.

Pero incluso adoptando la óptica de este tercer modelo no queda claro cómo ello garantiza la perspectiva deontológica de la decisión judicial que, en la línea de Rawls y Dworkin, Habermas reivindica frente a la metodología de la ponderación de Alexy. Ahí es donde Fraser media y puntualiza: la decisión del juez constitucional debe considerar dos elementos estructurales, incluso yendo más allá del modelo normativo de Dworkin que pretende ignorarlo: primero, la deliberación entre públicos y contrapúblicos que le permita formarse un juicio integral sobre los discursos e interpretaciones en discusión en la esfera pública. Y, segundo, especialmente debe tener en cuenta la voz de los contrapúblicos como públicos débiles a los que tiene que escuchar y favorecer como minorías.

En el primer factor, no se trata, por tanto, ni de recoger la mera voz procedimental de las mayorías formales, legislativas o electorales (democracia formal) ni tampoco la voz activa de supuestas mayorías sociales, militantes

---

(36) WARNER, MICHAEL, *Publics and Counterpublics*, Boston, Zone Books, 2002, p. 65.

y beligerantes por alguna causa (democracia directa). Se trata —segundo factor— de escuchar, en la medida en que la esfera pública —como caja de resonancia— hace eco de sus voces, a los que no tienen voz, a los públicos débiles, a los públicos subalternos, a los públicos minoritarios. Solo al escucharlos y tenerlos en cuenta puede el juez constitucional garantizar una defensa de sus derechos y expectativas frente a meros procedimientos formales o al activismo de las mayorías y, de esa manera, garantizar decisiones justas para todos y no solo buenas para algunos, en este último caso a favor de las mayorías formales o hegemónicas.

El juez constitucional es intérprete de textos jurídicos y de contextos socio-políticos. Habermas recoge a Haberle para poner de presente que los ciudadanos son también intérpretes constitucionales y que sus reivindicaciones, sus reclamos al Estado, sus voces de protesta, no solo tienen que ser tenidos en cuenta por las autoridades sino que son, en su expresión política, interpretaciones sobre sus derechos, sobre el ordenamiento jurídico-político, sobre la constitución que los rige y, por tanto, los tribunales constitucionales deben considerar también ello como posiciones legítimas y exigencias de facto sobre sus derechos que también deben ser tenidas en cuenta.<sup>(37)</sup>

Pero es también la consideración de que la constitución no es solo un texto abierto sino es también un texto falible y que el juez constitucional, como los ciudadanos en sus expresiones de confrontación o apoyo diarios, la complementan y reescriben día tras día.<sup>(38)</sup> El presupuesto formalista de que la constitución es un texto intocable por ser la voluntad prístina de un constituyente sin conflictos ni tensiones simplemente hipostasia la voluntad popular en una letra muerta que ahoga el espíritu innovador que le dio vida, como ya Negri lo había mostrado y lo retoma Habermas en su famoso opúsculo *Soberanía popular como procedimiento* (1988).

### 5.5. Habermas: patriotismo constitucional

A raíz de las discusiones sobre la conciencia histórica y la identidad nacional, Habermas reflexiona en torno de los elementos comunes que pueden identificar a una **colectividad cohesionada** por un territorio común pero

(37) HÄBERLE, PETER, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales", en *Constitución como Cultura*, Bogotá DC, Universidad Externado, 2002, pp. 109/152.

(38) ÉSTEVES, JOSÉ A., *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, 1994, Madrid, Trotta, pp. 41/90.



fragmentada y polarizada sobre los elementos de su ser nacional e, incluso, en la interpretación de su propia historia.<sup>(39)</sup> La conciencia histórica y la identidad nacional no pueden seguir definiéndose desde las proyecciones de un “yo nacional” aparente que mimetizaba simplemente la autoconciencia o de una minoría dominante o de una mayoría totalitaria, reivindicando ya tradiciones contextuales que se imponían como comunes, ya una identidad excluyente que no consideraba las minorías existentes.<sup>(40)</sup>

Habermas muestra cómo la modernidad tardía se resuelve, primero, desde **expresiones postradicionales de conciencia y, segundo, desde formas postnacionales de identidad**. En el primer caso, la referencia a una tradición común da paso, no solo a la tolerancia y el pluralismo de múltiples formas de vida, sino al reconocimiento institucional de las mismas en el marco de un Estado democrático de derecho; en el segundo, a identidades que desbordan los estrechos marcos de una nacionalidad ficticia, consagrando y garantizando la convivencia democrática de las diferentes formas de vida que coexisten en un territorio dado.<sup>(41)</sup>

En este punto es que surge la figura del **patriotismo de la constitución** como la única forma de conciencia, identidad y asociación históricas postconvencionales, es decir, basada en los únicos principios que pueden ser ya comunes: los derivados consensualmente de un **pacto constitucional** donde las multiplicidad de formas de vida se dan en el orden jurídico-político que conciertan en el marco de procesos constituyentes o constitucionales vinculantes.

La “patria” no puede ser otra que la del texto constitucional producto de un amplio consenso de los sujetos colectivos existentes en una territorialidad, en el marco de las relaciones de poder existentes —sin duda— pero en la proyección de una convivencia plural y democrática conjunta. La “patria” no es, pue, **la emoción ni el sentimiento** de lo propio, ni la tradición única, ni la conciencia de la minoría/mayoría excluyente, ni la identidad impuesta por la fuerza: la única patria reconocible en la cual todos caben es la patria de la Constitución.

(39) Ver HABERMAS, JÜRGEN, “Conciencia histórica e identidad postradicional” e “Identidad nacional e identidad postnacional”, en *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Técnos, 1989; y “Patriotismo de la constitución en general y en particular”, en *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Técnos, 1996; *Más Allá del Estado Nacional*, Madrid, Trotta, 1998.

(40) PRIETO NAVARRO, EVARISTO, “El ethos del procedimentalismo democrático”, en Habermas, Jürgen, *Acción comunicativa e identidad política*, Madrid, CEC, 2003, pp. 440/447.

(41) Ver HABERMAS, JÜRGEN, “Conciencia histórica e identidad postradicional” e “Identidad nacional e identidad postnacional”, en *Identidades nacionales y postnacionales*, op. cit., pp. 83/121.

Ese “patriotismo de la Constitución” es, entonces, la única forma de integración y **solidaridad social** de carácter postconvencional que las sociedades complejas pueden admitir hoy en día, acudiendo, ya no a tradiciones comunes (estadio preconvencional) o a intereses comunes (estadio convencional) sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos, que posibiliten la convivencia de las diferentes etnicidades y sujetos colectivos que buscan compartir un mismo territorio y constituir una organización societaria común.<sup>(42)</sup>

En este sentido, el proceso democrático tiene un **sentido inclusivo** de una praxis autolegislativa que incluye a todos los ciudadanos por igual, de tal suerte que únicamente la formación de la opinión y de la voluntad estructurada democráticamente es lo que posibilita un acuerdo normativo racional entre extraños.<sup>(43)</sup>

Adicionalmente, en su polémica con el entonces Cardenal Ratzinger, Habermas refuerza su posición problematizando la posibilidad de una fundamentación prepolítica del Estado democrático de derecho.<sup>(44)</sup> Frente a los argumentos de Ratzinger para fundamentar el Estado liberal desde presupuestos morales y prepolíticos, acudiendo a la tesis del excomulgado Hans Küng de un mundo globalizado y la necesidad de una ética mundial, Habermas profundiza su línea de pensamiento para defender la legitimación del poder político desde una perspectiva secularizada, más allá de los aparentes “descarrilamientos” de la secularización, así como para reflexionar sobre los límites recíprocos que tanto un pensamiento postilustrado como confesional deben tener entre sí para respetar sus propias órbitas.

Partiendo con Rawls de la base sociológica —que, en términos de un liberalismo político, tienen **de facto** las sociedades postseculares—, Habermas parte de una “justificación no religiosa y postmetafísica de los principios normativos del Estado constitucional democrático” que, en la línea de Kant, renuncia al iusnaturalismo, tanto tradicional como religioso, con derivaciones salvíficas.<sup>(45)</sup>

(42) VELASCO, JUAN C., “Identidad colectiva y patriotismo constitucional”, en *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza, 2003, pp. 127/148.

(43) Ver HABERMAS, JÜRGEN, “Patriotismo de la constitución en general y en particular”, *op. cit.*, pp. 211/237.

(44) HABERMAS, JÜRGEN, “¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático de derecho?”, en Habermas J. y Ratzinger, J., *Entre razón y religión*, México, FCE, 2008. pp. 9/33.

(45) *Ibid.*, pp. 12/13.

Así como un tipo de solidaridad mediada jurídicamente no logra consolidar el lazo social horadado, tampoco la vuelta a fundamentos religiosos prepolíticos puede garantizarlo para una sociedad fragmentada en una multiplicidad de formas de vida. Sí, acaso, ello solo convalida, en el primer caso, un pacto de mayorías que fácilmente puede deslizarse al totalitarismo o, en el segundo, "tribus premodernas" mayoritarias e intolerantes. En cualquiera de las dos opciones, las formas de vida minoritarias son las que se ven afectadas por esquemas de discriminación y exclusión morales y políticas.

En este punto, son los derechos de comunicación y de participación de una colectividad los que median para que las diferentes formas de vida generen un interés común que funja solidariamente entre todas. Tales derechos, que solo pueden ser garantizados constitucional y jurídicamente, concretan tanto la aspiración común de una comunidad dada como el único pacto político, postmetafísico, postconvencional y postreligioso, que lo puede inspirar. Las bases motivacionales, sin negar sus eventuales raíces prepolíticas, se estructuran necesariamente en términos postradicionales.<sup>(46)</sup>

## 6. Derecho privado y decisión judicial

En el último capítulo, Habermas aborda, desde el derecho privado, los **paradigmas jurídicos** que, en las decisiones judiciales, pueden detectarse en el último siglo.<sup>(47)</sup> El apartado cobra especial interés desde dos ópticas: el primero, dado que Habermas ha venido desarrollando su reflexión en el contexto del derecho público, particularmente el constitucional, aventurarse en los dominios del derecho privado muestra la aspiración totalizante de su teoría del derecho. Segundo, porque la pregunta que se impone aquí es si, análogamente, la perspectiva deontológica de la decisión judicial de "decisiones justas para todos", frente a la axiológica de "decisiones buenas para algunos", también se corrobora en este nivel del derecho privado.

En este apartado, Habermas recaba en la proyección metodológica de la categoría de "paradigma" que ha venido utilizando a través de su li-

---

(46) *Ibid.*, p. 18.

(47) HABERMAS, JÜRGEN, "Paradigmas del derecho", en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 469/534.

bro, explicitando el origen y alcance que la figura tiene en su estudio. Los paradigmas no son elaboraciones teóricas externas —tipos ideales en la línea de Weber, por decir algo—, ajenas a la práctica misma judicial. Al contrario, asumiendo el argumento realista que posteriormente retomarán los *Critical Legal Studies*, de las **decisiones judiciales**, se infiere que se consideran ejemplares y expresan, por tanto, la imagen tácita que de la sociedad tienen los jueces.

Básicamente, los paradigmas son las **ideas implícitas** que los jueces poseen en torno a sus consideraciones generales sobre la sociedad —en especial, sus concepciones socio-políticas—, las cuales constituyen el contexto, explícito o implícito, desde donde los aquellos fundamentan sus decisiones:

Un paradigma jurídico es algo que en primera línea se infiere de las decisiones judiciales que, en virtud de los criterios que fuere, se consideran ejemplares, y las más de las veces suele equiparse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces... [a su] visión social. Esta constituye el contexto cuando los jueces, al fundamentar sus decisiones, establecen hechos y refieren los hechos a las normas.<sup>(48)</sup>

Y, más adelante, sentencia —sin duda, adelantándose a las objeciones de ese sector de la conciencia jurídica convencional—, que conciben el derecho —como antaño el positivismo científico— prácticamente como un sistema normativo puro, recogido en los laberintos conceptuales de su propia lógica y absolutamente aislado de las influencias de su contexto social, estableciendo, además, una frontera insalvable entre sociedad y dogmática:

... el fenómeno de esa inevitable comprensión de su fondo, de esa subyacente teoría de la sociedad, ya no constituye sólo el objeto de una historia del derecho que proceda en términos descriptivos, sino que de él se han vuelto también conscientes la dogmática jurídica y la práctica jurídica. Hoy la jurisprudencia ya no puede comportarse ingenuamente respecto a su propio "modelo social". Y porque la comprensión paradigmática del derecho ha perdido la inocencia de un saber orientador que actuase solamente a espaldas de los implicados en la práctica jurídica, tal comprensión de fondo exige una justificación en

(48) *Ibid*, pp. 473-474.

términos autocríticos. Tampoco la dogmática jurídica (...) puede eludir ya la cuestión del paradigma correcto.<sup>(49)</sup>

Así como anteriormente, a nivel del derecho constitucional, Habermas retoma los paradigmas de adjudicación constitucional que, en el contexto del primer mundo, se han constituido en los modelos dominantes en los dos últimos siglos para proponer uno alternativo, sociológicamente sustentado, de forma similar retoma los paradigmas que, tanto en Europa como en Norteamérica, han determinado la decisión judicial a nivel del derecho privado.

A partir de los estudios clásicos de Franz Wieacker<sup>(50)</sup> en derecho privado, Habermas muestra el contraste que, frente al **paradigma de derecho formal** dominante en la modernidad temprana, y que llega a su máxima expresión en el siglo XIX, se opone un **paradigma de derecho material**, derivado del estado de bienestar, a partir de la crisis mundial del capitalismo en la primera mitad del siglo XX. Este último consolida su presencia, precisamente, hasta la crisis del Estado de bienestar en la década de los 60, donde además asistimos a un cambio de régimen de acumulación capitalista de carácter fordista a uno de tipo postfordista, en lo que inaugura el inicio del Estado mínimo neoliberal/neoconservador —pero que aceleró, también, el proceso de lo que hoy reconocemos como globalización—.<sup>(51)</sup>

En este contexto de la globalización que, por supuesto, connota elementos tanto negativos como positivos, se ambienta lentamente un nuevo paradigma que ha sido registrado sociológicamente en las decisiones judiciales a nivel del derecho privado y que Gunter Teubner ha recogido en sus estudios socio-jurídicos, para contrastarlo con los dos anteriores (ver siguiente esquema).<sup>(52)</sup> En el cuadro quedan claras las características que cada uno de los paradigmas ha connotado históricamente pero, sobretodo, en que sentido el **paradigma de derecho reflexivo**, que básicamente ha surgido en el contexto de la globalización, logra consolidar una nueva tendencia en las decisiones judiciales que los jueces han tomado en el marco del derecho privado.

---

(49) *Ibid*, pp. 474.

(50) WIEACKER, FRANZ, "Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft", en *Id.*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., 1974, p. 5; citado en J. Habermas, *ibid.*, p. 471.

(51) HARVEY, DAVID, *La Condición de la Modernidad*, Bs. As., Amorrortu, 1998, pp. 141/222.

(52) TEUBNER, GUNTHER, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en Bourdieu P., y Teubner, G., *La Fuerza del Derecho*, Bogotá DC, Uniandes, 2000, pp. 81/152.

No es del caso volver sobre lo que puede ser mejor comprendido en el estudio de Teubner y que, posteriormente, ha sido complementado por él mismo, así como por otros autores que le dan alcance a sus planteamientos iniciales.<sup>(53)</sup> Quizás lo que quisiera enfatizar es que este nuevo paradigma concreta la propuesta habermasiana, como había dicho, en **dos direcciones**: una primera, en cuanto muestra en qué sentido su concepto de validez dual efectivamente se realiza, no solo a nivel de la justicia constitucional —donde se podría suponer es más fácilmente plausible—, sino a nivel del derecho privado —donde parecería razonablemente irrealizable—. Y una segunda, en que, además, por su carácter, igualmente concreta la proyección deontológica del derecho de “decisiones justas para todos”, más que “decisiones buenas para algunos”.

Comprender el significado pleno del derecho reflexivo remite a una **tradicción sociológica** que no solo es la luhmanniana, de carácter sistémico, —con la que sin duda Teubner, como sociólogo, comparte una caracterización descriptiva de la sociedad actual—, sino igualmente a una interpretación crítica de la misma, que podemos encontrar en autores como Ulrich Beck y Zigmunt Bauman, entre otros. Esta nos remite a una consideración que reconoce la dinámica sistémica que la globalización ha catalizado —imposible de negar—, pero que la asume de manera crítica, desnudando sus patologías —y, como Bauman muestra, sus ambivalencias—, y que connota efectos tanto proactivos como perversos que deben ser evaluados en ambas direcciones.

El concepto de **modernidad reflexiva** de Beck trata de mostrar el conflicto entre modernidad simple y globalización, que esta última exagera, y cuyo resultado, más allá del análisis simplista de descalificar a la segunda y reivindicar eventualmente a la primera (también atravesada por tensiones y conflictos irresolubles), pone de presente la existencia en esta última de tendencias progresistas y profundamente transformadoras, así desde una lectura bastante limitada de la primera parezcan reaccionarias y conservadoras.<sup>(54)</sup>

De manera análoga a nivel del derecho, en especial del privado, lo que parecería ser inicialmente una mera expresión mecánica de la dinámica

(53) Ver TEUBNER, GUNTHER, “Regímenes globales privados: ¿derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?”, en AAVV, *Estado, Soberanía y Globalización*, Bogotá DC, Uniandes, 2010, pp. 65/102.

(54) GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U., *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Bogotá DC, Anthropos, 1996.

de la globalización y, por tanto, criticable en tanto convalida jurídicamente sus procesos, se revela desde un análisis crítico más profundo, como una **tendencia democratizante** a su interior que, a su vez que potencia la globalización —incluso en su orientación funcional y sistémica eventualmente más conflictiva— logra simultáneamente, a través de las decisiones judiciales, articular formas de vida en términos proactivos que moderan y equilibran sus consecuencias perversas.<sup>(55)</sup>

Las decisiones judiciales que hace dos siglos ratificaban pasivamente el capitalismo liberal, concretando con ello el paradigma de derecho formal que Teubner reconoce, y que durante el estado de bienestar es confrontado, en sentido contrario, por un paradigma de derecho material que intenta moderar socialmente los efectos de un capitalismo insensible a sus costos sociales, finalmente logra, en el marco de la globalización, un paradigma de derecho reflexivo —a través siempre de decisiones judiciales— que, respetando el marco procedimental, garantiza la coordinación de circuitos sistémicos de carácter transnacional altamente complejos al tiempo que concilia con ellos las **expectativas de las formas de vida** potencialmente afectadas.

La doble Cara de Jano que Habermas reclamaba para la validez jurídica parece así concretarse en este nuevo paradigma; pero también, al lograr balancear las expectativas tanto sistémicas, de coordinación de sistemas sociales altamente complejos, como de formas de vida que logran morigerar socialmente estos procesos a través de un **marco institucional democrático**, se logra igualmente concretar la aspiración deontológica de decisiones justas para todos (tanto de los sistemas como de las formas de vida) y no solamente buenas para algunos (en especial, desde la perspectiva única de los sistemas sociales).

## 7. Conclusión

Tal como se planteó, el presente escrito siguió el siguiente itinerario: en la primera parte se retomó a Rawls para hacer presente, en el marco de la posición original, de qué forma los principios de justicia son jerarquizados y en qué sentido en esa jerarquización de los principios de justicia —que Rawls recoge en la figura del orden lexicográfico— se encuentra el origen de lo que más tarde, con Dworkin, vendrá a ser, de una parte, la teoría del peso balaceo y, de otra, la perspectiva deontológica que Habermas reivindica.

---

(55) DUBIEL, HELMUT, *La Teoría Crítica Ayer y Hoy*, México, Plaza y Valdez, 2000, pp. 105/128.

Enseguida se abordó la posición dworkiniana recabando, especialmente, en su teoría del balanceo, para evidenciar que ella se sustenta en el peso que le corresponde a los principios y que el juez tiene que explicitar en su modelo de la “respuesta correcta”. En contraste, se presentó la teoría de Alexy mostrando la mecánica de la ponderación frente a principios considerados en el mismo nivel y de qué forma, en función del caso concreto, se escoge uno frente al otro, concluyendo, en su contrastación, cómo las dos metodologías constituyen propuestas contrapuestas de adjudicación constitucional.

En la tercera parte se abordó la teoría del derecho de Habermas: primero, esclareciendo los supuestos sociológicos de su teoría del derecho; enseguida, su concepto de derecho como tal, que contrasta con las teorías jurídicas contemporáneas, en cuyo marco precisa la reivindicación que hace, a partir de Dworkin, de la perspectiva deontológica del derecho y del tipo de decisiones judiciales justas para todos, frente a la axiológica de Alexy y su perspectiva de decisiones judiciales buenas para algunos, que Habermas coteja inmediatamente con los paradigmas de adjudicación constitucional del tribunal constitucional alemán y la Corte Suprema estadounidense, y que le permiten ambientar su modelo alternativo de adjudicación constitucional, sustentado en un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía.

En ese contexto se articuló su teoría de la opinión pública, que Nancy Fraser complementa, y que permite determinar con precisión el alcance que su paradigma de adjudicación constitucional alternativo puede tener frente a determinados casos difíciles donde el juez constitucional necesariamente involucra una visión del sistema político que constriñe políticamente —incluso en términos axiológicos y no deontológicos— las decisiones judiciales. En último lugar, todo ello fue completado con los paradigmas jurídicos que, a nivel del derecho privado, igualmente permiten corroborar, tanto su concepción de validez jurídica como la perspectiva deontológica de la decisión judicial que ha buscado reivindicar para el conjunto del derecho.

No me cabe duda que nos encontramos, tanto a nivel global como local, en un momento de fractura epistémica entre dos visiones opuestas del derecho que, recogiendo la distinción de Duncan Kennedy, enfrenta una mirada conservadora y otra progresista sobre el ámbito de lo jurídico. Una confrontación que, además de jurídica, es igualmente política, en cuanto se refiere tanto a lo que es el derecho normativamente, desde el punto de vista interno



del mismo, como a lo que se supone es su papel en la sociedad, desde un punto de vista externo, retomando la famosa distinción hartiana.

Habermas es consciente de que, por estas razones, esta no es solo una discusión jurídica al interior del derecho:

La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de una sociedad, es en su núcleo una disputa política. En el estado democrático de derecho esa disputa concierne a todos los implicados, no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas de un discurso de expertos desligado del espacio público-político.<sup>(56)</sup>

Dije al principio, y lo reitero, que esta es una discusión, antes que de filosofía del derecho, de teoría jurídica —e, incluso, de teoría constitucional—. Ese es el terreno en que Habermas expresamente la plantea, una vez más para obviar el simplón argumento de que esto es un “deber ser” filosófico que poco tiene que ver con la realidad. El debate lo ha dado Habermas todo el tiempo a nivel del derecho, tanto del público como de privado, frente a cuyas dimensiones ha confrontado su propuesta.

Queda claro que el amalgamamiento que se ha hecho en Colombia entre Dworkin y Alexy es una falacia criolla, sin duda originada en las necesidades de un campo jurídico que tiene en la cúspide de su ordenamiento, no unos principios que pueda jerarquizar y balancear, en la línea de Rawls y Dworkin, sino más bien unos conjunto de principios horizontales —que la sentencia T-406 del 92 de la Corte Constitucional reconoció— y para los que la ponderación resulta más efectiva como metodología de trabajo constitucional.

Pero estas necesidades pragmáticas no justifican confusiones teóricas como las que han hecho carrera en nuestro contexto (justificar la ponderación desde Dworkin, además de declararlo iusnaturalista; ignorar a Rawls; desconocer la contundencia teórico-jurídica de Habermas) y que la academia crítica, por lo menos, tiene la obligación de abordar, profundizar y sobre las que debe hacer claridad, respetando —por supuesto— la dinámica práctica de los operadores y hermeneutas constitucionales, si bien esa es también una virtud cívica de toda ciudadanía.

---

(56) HABERMAS, JÜRGEN, “Paradigmas del derecho”, en *Facticidad y validez*, op. cit., p. 477.

# Presunciones<sup>(1)</sup>

DANIEL MENDONCA<sup>(2)</sup>



**Palabras clave:** presunción - presunción legal - norma - decisión judicial.

## 1. Presunciones legales

En un estimulante ensayo de Edna Ullmann-Margalit, "*On Presumption*",<sup>(3)</sup> la autora explica que la noción de presunción desempeña un papel importante en toda deliberación práctica, por lo que su función en el derecho cobra, en determinados contextos, relevancia especial. Y esto es así porque, según afirma, las presunciones legales fuerzan a tomar algo como verdadero bajo determinados supuestos; en ocasiones, el derecho interviene y establece reglas en forma de presunciones en virtud de las cuales se "infiere" un hecho controvertido, a partir de ciertos hechos básicos ya establecidos, mientras no se aporten elementos de prueba suficientes

---

(1) Versión en castellano de "*Presumptions*", en *Ratio Juris*, vol. 11, n° 4, 1998, pp. 399/412 previamente publicada bajo el título "Presunciones" en *Doxa*, vol. 1, n° 21, 1998.

(2) Abogado (Universidad Católica, Paraguay). Licenciado en Ciencias de la Educación (Universidad Católica, Paraguay). Magíster en Metodología de la Investigación Científica (UB). Posgraduado en Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay). Posgraduado en Políticas Públicas Anticorrupción (Georgetown University, Washington, Estados Unidos/Universidad Católica, Asunción, Paraguay). Posgraduado en Ciencias Sociales (Flacso/Asunción, Paraguay/San José, Costa Rica). Profesor de Lógica Jurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, Paraguay. Profesor de Teoría General de las Normas y de Interpretación de la Ley en el Curso de Doctorado en Derecho de la misma Universidad. Miembro de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico, de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional. Director del Centro de Estudios Constitucionales.

(3) ULLMANN-MARGALIT, E., "*On Presumption*", en *The Journal of Philosophy*, vol. LXXX, n° 3, marzo 1983, pp. 143/163.

en sentido contrario. De este modo, las presunciones indican anticipadamente una respuesta posible a la cuestión controvertida, a los efectos de producir una decisión. En otros términos: con el fin de resolver un caso, el juzgador debe, por disposición legal, tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas mientras no existan elementos de prueba en contra.

De acuerdo con la propuesta de Ullmann-Margalit, las presunciones pueden representarse mediante una fórmula con la siguiente forma estándar:<sup>(4)</sup>

(1) Pres (P, Q)

donde "Pres" representa el operador de presunción, "P" el hecho que da lugar a la presunción y "Q" el hecho presumido. Como las letras mayúsculas indican descripciones genéricas de estados de cosas previstas en la ley, las minúsculas (p, q) indicarían descripciones particulares correspondientes a casos individuales. Consiguientemente, la fórmula (1) se leería entonces del siguiente modo: "P da lugar a la presunción de que Q", o "Existe la presunción, a partir de P, que Q". Así, cuando se afirma que cabe la presunción en un caso dado, quiere decirse que el hecho genérico que da lugar a la presunción se ha producido en esa circunstancia concreta. Por ello, en rigor, la regla de presunción establece lo siguiente: "Dado que es el caso de que p, debe procederse como si q fuese verdadero, a no ser que, o hasta que, existan razones suficientes para creer que no es el caso de que q".

La fórmula en cuestión ha merecido algunos comentarios, sugeridos por la propia Ullmann-Margalit.<sup>(5)</sup> Primero, que la regla no tiene tanto que ver con la afirmación de hechos como con el proceder sobre su base, ya que su objeto es facilitar la toma de decisiones, superando situaciones de incertidumbre, no ordena a sus destinatarios, sin embargo, determinada acción física, sino que dispone que tomen cierta proposición como si fuese verdadera, como base para actuar. Segundo, que las presunciones están asociadas con ciertas inferencias, pero las presunciones, en sí mismas, no versan acerca de inferencias, es decir, no implican compromiso alguno con, ni garantizan, el valor de verdad de la proposición presumida: la presunción dispone que, en la práctica, se pase de una proposición a otra. Tercero, la presunción pone en marcha un mecanismo en base al cual el

---

(4) ULLMANN-MARGALIT, E., "On Presumption", *op. cit.*, p. 147.

(5) *Ibid.*, pp. 147/152.

destinatario procede sobre la base de la proposición presumida, pero tal curso de acción puede ser bloqueado si (o en el momento que) el destinatario encuentra elementos de juicio suficientes para creer que no q, lo que supondría que la presunción ha dejado de operar.

Analizaré en lo sucesivo algunos de los puntos centrales de la propuesta de Ullmann-Margalit. Centraré mi atención básicamente en lo siguiente: la noción de presunción, el estatus de los enunciados de presunción, el carácter y la función de las normas de presunción y la manera de representarlas; consideraré, finalmente, un par de estrategias destinadas a impedir que una presunción opere en un caso dado.

## 2. La noción de presunción

Todo parece indicar que el verbo “presumir” se emplea de diversas maneras y con significados distintos en ciertos contextos. Consiguientemente, un tipo de confusión podría originarse en la falta de distinción adecuada entre diversos significados del término en cuestión. Pero incluso en caso de que el término fuera empleado con un único significado, la falta de claridad respecto de lo que pretende decirse cuando se lo usa con ese significado podría constituir una fuente adicional de confusiones. De este modo, una contribución importante consistiría en distinguir diversos usos de “presumir” y en explicitar sus condiciones de aplicación en cada uno de ellos. No procederé, sin embargo, de este modo.

Partiré, no obstante, de la base de que “presumir” integra un conjunto bastante homogéneo de verbos emparentados semánticamente (con un número importante de miembros) entre los que cuentan “sospechar”, “conjeturar”, “suponer”, “creer”, “asumir”, “admitir”, “acceder”, “presuponer”, “hipotetizar”, “imaginar”, “subentender”, “teorizar”, “presentir”, “desconfiar”, “postular”, “dar [por]”, “poner [por caso]”, “figurar[se]”.<sup>(6)</sup> Muchos de los verbos del listado anterior, incluso, son sinónimos de, o equivalentes a, “presumir” en ciertos ámbitos, razón por la cual se hace difícil aceptar que, cuando se emplea el término “presumir”, solo existe

(6) Sobre este conjunto de conceptos conexos, pueden verse, entre otros, los siguientes ensayos: SELLARS, W., “Presupposing”, en *Philosophical Review*, n° 63, 1954; HALL, R., “Assuming: One Set of Positing Words”, en *Philosophical Review*, n° 67, 1958; LLEWELYN, J. E., “Presuppositions, assumptions and presumptions”, en *Theoria*, vol. XXVIII, n° 2, 1962; LAMB, J., “Knowledge and Justified Presumption”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LXIX, n° 5, marzo 1972; COHEN, J. L., “Belief and Acceptance”, en *Mind*, vol. XCVIII, n° 391, 1989; ULLMANN-MARGALIT, E., “Holding True and Holding as True”, en *Synthese*, n° 92, 1992.

una única manera de entender el enunciado que lo contiene. Por lo tanto, un enunciado de la forma "Debe presumirse, a partir de P, que Q", puede ser interpretado, en principio, de distintas maneras, asociadas ellas a significados diferentes de "presumir" y "presunción". No pretendo efectuar ningún hallazgo semántico a este respecto. Sencillamente propondré un modo de concebir la noción de presunción que lleve un paso más adelante la idea de tomar algo como verdadero, propuesta por Ullmann-Margalit como soporte de la noción de presunción.

En mi opinión, el mejor candidato para elucidar la idea de presunción, tal como ella opera en el ámbito de las presunciones legales, parece el concepto de aceptación, concebido a la manera de Cohen, con alguna modificación menor. Según Cohen, aceptar la proposición p es adoptar una política (o estrategia) de tomar (asumir, postular) p como una premisa en algún contexto (o en todos los contextos), sobre la base de ciertas pruebas, argumentos, inferencias o deliberaciones.<sup>(7)</sup> En otras palabras, aceptar P consiste en usar P como premisa de un razonamiento. De acuerdo con la explicación de Cohen, sin embargo, pareciera que la aceptación de una proposición supone, exclusivamente, la inclusión de p en un razonamiento teórico; de ser ello así, debería modificarse ligeramente la idea, ampliándola, de manera que la aceptación de una proposición pudiera producirse en un razonamiento práctico, a los efectos de justificar una acción o una decisión.

Otro par de buenos candidatos para elucidar la idea de presunción representan los conceptos de creencia y suposición. El primero, sin embargo, resulta inadecuado por su carácter pasivo, en el sentido de que las creencias no están sujetas a adopción o eliminación voluntaria. Este rasgo se origina en una de las notas definitorias de las creencias, a saber, su pretensión de verdad: como advierte Redondo, si se puede decidir tener creencias, se puede decidir tener creencias falsas; no se puede decidir tener creencias falsas; por lo tanto, no se puede decidir tener creencias.<sup>(8)</sup> El segundo, por su lado, si bien comparte con el concepto de aceptación el rasgo de exigir la inclusión de una proposición como premisa de un razonamiento, carece del rasgo práctico que aquel exhibe, pues la suposición en nada compromete con la acción.

---

(7) COHEN, L. J., "Belief and Acceptance", *op. cit.*, p. 368.

(8) REDONDO, M. C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 184/185.

La aceptación, en cambio, está directamente vinculada con la acción, en el sentido de que genera la expectativa de que se realicen determinados actos conformes con los contenidos aceptados; aunque no garantiza la ejecución de la acción, la aceptación representa un motivo capaz de dar lugar a ella.<sup>(9)</sup>

Entre aceptación y creencia, por cierto, no existe una conexión conceptual (necesaria), puesto que aceptar una proposición es compatible con no tener creencia alguna respecto de ella e, incluso, con creer que ella es falsa. Aceptar *p* no compromete, pues, con ninguna creencia a su respecto: un sujeto puede aceptar *p*, en el sentido de usarla como premisa de un razonamiento justificatorio (o teórico), y no tener creencia respecto de la verdad o falsedad de *p*. Nada impide, desde este punto de vista, afirmar "Acepto *p*, pero no es el caso de que crea *p*". La inversa, por lo demás, también vale: un sujeto puede creer *p* y, en determinadas circunstancias, no aceptar *p*, es decir, no usarla como premisa de un razonamiento justificatorio, a pesar de su creencia en la verdad de ella. Así, cabe afirmar, desde otro punto de vista, "Creo *p*, pero no acepto *p* (en este contexto, o a los efectos de este razonamiento)". Estas observaciones muestran un par de rasgos interesantes de la noción de aceptación y permiten señalar que las razones para aceptar una proposición no necesariamente deben ser razones epistémicas, lo que es tanto como decir que no es preciso que el fundamento de la aceptación sea la creencia de la proposición en cuestión.<sup>(10)</sup>

El elemento contextual también juega, claro está, un papel de suma importancia en el análisis del concepto de aceptación. En este sentido, surge de la explicación anterior que un sujeto puede aceptar una proposición en un contexto determinado y no aceptarla en otro contexto, es decir, un sujeto puede aceptar la proposición *p* en un cierto contexto de razonamiento justificatorio y no aceptarla en otro.<sup>(11)</sup> Parece seguirse de esto, además, que la noción de aceptación es relativa no solo en cuanto al contexto, sino también en cuanto al tiempo, puesto que un sujeto puede aceptar *p* en un tiempo dado y no aceptarla en un tiempo posterior. Este rasgo de variabilidad en el

(9) REDONDO, M. C., *La noción...*, *op. cit.*, p. 189.

(10) COHEN, L. J., "Belief and Acceptance", *op. cit.*, p. 369.

(11) Este rasgo de contextualidad de la aceptación ha sido claramente destacado por BRATMAN, MICHAEL, "Practical Reasoning and Acceptance in a Context", en *Mind*, vol. 101, n° 401, 1992, pp. 10/11.

tiempo de la aceptación no requiere una acotación específica, en el sentido de que la aceptación no exige una determinada estabilidad mínima.

Por el contrario, la idea de aceptación entraña el rasgo de transitoriedad señalado, en tanto que no existe clase alguna de exigencia conceptual respecto del tiempo de aceptación de una proposición. Existe sí, en cambio, una exigencia contextual conexas, por cuanto que la aceptación de una proposición (o de un conjunto de proposiciones) compromete con la aceptación de las consecuencias lógicas de esa proposición (o de ese conjunto de proposiciones). Esta exigencia se traduce, de inicio, en el compromiso de no aceptar una proposición y su negación, al mismo tiempo, en el mismo contexto.

### 3. Enunciados de presunción

Es sabido que alguna confusión puede derivar del empleo de ciertas oraciones a partir de su formulación. Por ejemplo, las oraciones deónticas, oraciones que incluyen términos como “obligatorio”, “prohibido” o “permitido”, exhiben una ambigüedad característica, ya que pueden ser interpretadas como expresiones de normas o de proposiciones normativas. Así el enunciado “Es obligatorio presumir, a partir de P, que Q”, puede ser interpretado de dos maneras muy diferentes: prescriptivamente, como formulación de una norma, o descriptivamente, como formulación de una proposición normativa. Algo así se percibe en la propuesta de Ullmann-Margalit, puesto que sus enunciados de presunción tienen dos lecturas distintas, una descriptiva y otra prescriptiva.

En efecto, en ciertas ocasiones esos enunciados se presentan con forma descriptiva (“Existe (hay) la presunción, a partir de P, que Q”), mientras que en otras se presentan con forma prescriptiva (“Dado que es el caso de que P, se procederá como si Q”). Es obvio que la lectura e interpretación de ambos enunciados difiere sustancialmente: en el primer caso se afirma que existe una presunción determinada en ciertas circunstancias, mientras que en el segundo caso se ordena (o dispone) presumir algo en ciertas circunstancias.

Conviene tener presente que las proposiciones normativas son siempre relativas a una norma o un sistema normativo. De este modo, los enunciados interpretados descriptivamente indican qué estatus normativo tienen determinados estados de cosas o acciones. Y como este estatus normativo lo confieren las normas, cuando una norma  $n$  prescribe que  $p$  debe ser (o se debe hacer) decimos que  $p$  es obligatorio en relación a la norma  $n$ ;

de igual modo, cuando una norma  $n$  prescribe que  $p$  no debe ser (o no se debe hacer), decimos que  $p$  está prohibido en relación a la norma  $n$ . Se acepta, en general, además, que las proposiciones normativas son relativas a un sistema, por lo que tales proposiciones exigen una especificación adicional acerca del sistema en cuestión (está claro que la misma acción puede ser obligatoria —prohibida o permitida— en un sistema normativo y no ser obligatoria —prohibida o permitida— en otro sistema normativo).

Por tal razón, la formulación “ $p$  es obligatoria” no puede considerarse una formulación completa: mientras no se indique de qué sistema normativo se trata, la formulación no expresará una proposición con valor de verdad (o, si se prefiere, dejará su valor de verdad indeterminado). Esto sucede con la lectura descriptiva de los enunciados de presunción de Ullmann-Margalit, pues en ellos no se especifica en qué sistema existe la presunción en cuestión: decir “Existe (hay) la presunción, a partir de  $P$ , que  $Q$ ”, carece de valor de verdad (o, si se prefiere, posee un valor de verdad indeterminado), pues no contiene indicación respecto del corpus en el cual la presunción se halla prevista. La relativización del enunciado a este respecto se impone, pues, a los efectos de una descripción adecuada.

La lectura prescriptiva, por su lado, suscita dudas peculiares. Si bien parece claro que la regla de presunción tiene carácter prescriptivo, Ullmann-Margalit formula una acotación desafortunada al advertir que “la fórmula de presunción es de naturaleza proposicional”.<sup>(12)</sup> Si esto es así, la fórmula solo debe ser considerada una representación de la proposición y no de la norma, pero, en ese caso, Ullmann-Margalit necesitaría introducir un formalismo adicional para representar la norma, pues es sabido que las proposiciones normativas y las normas tienen propiedades semánticas diversas y responden a reglas lógicas también diversas.<sup>(13)</sup> Recuérdese, a este respecto, que un autor como von Wright, que trabajó en algún momento con un único simbolismo con doble interpretación (para normas y para proposiciones normativas), terminó admitiendo la necesidad de contar con lógicas separadas para los dos tipos de entidades tras advertir que aquella visión inicial resultaba confusa e insatisfactoria.<sup>(14)</sup>

(12) ULLMANN-MARGALIT, E., “On Presumption”, *op. cit.*, p. 147.

(13) Ver al respecto, entre otros, ALCHOURRÓN, C., “Logic of norms and logic of normative propositions”, en *Logique et Analyse*, 1969, n° 12; BULYGIN, E., “Lógica deóntica”, en Alchourrón, C. et. al., *Lógica*, Trotta, Madrid, 1995, con extensa bibliografía sobre el tema.

(14) VON WRIGHT, G. H., “Prólogo” a Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. XII.



Es posible que, desde otro punto de vista, la cuestión tenga, incluso, mayor importancia. Me refiero a un punto de vista instrumental, y más concretamente a lo siguiente: para justificar una decisión en base a una presunción, no basta con que el juzgador afirme que existe la presunción en cuestión; tampoco basta que el juzgador afirme que presume en tal o cual sentido; para justificar una decisión el juzgador debe usar la presunción de que se trate, incluyendo la proposición presumida en su razonamiento justificatorio.

Esto no excluye, desde luego, la posibilidad de que el juzgador tenga, además del deber de usar la proposición presumida, el deber de individualizar expresamente la norma presuntiva en la cual basa su decisión. Lo que debe quedar claro, en suma, es que la afirmación de que existe una presunción determinada carece por completo de poder justificatorio, por la sencilla razón de que las proposiciones no tienen tal poder; sólo las normas poseen poder justificatorio. En otras palabras, justificar una decisión en base a una presunción exige el uso de normas presuntivas y no de proposiciones normativas acerca de ellas. Es por ello que el razonamiento ejemplificador de Ullmann-Margalit no puede ser considerado un razonamiento justificatorio. De acuerdo con él, las premisas son las siguientes: (1) existe la presunción de que el niño nacido durante el matrimonio es hijo legítimo; (2) Adam (un niño concreto) nació durante el matrimonio; la conclusión es, por tanto, (3) existe la presunción de que Adam es hijo legítimo.<sup>(15)</sup> Este razonamiento no contiene, está claro, una norma de presunción y, por consiguiente, no constituye un caso de razonamiento justificatorio en base a una presunción. La cuestión se toma desconcertante si se considera la observación de Ullmann-Margalit, en el sentido de que la conclusión “no afirma nada, o no al menos primariamente”.<sup>(16)</sup> Esta tesis suena nuevamente a confusión, si no a error, pues es obvio que (3) afirma categóricamente algo. Esto no sería así, sin embargo, si en lugar de (1) estuviera la premisa normativa (1') es obligatorio presumir que el niño nacido durante el matrimonio es legítimo, pues ella, en conjunción con (2), permitiría inferir la conclusión normativa (3'): es obligatorio presumir que Adam es hijo legítimo. A partir de allí, la proposición “Adam es hijo legítimo” podría entrar a operar, por ejemplo, en procesos sucesorios en los que no existieran elementos de prueba suficientes respecto de la legitimidad del sujeto como heredero.

---

(15) ULLMANN-MARGALIT, E., “On Presumption”, *op. cit.*, p. 145.

(16) *Ibid.*

#### 4. Las normas de presunción

Se afirma adecuadamente, en términos generales, que las presunciones legales constituyen mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficientemente. Sostendré, sobre la base anterior, que las presunciones legales son, con mayor rigor, normas que imponen el deber de aceptar una proposición, siempre que otra proposición se encuentre debidamente probada. Siendo así, las presunciones legales imponen un deber muy particular, a saber, el deber de aceptar ciertas proposiciones en determinadas circunstancias, especificadas por el sistema. De acuerdo con mi punto de vista, pues, las presunciones legales tienen carácter prescriptivo y, más precisamente, obligatorio, puesto que ellas son dictadas para que algo deba hacerse.

Insisto en que me parece inquietante —para decir lo menos— la versión vacilante de Ullmann-Margalit a este respecto, vacilación que, según creo, se origina en una cuestión conexas relativa al contenido de la norma presuntiva. Recuérdesse que Ullmann-Margalit afirma que la fórmula representativa de una presunción “es de naturaleza proposicional”, así como que “ella es ostensiblemente acerca de hechos”.<sup>(17)</sup> Esto requiere alguna atención adicional.

Un punto controvertido en la formalización de las normas (por ejemplo, de “Obligatorio p” mediante “Op”) ha sido, justamente, el relativo al estatus lógico-lingüístico de la variable afectada por el operador deóntico de que se trate. Algunos autores la consideran un enunciado descriptivo (proposicional) de acción, mientras que otros la tratan como un nombre de acción (no proposicional). La gran mayoría, siguiendo la tradición iniciada por Prior y Anderson, sin embargo, se ha inclinado por la primera alternativa y consideran a p como simbolización de un enunciado indicativo, de una oración descriptiva de una acción determinada. Por otro lado, no pocos lógicos leen p como si representara una oración subjuntiva; así, por ejemplo, p es representación de “que ocurra...” o, en términos de von Wright, de una *que-cláusula*.<sup>(18)</sup> Sobre esta base, si lo que Ullmann-Margalit pretende señalar es que la norma (y su representación simbólica)

(17) *Ibid.*, p. 147.

(18) MENDONCA, D., *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 77.

aluden a la descripción de una acción (presumir), no tengo inconveniente alguno en aceptarlo. Si lo que Ullmann-Margalit pretende, en cambio, es advertir que la norma (y su representación simbólica) tienen carácter proposicional y no prescriptivo, reitero mis objeciones del apartado anterior. Si lo que Ullmann-Margalit pretende es, por último, hacer notar que, en algún sentido, las normas de presunción versan acerca de proposiciones, tampoco tengo reparos, a condición de no confundir por ello el carácter prescriptivo de esas normas con el contenido proposicional que imponen.

En el caso de las presunciones legales, como en todos los demás casos de prescripciones, el contenido es una acción. La acción prescrita en este caso sería, sin embargo, una acción peculiar, pues consiste, según se afirma recurrentemente, en un estado mental. Lehrer, por ejemplo, sostiene que "La aceptación es la clase de estado mental que tiene un tipo de papel específico, un papel funcional, en el pensamiento, la inferencia y la acción. Cuando una persona acepta  $p$ , ella extraerá ciertas inferencias y realizará ciertas acciones asumiendo la verdad de  $p$ "<sup>(19)</sup> de actividad mental antes que de actividad lingüística".<sup>(20)</sup> Vista de este modo, la noción de aceptación estaría vinculada a las llamadas "actitudes proposicionales". Calificar a las actitudes de proposicionales se debe a que los filósofos y lógicos que se han ocupado de su análisis han considerado, en general, que la oración subordinada ("X [verbo actitudinal] que  $P$ ") expresa una proposición relativa a un estado psicológico o mental de uno o varios sujetos hacia una proposición. En este estudio, sin embargo, me interesará la aceptación como actitud proposicional desde un punto de vista estrictamente lógico, lo cual quiere decir que me interesará la aceptación como operación de incorporación de proposiciones a razonamientos, es decir, por las relaciones de inferencia que supone. Me interesa deslindar claramente el plano lógico del plano psicológico en el cual se mueven las presunciones, sobre todo en el contexto de su empleo con fines justificatorios. Confundir ambos planos representaría, en mi opinión, un error de peso.

Conviene tener presente, por otro lado, la advertencia de Ullmann-Margalit en el sentido de que las presunciones están asociadas a inferencias, aunque ellas no versan acerca de inferencias. Esto cobra especial

---

(19) Ver al respecto el análisis de STEUP, M., *An Introduction to Contemporary Epistemology*, Prentice Hall, New Jersey, 1995, p. 120.

(20) COHEN, L. J., "Belief and Acceptance", *op. cit.*, p. 368.

relevancia en función de cierta tendencia, bastante extendida, a tergiversar esa relación entre presunciones e inferencias. Así, por ejemplo, Wróblewski sostiene que “la presunción es una regla que obliga a reconocer cierta conclusión en determinadas condiciones” y que “las normas de presunción, como todas las normas, regulan el comportamiento de los destinatarios: las presunciones fuerzan a reconocer la conclusión de la presunción cuando las premisas se encuentran verificadas”.<sup>(21)</sup> La explicación de Wróblewski es, al menos terminológicamente, bastante confusa, puesto que las presunciones no imponen conclusiones, como él parece pretender, sino premisas. De este modo, las presunciones pueden ser vinculadas a razonamientos, sin contener reglas de inferencias ni establecer conclusiones.

Ahora bien, tales premisas son impuestas bajo el supuesto de la satisfacción de ciertas condiciones fijadas por las mismas normas que establecen presunciones. Conviene tener presente que ciertas circunstancias deben darse para que entre a operar la obligación de presumir la proposición que la norma determina. Tales circunstancias se remiten, básicamente, a la prueba de una proposición acerca de un estado de cosas determinado y a la ausencia de prueba respecto de la negación de la proposición presumida. Puede verse en esto, pues, dos condiciones determinantes, una positiva y otra negativa: la positiva sería la existencia de elementos de juicio a favor de una proposición determinada (P, en el esquema de Ullman-Margalit) y la negativa sería la ausencia de elementos de juicio a favor de la negación de la proposición presumida (Q, en el esquema indicado). Volveré en breve sobre este punto.

## 5. La fórmula de presunción

Es común encontrarse en la teoría jurídica con la idea de que las presunciones, en general, contienen tres elementos: una afirmación base, una afirmación presumida y un enlace que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida. En el caso de las presunciones legales, el enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida está predeterminado o fijado por el legislador, en función de determinados elementos de juicio, a diferencia de lo que sucede con las presunciones judiciales, en las que el enlace lo efectúa el juzgador en atención a las llamadas

(21) WRÓBLEWSKI, J., “Structure et fonctions des présomptions juridiques”, en C. Perelman y P. Fories, *Les présomptions et les fictions en Droit*, Bruylant. Bruxelles, 1974, p. 48.

“máximas de experiencia”. Este difundido esquema me parece básicamente correcto, por lo que les prestaré mayor atención. Me limitaré, sin embargo, a las presunciones legales.

Presunciones con la estructura indicada pueden encontrarse fácilmente en diferentes sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, la presunción de naufragio establecida en el art. 194.2 del Código Civil español, en virtud de la cual, “Se presume el naufragio si el buque no llega su destino, o, si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido tres años contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje”. Estructura idéntica presentaba la presunción de conmorencia establecida en el art. 109 CC argentino, según la cual, “Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquiera otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas”.

Tomemos como forma básica de cualquier presunción la siguiente: “Dado P, se presumirá que W” o “Probado P, es obligatorio presumir Q”. Formalmente esto sería como se propone a continuación: (2) Si está probado (P), entonces es obligatorio presumir (Q) o, si se prefiere,

$$(2) \text{ Pro}(P) \rightarrow \text{O Pre}(Q)$$

La fórmula en cuestión refleja claramente la forma condicional de la presunción ejemplificada. En el antecedente del condicional se establece, como condición necesaria de aplicación, la prueba de la proposición que sirve de base, es decir, de P; en el consecuente se establece el carácter normativo de la presunción (obligación). De acuerdo con la norma (2), es obligatorio que la presunción de Q entre a operar, en el supuesto de que P se halle debidamente acreditada.

Convirtamos el ejemplo propuesto en (2) en otro ejemplo con sustento legal. Tomemos la norma en virtud de la cual el hijo nacido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio se presume concebido durante él y que, por consiguiente, el hijo nacido en tales circunstancias se presume legítimo. Para simplificar, reconstruiré el ejemplo del siguiente modo: “el hijo nacido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de los padres, se presume hijo legítimo” o, en otros términos “si el hijo nace después de los ciento ochenta días de celebrado el

matrimonio de los padres, se presumirá (es obligatorio presumir) que el hijo es legítimo". Así, el legislador impone la presunción de legitimidad a condición de que se prueben las proposiciones en que ella se funda: la presunción de legitimidad del hijo funciona siempre que se acredite el matrimonio de los padres y el nacimiento dentro del plazo legal.

Creo que la fórmula contenida en (2) lleva cierta ventaja respecto de la contenida en (1), por las siguientes razones: en (1) no queda expresado el carácter normativo de la presunción, rasgo destacado por Ullmann-Margalit mediante la lectura propuesta para esa fórmula (conviene recordar que, según Ullmann-Margalit, (1) debe leerse como sigue: "dado que es el caso de que  $p$ , se procederá como si  $q$  fuese verdadero..." (destaco la expresión "procederá" con el propósito de señalar el carácter normativo sugerido); en (1) tampoco queda claro el carácter condicional de la presunción, más allá de los inconvenientes que plantea la representación de las normas condicionales, pues la expresión " $(P, Q)$ " no puede indicar (no al menos en la lógica estándar) una relación condicional de la forma "si... entonces...", forma que, por otro lado, surge de la lectura propuesta por Ullmann-Margalit para (1); en (1) no es posible aplicar la regla del modus ponens, por lo que inferencias como la propuesta por Ullmann-Margalit no pueden ser válidamente efectuadas. Por estas razones, creo que la modificación de (1) se impone. En este sentido, (2) supone un avance en la clarificación de la estructura de una norma presuntiva, aunque requiere aún ajustes adicionales.

Por cierto, la formalización propuesta por Ullmann-Margalit se asemeja en mucho al formalismo de Hansson<sup>(22)</sup> para la representación de normas, y creo que de él puede sacarse algún provecho adicional. De acuerdo con la reconstrucción de Hansson, las normas condicionales son representadas por el esquema " $O(p/q)$ ", que se lee "q es obligatorio en la condición p", a diferencia de las normas incondicionales o categóricas, que son representadas mediante un operador monádico " $Oq$ ", introducido como abreviatura del esquema " $O(t/q)$ ", donde t representa una tautología cualquiera, por lo que el esquema se lee en el caso "q es obligatorio en condiciones tautológicas". Esta reconstrucción permitiría a Ullmann-Margalit dar cuenta de las presunciones legales que no se hallan sujetas a condiciones específicas, como la presunción de inocencia, presunción que no exige la prueba de ningún hecho base como condición para que la presunción

(22) HANSSON, B., "An Analysis of Some Deontics Logics", *Noûs* 3, recogido en R. Hilpinen, *Deontic Logic: Introductory and Systematics Readings*, Reidel, Dordrecht, 1971.

entre a operar, pues basta que no exista prueba del hecho imputado. Sobre esta base, la formalización de Ullmann-Margalit podría recoger este tipo de presunciones bajo la forma "Pres(t, Q)", y en virtud de la cual se presumirá Q en condiciones tautológicas. A partir de allí, mi propio esquema podría modificarse hasta dar cuenta de estas presunciones categóricas.<sup>(23)</sup> Dejaré, sin embargo, pendiente la cuestión.

Lo que no quisiera dejar pasar es una modificación que me parece importante respecto de la representación de las presunciones condicionales. Sucede que, como admite la propia Ullmann-Margalit, las normas presuntivas contienen una cláusula de prueba en contrario con las formas "a no ser que" o "hasta que", de modo que la presunción resulta inaplicable cuando el sujeto tiene razones suficientes para creer que no es el caso que q, momento en que la presunción deja de operar.<sup>(24)</sup> Esto supone, según lo anticipara, que las presunciones (me limito a las presunciones *iuris tantum*) exigen la prueba de la proposición base y la ausencia de prueba respecto de la negación de la proposición presumida. Por ello, seguro es que la fórmula debería recoger esta variable en su antecedente, con lo cual ella debería asumir una forma como la siguiente: (3) Si está probado (P) y no está probado (No-Q), entonces es obligatorio presumir (Q) lo que en términos formales sería como sigue:

$$(3) [\text{Pro}(P) \ \& \ \neg\text{Pro}(\neg Q)] \rightarrow O \text{ Pre}(Q)$$

La condición de ausencia de prueba en contrario —la condición negativa de la que antes hablaba— queda ahora reflejada en (3). Diré de paso que, en caso de existir prueba respecto de la proposición presumida, en uno u otro sentido (a favor de P o de No-P), no cabría presumir, propiamente, sino tener por probado. Muchas veces, sin embargo, una proposición queda probada en un proceso, al tiempo en que ella es presumida por imperio de la ley.

## 6. Funciones de las presunciones

De acuerdo con lo expuesto, es fácil ver que las presunciones cumplen un papel instrumental en el derecho. Su función básica es posibilitar la superación de situaciones de impasse del proceso decisorio, en razón

(23) Wróblewski distingue entre presunciones formales y materiales. Las primeras son las que no exigen la prueba de un hecho base; las segundas las que sí. Ver WRÓBLEWSKI, J., "Structure et fonctions...", *op. cit.*, p. 55.

(24) ULLMANN-MARGALIT, E., "On Presumption", *op. cit.*, p. 149/150.

de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición (proposición que resulta relevante para resolver el caso sometido).

De este modo, la incorporación de presunciones por vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el derecho, en general, para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias, correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión. Ullmann-Margalit hace referencia a este dato señalando un rasgo de parcialidad en las presunciones, en el sentido de que dan preferencia anticipada a cierta solución, favoreciéndola frente a otras soluciones opuestas.<sup>(25)</sup> Esta parcialidad, por cierto, se justifica de maneras diversas. Ullmann-Margalit ha distinguido tres tipos de consideraciones que pueden servir para justificar la inclusión de una presunción determinada: consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que No-Q, en caso de P), evaluativas (las consecuencias de presumir Q, en caso de P, serían más/menos graves que las consecuencias de presumir No-Q, en caso de P) y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de No-Q, en caso de P).<sup>(26)</sup>

Esa función instrumental asignada, sin embargo, no siempre es cumplida por las presunciones. En determinadas circunstancias, incluso, las presunciones generan inconvenientes mayores que los que pretenden resolver. Mostraré a continuación algunos ejemplos de cómo las presunciones pueden producir un efecto extraño e inesperado cuando son incluidas en los sistemas jurídicos sobre consideraciones deficientes.

Tomaré el caso de la presunción de legitimidad de la filiación, tal como ella se hallaba regulada en el *Code Civil* de Napoleón. De acuerdo con la disposición pertinente, se presumían concebidos durante el matrimonio, los hijos nacidos después de ciento ochenta días del casamiento válido de la madre, y los póstumos nacidos dentro de trescientos días contados desde el día en que el matrimonio fue disuelto por muerte del marido. Dada la norma anterior, se plantearon casos en los cuales la presunción entraba a operar imputando soluciones inadmisibles. Esos casos son los que se explican a continuación.

**Caso 1.** El caso de la mujer que, muerto el marido, tuviese un hijo, y posteriormente un segundo, antes de transcurrir los 300 días desde la disolución

(25) *Ibid.*, p. 146.

(26) *Ibid.*, pp. 154/162.



del matrimonio. En tal supuesto, es obvio que el segundo hijo, no obstante haber nacido durante el término máximo de duración del embarazo, en relación al día de la disolución del matrimonio por muerte del marido, no pudo ser naturalmente concebido durante él. Este caso puso en crisis, por cierto, el carácter *iuris et de iure* de la presunción sobre la época legal de la concepción y determinó que la doctrina propugnara la tesis según la cual la presunción debía reputarse *iuris tantum*. La dogmática sostuvo entretanto, llamativamente, que la presunción debía reputarse inaplicable cuando la certeza de los hechos se imponía a cualquier suposición de la ley.<sup>(27)</sup>

**Caso 2.** El caso de la mujer viuda que contrae segundo matrimonio y da a luz un hijo después de los 180 días de contraído este, pero dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primero por muerte del marido. En tal supuesto, operan con simultaneidad dos presunciones de igual fuerza, por lo que existe atribución de paternidad simultánea a hombres diferentes para un mismo sujeto. La doctrina francesa enfrentó el problema y lo resolvió de manera no uniforme con soluciones muy diversas. Algunos autores consideraron que el hijo debía reputarse concebido en el segundo matrimonio como sanción al marido que, sabiendo que su esposa se hallaba impedida de contraer matrimonio durante el plazo de viudez, de acuerdo con una disposición adicional, no respetó la prohibición (Demolombe).

Otros consideraron que ambas presunciones se eliminaban recíprocamente al operar con simultaneidad, y que la solución exigía decisión judicial en base a pruebas e indicios de una u otra paternidad (Planiol, Ripert, Capitant). Hubo, finalmente, quienes entendieron que, ante el conflicto, el hijo tenía derecho a escoger el padre (Laurent), criterio este acogido mayoritariamente por la jurisprudencia francesa. La disputa respecto de esta cuestión no quedó resuelta sino en 1972 mediante la sanción de una ley modificatoria del *Code* en materia de filiación, reformando el texto original del artículo correspondiente.<sup>(28)</sup>

La moraleja de estos casos parece ser la siguiente: el papel de las presunciones no es representar un detalle de información que sea parte de nuestro conocimiento respecto de cómo son las cosas en el mundo, sino que es parte de una maquinaria instrumental en uso mediante cuyas operaciones se adoptan decisiones. De este modo, como las presunciones tienen un carácter instrumental, ellas pueden conducir o no a los

---

(27) BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E., *Código Civil y leyes complementarias comentado*, anotado y concordado, Bs. As., Astrea, 1979, t. 2, p. 4.

(28) BELLUSCIO, A. y ZANNONI, E., *Código...*, pp. 7/8.

propósitos perseguidos. La evaluación de una presunción debe efectuarse, entonces, en base a su papel funcional. Consiguientemente, el valor de una presunción reside en consideraciones sistemáticas respecto del contexto decisorio dentro del cual ella figura.

## 7. Bloqueo y destrucción de presunciones

Ullmann-Margalit se refiere a un rasgo particular de las presunciones señalando que decimos de ellas, entre otras cosas, que son "vencibles", "superables", "revisables", "derrotables o "desplazables".<sup>(29)</sup> Este rasgo está asociado, en mi opinión, a una larga y extendida tradición de acuerdo con la cual las presunciones legales pueden ser *iuris et de iure* e *iuris tantum*. Mientras las presunciones *iuris et de iure* no admiten prueba alguna en contrario, las presunciones *iuris tantum* pueden ser atacadas por tales pruebas. Comúnmente, el legislador no establece una regla general que determine qué presunciones son de un tipo u otro, sino que en algunos casos específicos prohíbe la prueba en contrario y en otros guarda silencio, por lo que, en tal supuesto, las presunciones son reputadas generalmente *iuris et de iure*. Y cuando la ley admite prueba solo en determinadas condiciones o determinado tipo específico de prueba, las presunciones son reputadas *iuris tantum* y no *iuris et de iure*.

La idea de prueba contraria para atacar una presunción debe ubicarse en un continuum entre dos extremos: las pruebas contrarias que no se encuentran limitadas normativamente de modo alguno, por un lado, y las pruebas contrarias que resultan inadmisibles, por el otro: entre unas y otras se encuentran las pruebas contrarias sobre las que pesan determinadas restricciones procesales. Esta es la manera habitual de trazar la distinción mencionada entre presunciones *iuris et de iure* e *iuris tantum*, es decir, entre las que no admiten prueba en contrario y las que sí admiten tales pruebas, con o sin limitaciones.

Conviene advertir que, al afirmar que se prohíbe la prueba en contrario, no quiere decirse que no se pueda aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción, es decir, la proposición base. Lo que la ley no permite es atacar el enlace de la presunción o probar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe (o no ha existido) o que no es el que específicamente requiere la ley. En otras palabras, el efecto directo de la presunción legal es

(29) ULLMANN-MARGALIT, E., "On Presumption", *op. cit.*, p. 149.

liberar a la parte a la que beneficia de la carga que entraña la prueba de la proposición presumida, pero no de la proposición base. Y en cuanto la ley admita tal prueba y ella destruya el supuesto de base, la presunción debe dejar de surtir efecto. Me interesa distinguir entonces, en este sentido, dos estrategias diferentes destinadas a "atacar" una presunción, estrategias que funcionan bajo supuestos distintos, aunque producen el mismo efecto. Las denominaré "estrategia de bloqueo" y "estrategia de destrucción".

1. **Estrategia de bloqueo.** La presunción "Dado P, se presumirá que Q" queda bloqueada en el caso c si, y solo si, se justifica que no está probado p en c, o se prueba la negación de p en c.
2. **Estrategia de destrucción.** La presunción "Dado P, se presumirá que Q" queda destruida en el caso c si, y solo si, se prueba la negación de q en c.

Como puede notarse, la estrategia de bloqueo se dirige a la proposición base de la norma presuntiva (P) y se basa en la discusión del valor probatorio de las evidencias aportadas a su favor o en la producción de pruebas a favor de su negación, a diferencia de lo que sucede con la estrategia de destrucción, la que se dirige directamente a la proposición presumida (Q) y se basa en la producción de pruebas a favor de su negación. En ambos casos el efecto es el mismo: la presunción no entra a operar en el caso individual. La diferencia principal radica en la carga y dirección de la prueba: quien se beneficia de una presunción solo debe probar la proposición base, mientras que quien pretende evitar ese beneficio debe producir prueba en sentido contrario, en alguna de dos direcciones: respecto de la proposición base o respecto de la proposición presumida. La estrategia de destrucción, obviamente, sólo puede ser empleada cuando la presunción atacada es una presunción *iuris tantum*.



# Princípios do Direito e o Paradoxo da Decisão

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES<sup>(1)</sup>



**Palavras-chaves:** princípios - esser/kelsen - paradoxos - positivismo construtivista - teoria dos sistemas.

## 1.

Na literatura jurídica, nos últimos anos, muito se tem falado sobre os chamados “princípios gerais do direito”. Esse era um tema de difícil tratamento pelo positivismo jurídico, mas que veio sendo colocado em relevo pela literatura do pós-guerra, pelo menos desde Joseph Esser e sua importante *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrecht* (Princípio e Norma na elaboração jurisprudencial do Direito Privado), de 1956. A obra de Esser provocou alguma polêmica com os positivistas (como Kelsen) e, sobretudo, pela descoberta da importância dos princípios do direito na prática decisória, foi precursora do chamado “giro hermenêutico” na Teoria Jurídica contemporânea, no qual os princípios adquiriram um papel (literalmente) fundamental.

No contexto de uma guinada hermenêutica e na busca de uma teoria do direito “pós-positivista”, autores como Ronald Dworkin<sup>(2)</sup> assumem o caráter normativo dos princípios, como fundamentos a um só tempo jurídicos, políticos e morais do Direito, enquanto que, na Alemanha, Robert Alexy

(1) Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPQ).

(2) DWORKIN, RONALD, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

a eles se referiu como “obrigações de otimização”, no quadro de uma teoria da argumentação jurídica.<sup>(3)</sup>

Assim que, no Brasil já em meados dos anos 90, falar em princípios do direito era a última moda na Teoria Jurídica. Embalada por ela, fui até a Itália pesquisar a aplicação dos princípios gerais do direito pelo Tribunal de Justiça Europeu (TJE). Qual não foi minha surpresa ao perceber, na análise da jurisprudência do TJE e examinando os casos em que este lançara mão de princípios como fundamentos de suas decisões,<sup>(4)</sup> que aqueles princípios que o tribunal dizia aplicar, na verdade, eram criados no momento de sua aplicação. Desiludida com a literatura principiológica que sustentava um caráter ontológico dos princípios e que, até então, havia orientado minha pesquisa, estive a ponto de abandonar aquele projeto.

Ocorreu de, naquele tempo, eu conhecer Raffaele De Giorgi, a quem apresentei meu estupor diante daquilo que empiricamente observara nas decisões do TJE. Minha dificuldade era a de continuar afirmando que decisões jurídicas eram fundadas em princípios quando, de fato, os princípios que supostamente seriam fundamentos dessas eram, na verdade, por elas criados. Aquilo me parecia paradoxal e, conforme explicou-me Raffaele De Giorgi, era, de fato, paradoxal. Para usar uma formulação de Niklas Luhmann, no belo texto *“Tautology and Paradox in the Self-descriptions of modern society”*,<sup>(5)</sup> onde nós procuramos por princípios últimos, encontramos sempre paradoxos.

Com base nessas indicações, minha pesquisa buscou observar e descrever os princípios do direito sem evitar o encontro com paradoxos deste tipo e, portanto, sem buscar substituir uma descrição última por uma outra descrição última. Percebi que os princípios que fundamentam as decisões dos juízes fundam a si mesmos. Passei a perceber, então, que figuras como “princípios gerais do Direito”, “soberania”, “norma fundamental” ou “regra de reconhecimento” são construções teóricas que tentam oferecer um fundamento para algo que não tem fundamento, ou melhor, que não encontra nenhum outro fundamento que não seja a si mesmo.

---

(3) ALEXY, ROBERT, *Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des rationales Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.

(4) Verificar, por exemplo, a sentença Ruckdeschel & Co c. Hauptzollamt Itezoë - causas reunidas 117/76 e 16/77, datada de 19 de outubro de 1977 in *Raccolta*, pp. 1753/1791 ou, ainda, a sentença *Dafrenne c. Sabena*, de 15 de julho de 1978, in *Raccolta*, pp. 1365/1389.

(5) LUHMANN, NIKLAS, *“Tautology and Paradox in Self Descriptions of Modern Society”*, en *Essays on self reference*. New York: Columbia University Press, 1990. pp. 123/143.

O direito, ensinavam Luhmann e De Giorgi, é um sistema que não apenas a cada operação se reproduz mas que também é capaz de produzir a si mesmo na rede recursiva de suas operações. A fundação dos sistemas auto-poieticos do tipo do direito é, pois, paradoxal: foi utilizando-se da diferença autoproduzida entre o direito e o não-direito que o direito diferenciou-se como um sistema social hábil a dizer o que é direito e o que é não-direito.

Nisso consiste a fundação paradoxal do direito, com a qual nos deparamos, apenas, quando nos colocamos perguntas últimas do tipo “qual o direito que tem o direito de dizer aquilo que é direito e não direito?” ou, ainda, “é lícito ou ilícito estabelecer que algo é lícito ou ilícito”? Para a lógica clássica, perguntas desse tipo exigem uma assimetria do tipo: é lícito porque é racional, justo, bom, constitucional... Mas para a teoria dos sistemas isso não é um problema, como pode ser para uma teoria do direito, comprometida não apenas com a lógica clássica, mas também com a decisão entre os dois lados da forma direito/não-direito: um lado não pode continuamente reenviar ao outro, é preciso interromper, assimetrizar o paradoxo e, então, decidir. A teoria dos sistemas, como observador de segunda ordem, observa as operações do direito, mas não está *comprometida* com elas: portanto, pode ver aquilo que o direito não pode ver (sob pena de paralisar-se diante do paradoxo de sua auto-fundação). Uma teoria sociológica do direito, construída sobre a base da teoria dos sistemas, é capaz de observar como, mediante a operacionalização da diferença entre o direito e o não direito (*Recht/Unrecht*) se diferencia o direito como sistema social.

Dez anos depois, deparei-me com um texto bastante interessante que também falava em paradoxos. Ao realizar uma pesquisa sobre as origens do constitucionalismo inglês, li um texto do século XV, de autoria de John Fortescue, intitulado *In Praise of the Laws of England*.<sup>(6)</sup> O texto abordava o diálogo entre um jovem futuro rei da Inglaterra e seu preceptor. O futuro rei pergunta a seu mestre se ele deveria dedicar seus anos de estudo ao direito inglês ou ao altos princípios do Direito Civil, “conhecido por todo o mundo”. O *chancellor* explica-lhe que aquilo que os matemáticos chamam de máximas, os retóricos de paradoxos e os civilistas de princípios do direito não podem ser conhecidos por uma argumentação lógica, pois *a eles se chega pelos sentidos e pela memória*. Os princípios tornam pos-

(6) FORTESCUE, JOHN, *On the laws and governance of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

sível o conhecimento, diz o filósofo a seu jovem aluno, *mas eles mesmos não podem ser conhecidos*.

O mestre cita Aristóteles, quando este afirma que "*Principles do not proceed out of other things nor out of one another, but other things proceed out of them*".<sup>(7)</sup> Isto porque "*Any principle is its own ground for holding it*".<sup>(8)</sup> Com base nestes ensinamentos, recomenda o Chancellor, é que alguém declara conhecer a lei divina por ter fé, amor, esperança, deixando os outros mistérios da teologia para os prelados da Igreja. Citando as Cartas dos Apóstolos aos Romanos, o mestre recomenda ao jovem "*Know not more than you ought to know*"; "*Knowing not high things*".<sup>(9)</sup> Desta forma, conclui o preceptor, o jovem príncipe não deveria se preocupar com os altos princípios do direito, tratando de conhecer as leis do reino inglês, como se fosse uma gramática.<sup>(10)</sup>

A recomendação de Aristóteles, de Fortescue e, mais tarde, também de Kant, era clara: evitem os paradoxos! Já Luhmann dizia: "*there are paradoxes everywhere, wherever we look for foundations*".<sup>(11)</sup> O paradoxo pode ser um problema para o observador, mas não para o sistema, que opera com base nele. Ou seja, o sistema opera sem que, a cada instante, se pergunte porque ele opera como opera. Quando ele pergunta, na forma de teorias sobre si mesmo (as teorias da auto-reflexão), o sistema se vê bloqueado pelo paradoxo. Somente num meta-nível, ou seja, desde um outro patamar que não o próprio sistema observado é possível observar e descrever o paradoxo.

Na pesquisa sobre a aplicação dos princípios pelo TJE, meu interesse passou a ser o de observar e descrever, precisamente, os paradoxos que eu havia encontrado. Isso implicava em observar, também, como teorias do direito, em suas diferentes versões, constroem teorias e conceitos para esconder de si mesma o paradoxo. Esses conceitos, que ocultam a característica paradoxal do direito, por sua vez terminam por se revelar também

---

(7) Auctoritates, 321, de Aristóteles, *Physics* I.V 188a28-29.

(8) Auctoritates, 321, de Aristóteles, *Physics* I.ii185a 1-2.

(9) Fortescue, 1997:15.

(10) "*Thus you, Prince, do not need to explore the mysteries of the law of England by long study; it is sufficient for you to progress in the law as you have in grammar*" (Fortescue, 1997:16).

(11) LUHMANN, NIKLAS, "*The third question: the creative use of paradoxes in Law and legal history*", em *Journal of Law and Society*, vol. 15, n° 2, 1988, p. 154.

paradoxais e, então, geram novos paradoxos: “*paradoxes have a fatal inclination to reappear*”, disse Luhmann no famoso texto “*The third question: the creative use of paradoxes in Law and legal history*” (1988).

Para a Teoria da Sociedade de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, portanto, o paradoxo não é uma contradição, mas é a própria condição de possibilidade das operações de um sistema social. O que seria do direito se ele não se fundasse na paradoxal diferença entre direito e não-direito (*Recht/Unrecht*)? E o que seria das teorias do direito se elas não fossem capazes de tornar operativo o paradoxo da diferença entre direito e não direito, construindo conceitos como Razão, soberania, norma fundamental, regra de reconhecimento e princípios gerais do direito?

No presente texto, irei mais uma vez abordar os princípios gerais do direito, descrevendo-os como paradoxos do direito. Mas buscarei, desta feita, descrever esse paradoxo desde a perspectiva de um outro paradoxo, aquele da decisão judicial. A hipótese que pretendo levantar é que, para além da função de oferecer um fundamento para o Direito, ocultando o paradoxo da auto-fundação do sistema jurídico, os princípios cumprem o papel de ocultar, também, o paradoxo da decisão judicial.

Nesta trilha, irei aqui tratar dos princípios gerais do direito como uma paradoxal construção da teoria do direito que serviu para ocultar tanto indecidibilidade da forma direito/não-direito (já que os dois lados da forma surgem concomitantemente e, por isso, sempre reenviam um ao outro), quanto também o paradoxo da decisão judicial (que, na verdade, não decide entre alternativas existentes, mas constrói as alternativas entre as quais depois vai decidir). Para tanto, irei recorrer, ao tratar na primeira parte desse artigo do tema dos princípios, a dois autores clássicos do pensamento jurídico do século XX, Kelsen e Bobbio, aprofundando-me sobretudo na interessante crítica que Kelsen faz a Josef Esser e seu *Grundsatz und Norm*. Na segunda parte do texto buscarei afrontar o tema da decisão judicial, buscando novamente um debate com a obra de Hans Kelsen. Finalmente, pretendo concluir essa exposição mostrando como, na prática decisória do Supremo Tribunal Federal brasileiro, os princípios são invocados criativamente de maneira a evitar o paradoxo da decisão judicial. Nesse passo, irei também acenar para a importante questão do



eventual “uso abusivo”,<sup>(12)</sup> dos princípios, o que pode engendrar formas de corrupção sistêmica.

## 2. Os Princípios do Direito entre positivismo e jusnaturalismo

Segundo Bobbio, no seu verbete no *Novissimo Digesto*, de princípios gerais do direito começa-se a falar no início do século XIX, quando a fórmula é introduzida no Código Civil Austríaco de 1911 (art. 7º), que usava a expressão “princípios de direito natural” (*natürliche Rechtsgrundsätze*), depois transformada nas codificações sucessivas, como o Código Civil albertino de 1837 ou nas Disposições “*Prelegge*” do Código Civil italiano de 1865, em “Princípios Gerais de Direito”, fórmula mais tarde adotada por diversos códigos latino-americanos, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916.<sup>(13)</sup> Depois de despontarem no Direito Privado, a figura dos princípios passa a ser invocada também no campo do Direito Público, primeiro no Direito Internacional (e isso já no Estatuto da Corte Internacional de Justiça de Haya, de 1920) e, mais tarde, no Direito Constitucional do pós Segunda Guerra Mundial, despontando como disposições de princípio ou princípios constitucionais.

Mas o que são princípios de direito? Diferentes representações dos princípios esboçaram-se ao longo do tempo: ora os princípios eram vistos como expressão de um Direito Natural (posição de Giorgio del Vecchio, em artigo de 1921), ora como construções doutrinárias, ora como normas de caráter generalíssimo a serem depreendidas das normas particulares. Para uns, como Emilio Betti, os princípios não são normas, mas sim “orientações e ideais de política legislativa, ao passo que para outros, como o constitucionalista Crisafulli, os princípios são normas. E, se são normas, é preciso dizer que tipo de normas são: se normas de tipo “mais geral” e qual o seu alcance, se são normas que servem de fundamento ao sistema (como dirá Dworkin), se são normas diretivas, e por aí vai.

No cerne do debate sobre os princípios do direito encontra-se o enfrentamento entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. O fato da origem da expressão estar ligada a uma concepção de “Direito Natural” por si só aponta

---

(12) NEVES, MARCELO, *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais*, San Pablo, WMF Martins Fontes, 2013..

(13) BOBBIO, NORBERTO, *Principi general del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino UTET, 1966, pp. 887/896.

para as dificuldades que o positivismo jurídico teve ao lidar com a matéria. Bobbio apresenta tais dificuldades, que segundo ele dizem respeito à sua natureza, à origem e à validade, na forma de três perguntas: (1) os princípios gerais são ou não são normas jurídicas?; (2) de onde eles provêm? do sistema ou de fora do sistema? (o que coloca sempre a questão do direito natural, da moral e da política) e (3) de qual autoridade eles retiram seu fundamento (e o grau) de sua validade em meio a outras normas do sistema?

Estas são perguntas que apontam para uma natureza delicadamente ambígua dos princípios gerais do Direito. E que colocam em embarço as teorias positivistas do direito, sobretudo no contexto do pós-guerra e da consciência dos excessos praticados sob a égide do formalismo jurídico. Bobbio apresentou sua posição, tanto na obra *Teoria Geral do Direito*, de 1954, quanto na *Teoria do Ordenamento Jurídico*, já de 1982, de maneira bastante clara (e até mesmo simplista). Curiosamente, seu argumento era pautado por uma certa genealogia das normas, de matiz positivista, o que que garantiria aos princípios, abstraídos enquanto normas de caráter “generalíssimo”, de outras normas, razão pela qual poderiam apenas ter uma natureza normativa. Para Bobbio, os princípios gerais são apenas, “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”.

A palavra princípios *leva a engano*, diz Bobbio, referindo-se à “velha questão entre os juristas” sobre o caráter de normas dos princípios. Para o autor da *Teoria do Ordenamento*, não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras. Em primeiro lugar, porque são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva: “se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, porque a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.<sup>(14)</sup> Bobbio observa, ainda, que a gradual revalorização da função criativa dos juízes é acompanhada da acentuação da origem extra-sistemática dos princípios gerais.

Já Hans Kelsen, embora trate da questão da interpretação judicial tanto na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de 1954, quanto na segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1961, guarda silêncio, ainda, sobre o tema dos princípios do direito, não mencionando esses dentre as “fontes do

(14) BOBBIO, NORBERTO, *Teoria dello ordenamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1982. [trad. bras.: *Teoria do ordenamento jurídico*, 6a ed., Brasília, Editora UnB, 1995].

direito” ou como uma referência para a decisão judicial. Chama atenção esse silêncio de Hans Kelsen acerca do tema dos princípios gerais do direito na sua obra mais importante, a *Reinerechtslehre*,<sup>(15)</sup> silêncio esse que se repete na segunda edição de 1960.

Apenas em 1979 aparece uma discreta abordagem sobre princípios gerais do direito, na obra Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*), publicada postumamente. Após a morte de Kelsen, em 1973, o volumoso manuscrito inacabado da Teoria das Normas foi confiado por seus herdeiros a seu amigo e discípulo Rudolf Métall e, após a morte deste último, em 1975, ao Instituto Hans Kelsen, em Viena, que procedeu à revisão e publicação, já em 1979. A exemplo do que fizera com o tema da interpretação jurídica —o célebre Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito trata da interpretação para dizer porque Kelsen não se ocupa, em sua teoria, do problema da interpretação— pode-se dizer que Kelsen aborda, na Teoria Geral das Normas, os princípios precisamente para rejeitar o caráter normativo-jurídico desses e, com isso, excluí-lo também do campo de sua Teoria Pura do Direito, à qual se mantém fiel.

O tema dos princípios, na Teoria Geral das Normas, é claramente enfrentado como resposta à publicação, em 1956, do livro de Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Princípio e Norma na elaboração judicial do Direito Privado). Esta é uma obra extremamente relevante, que oferece uma reflexão profunda sobre o conceito, a natureza e a importância dos princípios gerais do direito. Nela, o principal argumento de Esser é que os princípios são o resultado específico da obra de criação judicial do direito. Esser afasta-se, desta forma, tanto da “idéia simplista” de que todos os princípios possuem, “como elementos de direito natural”, uma validade independente da configuração estatal positiva, referindo-se a Verdross,<sup>(16)</sup> quanto daquela outra, própria do positivismo, de que apenas princípios positivados têm validade normativa. Citando Feuerbach, afirma que “não é benéfico nem para a estabilidade nem para a evolução do direito o ocultar deste modo o ponto crítico no qual ‘tem que se sair do positivo para se retornar ao positivo’” (Esser, 1961: 54).

---

(15) Teoria Pura do Direito, 1934.

(16) ESSER, JOSEPH, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1956 [trad. espanhola, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961].

Podemos dizer, nesse passo, que Esser, antevê a característica paradoxal dos princípios do direito, embora o resultado tenha sido o de buscar evitar o paradoxo a seu próprio modo. Esser oculta o paradoxo - ou a tautologia (os juízes criam os princípios que eles aplicam) - ao descrever o processo de criação judicial de princípios do direito desde uma perspectiva ética e política (o que o aproximaria também de Ronald Dworkin, embora este último negue a aplicação como simultânea criação). Para o civilista mas também teórico do direito Esser, o labor judicial é aquele de “tradução do ético ou político no plano do jurídico”, reestabelecendo-se desta forma continuamente a comunicação entre valores éticos substanciais (elementos de direito natural, *irreductible droit naturel*, como diz Géný) e os valores formais e institucionais do direito”.<sup>(17)</sup> Tal é a Teoria da Transformação de Esser, para quem as normas morais podem ser convertidas em jurídicas pela via da adjudicação.

Esse argumento ético-político, ao tempo em que escreveu Esser, foi fortemente combatido pelos positivistas. E isso não apenas em nome de uma “prureza” da teoria do direito, mas também porque a identidade entre direito (positivo), moral e política havia, nas décadas de 30 e 40, produzido seus monstros. Ciente disso, disse Esser que a “a criação ‘formal’ de sistemas e princípios restou desacreditada pelo manejo arbitrário de postulados éticos”.<sup>(18)</sup>

É importante, portanto, registrar que embora Esser resgate uma dimensão ética-política ao direito, pela via dos princípios, ele se mostra plenamente consciente dos riscos de uma subordinação do direito a postulados éticos que, muitas vezes, podem ser manipulados de forma arbitrária, ao ponto de dizer que “os ‘danos à distância’ resultantes de uma confusão entre o direito e a moral foram estimados para aquém de seu valor efetivo”. Por isso, para Esser, os princípios morais subministram o conveniente enlace entre a norma e o padrão ético (*ethical standard*) do sistema jurídico, mas não a sua construção institucional: “aqui a estabilidade do positivo e, ao mesmo tempo, a observância da forma, é um valor próprio que, tanto quanto a eliminação o das questões de intenção interna, assegura à verdade jurídica e aos princípios do ajuizamento de um direito uma dimensão própria frente a todo intervencionismo moralizante”.<sup>(19)</sup>

(17) ESSER, *ibid.*, p. 77.

(18) *Ibid.*, p. 78.

(19) *Ibid.*, p. 78-79.

Se a teoria do direito natural desconhece profundamente o valor da conformação jurídica dos critérios éticos, é “igualmente equivocada a reação da teoria positivista, que fecha os olhos aos conteúdos jusnaturalistas de um trabalho de construção”<sup>(20)</sup>. A qualidade jurídica de um princípio, portanto, não pode ser definida *in abstracto*, pois que esse é resultado de um processo de construção que pode se dar desde diferentes direções.

Preocupado com essas questões, e tentando fazer uma espécie de conciliação entre jusnaturalismo e positivismo, Esser enuncia algumas ressalvas que serviriam como uma espécie de salvaguarda contra os perigos de uma ou outra abordagem teórica. A primeira dessas é a de que “nenhum princípio atua por si só como criador de norma, vez que unicamente possui força constitutiva ou valor constitutivo em união com um conjunto do ordenamento reconhecido, dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida”.<sup>(21)</sup> O princípio, desta forma, pode ser tanto derivado logicamente ou conceitualmente do daquele ordenamento, caso em que opera normativamente como uma parte do juridicamente dogmatizado do sistema de normas” quanto pode ser o ponto de partida para um desenvolvimento jurisprudencial que, todavia, permanece aberto, caso em que deve apoiar-se nas regras técnicas acerca da elaboração normativa.<sup>(22)</sup>

A segunda assertiva é a de que, em ambos os casos, “o princípio só é apto à formação de normas quando é acessível à argumentação especificamente jurídica desde os pontos de vista da justiça e da adequação, o que quer dizer, segundo Esser, “que as decisões valorativas necessárias para sua configuração não pertencem a um programa político em curso de realização, mas que consistem na adequada solução, com meios jurídicos, de uma tarefa fixada ou de um problema que a todo momento pode ser circunscrito de um mesmo modo”.<sup>(23)</sup> Conclui Esser que “um princípio cuja missão deva ser decidida politicamente não está, todavia, maduro para ser fixado em sentido jurídico”.<sup>(24)</sup> Claramente, aqui, Esser pretende desviar-se dos riscos dos jusnaturalismos

---

(20) *Ibid.*, p. 80.

(21) *Ibid.*, p. 88.

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.*, p. 89.

renovados que, nos anos 30, fez coincidir de maneira trágica a moral com uma ética de Estado.

Em que pese a sofisticação da argumentação de Esser, não é difícil intuir as críticas que Kelsen fará, mais tarde, ao modelo esseriano de reconexão entre direito e moral pela via da transformação de princípios morais em princípios jurídicos mediante sua institucionalização por meio da positivação ou da criação jurisprudencial. Observe-se ainda que, em alguns casos, como no caso do Direito Constitucional, Esser afirma que isso independe mesmo de uma institucionalização,<sup>(25)</sup> o que faz recorrendo a uma concepção de direito constitucional material inspirada em Otto Bachof.

Kelsen assume como ponto de partida de sua crítica a Esser a diferença entre Direito e Moral, enunciando que o fato de um princípio moral, ou político, influenciar uma decisão judicial num caso concreto não transforma esse num princípio jurídico. A validade da norma individual que resulta dessa aplicação é dada não em virtude do princípio moral ou político que a inspirou, diz Kelsen, mas sim em virtude do princípio jurídico-positivo da coisa julgada<sup>(26)</sup> que, segundo Kelsen, concede aos tribunais (e especialmente aos tribunais de última instância) um poder quase absoluto.<sup>(27)</sup>

Kelsen posiciona-se, de acordo com os postulados positivistas de sua teoria, contrariamente ao entendimento de que os “princípios de direito” possam ser considerados normas jurídicas. Para ele, o que se indica por princípios de direito são normas que interessam à Moral, Política ou Costume que, mesmo quando influenciam a produção normativa pelas autoridades competentes, permanecem sendo meta-jurídicas. Desta forma Kelsen se contrapõe a Teoria da Transformação de Josef Esser: os princípios permanecem, na visão de Kelsen, sendo apenas motivos do juiz. Esses princípios poderiam ser considerados “de direito”, diz Kelsen, apenas se adotada uma posição de direito natural.

Kelsen é peremptório:

“A representação de que normas de Direito positivo são princípios ético-políticos ‘transformados’ baseia-se afinal de contas em que se desconhe-

(25) *Ibid*, p. 89.

(26) KELSEN, HANS, *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhändlung, 1979 [trad. bras. *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1986], p. 146.

(27) *Ibid*, p. 147.

ce o caráter metafórico da expressão ‘produção’ ou ‘criação’ do Direito, que se pressupõe que o Direito produzido assim como um objeto material —acaso uma mesa feita de madeira por um marceneiro— (...) pergunta-se pelo material do qual as normas jurídicas são produzidas ou retiradas. Esse material, segundo Esser, são os princípios do Direito ou as proposições fundamentais do direito”.<sup>(28)</sup>

Neste trecho manifesta-se com grande literalidade e força aquilo que Raffaele De Giorgi indicou como sendo a “repressão da instância material” do Direito na teoria do direito de Hans Kelsen.<sup>(29)</sup> Por certo que o direito, se não é feito de madeira ou água, também não é vazio de conteúdo. O pensamento de Kelsen é o ponto de chegada de uma ciência do direito que, de Jhering em diante, caracterizou-se pela repressão dessa instância material do direito. Em Kelsen a norma jurídica se apresenta como algo “sensivelmente supra sensível”.<sup>(30)</sup>

A crítica de Kelsen a Esser, dada a necessidade de repressão da matéria do direito sob a forma do dever-ser, acaba resultando na desqualificação da teoria de Esser, rotulada como sendo jusnaturalista: “Ao aceitar Esser que normas jurídicas positivas podem ter um ‘conteúdo de direito natural, sua Teoria da Transformação passa a ser aquela Teoria do Direito Natural, que ele —segundo se diz— recusa. Mais adiante, Kelsen expressa o alcance de sua preocupação: “Dentro de uma Teoria do Direito Natural que se baseia na ‘natureza da coisa’ toma vulto um sistema jurídico comunista, assim como um capitalista, um democrático, do mesmo modo que um autocrático (...) Com ela se pode justificar tudo”.<sup>(31)</sup>

Podemos observar aqui que Kelsen aborda um aspecto da teoria de Esser em detrimento de outro: enfrenta a crítica que o autor de “Princípio e Norma” faz ao positivismo jurídico sem, contudo, apontar as críticas que Esser também faz a doutrina do Direito Natural. Na verdade, qualquer elemento sociológico, fático, político ou moral, portanto meta-jurídicos, são identificados pelo autor da Teoria Pura do Direito como sendo Direito Natural.

(28) *Ibid*, p. 153.

(29) DE GIORGI, RAFFAELE, *Scienza del diritto e legittimazione*, Lecce, PensaMultimedia, 1998; *Direito, democracia e risco*. Vínculos com o futuro, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1998.

(30) *Ibid*, p. 80.

(31) KELSEN, HANS, *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1979. [trad. bras. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 156].

A crítica de Kelsen a Esser é coerente com os postulados da Teoria Pura do Direito, mas é também circular e tautológica, pois ela se baseia numa concepção de direito que esse, por força de critérios epistemológicos, é identificado com uma forma, a forma jurídica, para exatamente negar qualquer tentativa de se observar, desde o ponto de vista da ciência do direito, o conteúdo do direito. Para Kelsen, o direito é visto como produto de um ato de vontade de uma autoridade com poderes para produzir o direito - seja ela o legislador ou o juiz. Nesta concepção de direito positivo, em que não há espaço para uma reflexão sobre o conteúdo do direito, o direito é direito em função de sua forma. A forma é, deste modo, a função do direito.

Mas a forma não pode conter a própria forma. Ao não apenas reprimir, mas também esvaziar o direito de qualquer conteúdo, sempre uma matéria "de vida", ou melhor, "do mundo", e portanto política, moral, econômica, tudo aquilo que o direito contém, dispõe, permite ou proíbe é visto como meta-jurídico. O direito para Kelsen é indiferente ao conteúdo do próprio direito. E, se por um lado Kelsen cumpre, de maneira coerente, a promessa de erguer uma ciência do direito capaz de abordar o tema da positividade do direito e, portanto, de sua contingência, de outro ele não oferece uma teoria que se preocupe com o problema do controle da contingência, o que passa a ser a grande preocupação da jurisprudência do pós-guerra.

Aqui, podemos contrapor a Kelsen a crítica que ele mesmo dirigira a Esser, em sentido contrário. Se no quadro de uma concepção de Direito Natural se pode justificar tudo, o que se dirá de uma teoria não apenas positivista, mas também normativa e formalista do Direito? Ora, se é arriscado um percurso teórico que permita à moral invadir o direito, o que pode ensejar —como advertiu o próprio Esser— uma manipulação política dos princípios éticos, é outro tanto perigosa a estratégia de se esvaziar o direito sob o plano do conteúdo, transformando-o em uma forma passível de ser preenchida por qualquer conteúdo - em algo *sensivelmente supra sensível*.

Podemos aqui observar os "limites" de uma Teoria Pura do Direito, que podemos descrever como sua incapacidade de atravessar a diferença forma/matéria ou, na linguagem de Kelsen, lícito/ilícito. O período do pós-guerra exige a travessia, exige que o direito se dê conta da instância material sem, contudo, abrir mão do formalismo apto a conter as pressões políticas, morais e econômicas no campo do direito.



Não deixa de ser curiosa a concessão que Kelsen faz às “proposições fundamentais gerais do Direito reconhecidas pelos Estados civilizados”, referidas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) como objeto de aplicação por parte daquela corte. Kelsen admite o caráter normativo de tais proposições, que consistem em Direito das Gentes. A posição de Kelsen é de que, se Corte Internacional deve aplicar esses princípios gerais a casos concretos, estes precisam ter o caráter de normas de Direito Internacional Público produzidas através de acordos internacionais e do costume Estados.

Sem deixar de se manter fiel à sua lógica purista, em certa medida Kelsen faz com que as pretensões de justiça e sobretudo paz, pujantes num contexto do pós-guerra, desaguem no terreno do Direito Internacional Público. Na Teoria Geral do Direito e do Estado, de 1945, não deve passar despercebido o trecho em que Kelsen anota que “a relação entre o Direito Internacional e o Direito nacional é, aqui, semelhante àquela entre o Direito nacional e a moralidade, quando, por exemplo, o Direito civil de um estado obriga as pessoas a se conduzirem, em certas situações, de acordo com as normas morais vigentes”.<sup>(32)</sup>

Pode-se inferir, aqui, que no campo do Direito Internacional Kelsen acaba por reconhecer o caráter normativo dos princípios do direito, por uma argumento genealógico, ou seja, por força de uma outra norma que lhes reconhece aplicação. Mas, mais que isso, os princípios ou proposições referidos no art. 38 do estatuto da CJE exprimiriam a *moralidade* própria dos direitos das gentes. Nesse passo, Kelsen faria uma espécie de concessão, no campo do Direito Internacional, aos argumentos que ele mesmo refutara na teoria da transformação de Josef Esser.

Tal fato entretanto não implicou num aprofundamento do tema e nem numa revisão, por Kelsen, das críticas feitas a Esser. Tal como fizera na segunda edição da Teoria do Direito, no célebre e pouco lido Capítulo VIII —A Interpretação Jurídica— Kelsen ao abordar o tema dos princípios do direito, por ele longamente evitado, parou diante da porta atrás da qual batiam todos os elementos que, em nome do postulado de uma Teoria Pura do Direito, haviam sido por ele expulsos do campo da teoria do direito: a moral, a economia, a política, a religião, a sociedade.

---

(32) KELSEN, HANS, *General Theory of Law and State*. Cambridge: The President and Fellows of Harvard College, 1945 [trad. bras. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1992, p. 240]

Ocorre que, se é certo que o Direito não é a moral ou a política, estabelecer as diferenças entre esses não pode ser o mesmo que isolá-los e negar ao Direito aquilo que é, afinal, sua existência mais específica, sua matéria. E se direito é direito positivo, e isso é algo irrecusável, é preciso que o positivismo se reconcilie com a instância material.

### 3. Redescrivendo os princípios do direito desde o “positivismo construtivista”

O debate de Kelsen e Esser, acima referido, demonstra como as diferentes tentativas de descrição dos princípios do direito resultam ambíguas, confusas, paradoxais. E isso tanto no caso das teorias positivistas como daquelas não positivistas, de fundo jusnaturalista. Se pensarmos num autor como Dworkin (1985), podemos ver como, ao descrever os princípios, ele também evitou o paradoxo. No caso de Dworkin os princípios vêm claramente assimetrizar o paradoxo da unidade da diferença entre direito e não direito. Ronald Dworkin faz isso simplesmente eliminando as diferenças: os princípios são, para ele, *a um só tempo* tanto jurídicos como morais e políticos. O problema, aqui, está na anulação de toda diferença, inclusive aquela temporal.

A confusão das teorias não é puro acaso: deriva do fato de que os princípios expressam de maneira bastante evidente aquele paradoxo que é constitutivo do direito e têm, eles mesmos, uma “natureza” paradoxal: princípios não são rigorosamente normas, porque estão fora do sistema, exceto quando se verifica que eles produzem normas. Eles entram e saem do sistema jurídico *no momento* da decisão.

Tomando distância do positivismo e do pós-positivismo, da perspectiva de uma Teoria da Sociedade é possível observar como, nas operações, ou melhor, nas decisões jurídicas, em que normas produzem normas, influxos morais e políticos comparecem não transformados, mas como conteúdos de princípios jurídicos. Em sua característica ambígua, os princípios, mais que todas as normas, fazem aparecer o paradoxo da diferença entre o direito e o não direito, ou seja, o fato de que o “não-direito” é a outra parte de uma diferença que é produzida, a cada operação, pelo sistema jurídico.

Se os princípios são paradoxos, isso não significa que eles devam ser rejeitados em sua qualidade normativa ou, ainda, em sua explicação teórica. Os princípios são paradoxos do direito com enorme potencial operativo: eles tornam possíveis decisões em contextos em que essas dificilmente

seriam possíveis, eles ocultam o fato de que o direito decide o que é direito e não é direito, eles oferecem um fundamento para um sistema que não tem outro fundamento que não seja si mesmo. Por isso é legítimo “um uso criativo” dos princípios do direito.

Ao trazer a contribuição da teoria da sociedade de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi para o estudo dos princípios, podemos falar num “positivismo construtivista” desde o qual é possível descrever os princípios do direito em sua característica paradoxal, sem que isso possa parecer “confuso” ou “ambíguo”. Da perspectiva construtivista, o paradoxo não é algo a ser evitado, pois é constitutivo da própria realidade. Assim, o construtivismo enquanto epistemologia trata a questão do paradoxo de uma maneira muito particular: ao invés de negá-lo, refugiando-se na instância transcendental ou na da chamada racionalidade, o construtivismo assume o paradoxo, partindo da afirmação de que não existe um observador último, capaz de conhecer uma verdade última.

O paradoxo, na teoria dos sistemas, coloca-se desde o início. O sistema não é para Luhmann uma unidade, a exemplo do que afirmou a tradição da “velha Europa”. O sistema define-se como a unidade de uma diferença, aquela entre sistema e ambiente. Desta forma, o paradoxo está na própria base da teoria, e é sobre a base deste paradoxo que os sistemas operaram: a cada operação, um sistema aplica a diferença entre sistema e ambiente. O problema dos paradoxos aparece apenas quando um sistema vê-se confrontado com a pergunta sobre como ele estabelece a diferença entre sistema e ambiente.

Se a pergunta é posta pelo próprio sistema, no nível em que ele observa a si mesmo, então temos um problema, pois uma diferença não pode ser aplicada a ela mesma, sem com isso encontrar-se diante de um paradoxo. Aparece apenas no nível da observação. O observador, diz Luhmann, seguindo neste passo Michel Serres, é como um parasita de sua observação: *“Ele aproveita a distinção, da qual se alimenta. Ele murmura (sussurra) silenciosamente. O observador é o não-observável”*.<sup>(33)</sup> A observação é uma operação que utiliza uma distinção para definir um lado (e não outro). Essa é uma operação com dois componentes que não podem ser fundidos e nem separados: observar é, contemporaneamente, indicar e distinguir. O imperativo construtivista é: *“draw a distinction”!*

---

(33) LUHMANN, NIKLAS, *op. cit.*, p. 61.

O problema do paradoxo aparece, portanto, não no nível da operação dos sistemas, mas no nível daquela específica operação conhecida como “observação”. O paradoxo aparece, portanto, quando o conhecimento procura observar a si mesmo e, finalmente, depara-se com o problema da unidade do distinguido. A “punição” para o conhecimento que volta-se sobre si mesmo, diz Luhmann, é o encontro com o paradoxo.<sup>(34)</sup>

As teorias do direito, como teorias da auto reflexão do direito, são incapazes de observar o paradoxo, pois estão elas mesmas comprometidas com a *autopoiesis* do sistema. Diante disto, o sistema jurídico, ao observar a si mesmo, deve colocar-se a pergunta: quais distinções e definições, ou seja, quais identificações, ele deseja escolher para desenvolver seus paradoxos? O sistema é forçado a uma resolução criativa do paradoxo, de forma que este não é nunca resolvido, permitindo ao sistema apenas desenvolvê-lo de uma forma criativa, ou seja, de uma forma que o sistema não se veja paralisado quando se depara com seus paradoxos. Assim, o que as teorias do direito fazem é, a cada vez que se deparam como paradoxos do tipo “qual é o direito que o Direito tem de dizer o que é direito ou não-direito”, inventarem formas de interromper a circularidade paradoxal, desenvolvendo criativamente o paradoxo constitutivo do direito, e nesse passo a resposta pode ser encontrada nos “princípios do direito”.

Torna-se necessária uma perspectiva de observação de segunda ordem, capaz de observar como o direito opera numa base paradoxal apesar do paradoxo. O Direito, para operar, precisa ocultar o paradoxo constitutivo da distinção direito/ não-direito (*Recht/Unrecht*), pois ele não pode observar a distinção sobre a qual baseia a sua observação.<sup>(35)</sup> A observação de segunda ordem, que utiliza-se de outras distinções, é a única forma de se observar distinções que um observador utiliza para definir algo que é inobservável no momento em que é operativamente utilizado. Esse meta-nível capaz de observar e descrever o paradoxo, observando e descrevendo

(34) Neste caso, dizem Luhmann e De Giorgi, “*resta solo la possibilità di identificare l’unità del sistema in modo paradossale o tautologico. L’osservatore non sarà condannato al silenzio, come pensano - e scrivono - alcuni poeti. Egli dovrà ammettere però, che un osservatore (ed anche: un autoosservatore) non può vedere ciò che egli non può vedere, e prima di tutto non può vedere se stesso. Nell’autoosservazione l’unità della società diventa il paradosso dell’osservatore*” (LUHMANN, NIKLAS & DE GIORGI, RAFFAELE, *Teoria della società*, 5ª ed., Milano, FrancoAngeli, 1993, p. 373).

(35) LUHMANN, NIKLAS, “*Tautology and Paradox in Self Descriptions of Modern Society*”, *op. cit.*, p. 62..

como o pensamento jurídico ocultou, e ao mesmo tempo tornou operativo o paradoxo mediante fórmulas como contrato, Razão, Direito Natural, Direito Positivo, Norma Fundamental, princípios do direito... Uma observação de segunda ordem, capaz de observar como um sistema observa a si mesmo através de definições, conceitos ou os princípios últimos, é capaz de perceber que tais fórmulas escondem, na verdade, aquelas diferenças constitutivas dos sistemas sociais).

O positivismo construtivista realiza uma *observação de segunda-ordem do direito*, ou seja, observa como as teorias do direito observam o direito, os princípios são paradoxos do direito. Os princípios consistem pois em uma forma de ocultar o paradoxo da auto-fundação do direito que, por sua vez, também são paradoxais. São uma criação da teoria jurídica para oferecer um fundamento (ainda que relativamente) estável para decisões em contextos em que, dificilmente, elas seriam decidíveis. A doutrina fala, então, em "casos difíceis". Mas, conforme veremos na próxima seção, a decisão é indecidível não apenas nos casos difíceis, mas também nos casos fáceis. Porque a decisão também tem uma estrutura paradoxal, conforme veremos.

Para o positivismo construtivista, uma norma é apenas um evento comunicativo que se produz nas operações do sistema jurídico. Onde o positivismo trabalhava com uma noção de genealogia normativa (como vimos em Kelsen ou em Bobbio), o positivismo construtivista fala em uma circularidade de operações. E onde o jusnaturalismo falava em uma principiologia moral, ou político-moral, o positivismo construtivista observa como elementos morais, políticos e até mesmo econômicos "entram" no sistema no momento das decisões, produzem normas, para depois serem "devolvidos" ao ambiente do direito. Não são nem assimilados nem transformados: simplesmente produzem decisões, tornam possíveis decisões.

Os princípios "flutuam" nas operações do sistema, entram no positivo para depois retornarem do positivo, estão no sistema precisamente *porque* não estão no sistema. São normas jurídicas *no momento da decisão*, mas um instante antes e um instante depois já não o são mais. Os princípios tornam possível a travessia (*crossing*) entre o direito e o não-direito quando o sistema jurídico deve decidir, precisamente, sobre aquilo que é direito e aquilo que não é direito. Em Grande Sertão Veredas o escritor brasileiro João Guimarães Rosa, escreveu: "*Aquela travessia durou só um instantezinho enorme. Digo: o real não está nem na saída nem na chega-*

da; *ele se dispõe para gente é no meio da travessia*". Essa é a realidade dos princípios gerais do direito.

#### 4. O paradoxo da decisão judicial

Ao tratar do tema da decisão judicial, Niklas Luhmann recorreu a um exemplo literário e contou a célebre estória dos doze camelos. A estória dos camelos nos ajuda a compreender o significado dos paradoxos para a Teoria dos Sistemas. Aliás, não nos parece um acaso que Luhmann, para explicar o que são paradoxos, recorra (como não faz em outros momentos de sua obra) a textos literários.<sup>(36)</sup> No famoso texto dos camelos (*Die Rückgabe des zwölften Kamels*), a mim apresentado por De Giorgi, Luhmann utiliza-se de uma estória de origem talmúdica para pensar "as grandes questões jurídicas a partir de casos concretos", como usualmente fazem os juízes.

Na estória, três homens estão diante da situação de dividir sua herança (alguns camelos) de acordo com a vontade de seu pai, que dispunha que o filho mais velho deveria receber metade dos camelos, o do meio deveria receber um quarto e o mais novo, um sexto destes. Ocorre que quando o velho beduíno morreu restavam apenas onze camelos, total do qual não se poderia efetuar a divisão na forma de sua vontade. O problema foi levado a um Juiz, que juntou ao complexo dos camelos o seu próprio camelo, fazendo então a divisão da forma estabelecida: de um total de doze camelos, o filho mais velho ficou com seis, o do meio com três e o menor com dois. A soma da parte de cada um perfazia onze ca-

---

(36) No texto "Raffaele De Giorgi e os Paradoxos do Direito", escrevi sobre a relação entre arte, paradoxo e conhecimento. Ali desenvolvi a hipótese de que o sistema da arte é o único sistema social ao qual é consentido expressar-se por meio de paradoxos: desta forma a arte contaria com uma permissão para revelar os paradoxos, pois ao representar o mundo, a forma de expressão artística duplica a realidade (...). Quando o paradoxo é o tema da obra de arte, nas gravuras de Escher, em Magritte ou na poesia (Luhmann cita a poesia do século XVI/ XVII, em especial John Donne), a arte utiliza conscientemente a oscilação da verdade do paradoxo não para representar o mundo, mas para possibilitar a busca de uma saída inovadora - não determinada na obra de arte e da qual o próprio artista pode duvidar (Luhmann, 2005, 198-199). O fato de que uma obra de arte se apresente como um paradoxo não produz, no sistema da arte, um bloqueio de suas operações. À arte é consentido colocar-se "a terceira questão" (João Guimarães Rosa falaria na terceira margem do rio) Neuenschwander Magalhães, Juliana, "Raffaele De Giorgi e os Paradoxos do Direito", em Luciano Nascimento Silva; Caterina del Bene. (org.), *Justiça e Direitos Humanos*, 1ª ed., Curitiba, Juruá, 2014, p. 90/110.

melos, de modo que o Juiz, realizada a tarefa, tomou de volta o décimo segundo camelo.

A restituição do décimo-segundo camelo traz, para Luhmann, algumas indagações: O décimo segundo camelo é necessário? Ele tem que ser real ou é uma ficção? Para Luhmann, o décimo segundo camelo apresenta uma situação de ambivalência, pois o sistema utiliza-se dele, sem o possuir, neste sentido, ele é real, pois torna possível a operação de divisão dos camelos, mas ao mesmo tempo ele é uma ficção, pois poderia ser apenas pressuposto e, mesmo assim, as operações seriam possíveis. Lembrando Jorge Luís Borges e um outro famoso conto, *El Jardín de los Senderos que se bifurcan*, Luhmann diz que há uma simultaneidade de sentidos que não é referida, antes precisa ser ocultada.<sup>(37)</sup> Para Luhmann esta ambivalência aponta, exatamente, para o caráter paradoxal do Direito. O camelo é e não é necessário porque ele é paradoxalmente constituído ou, melhor, ele é uma forma de operacionalização do paradoxo constitutivo do direito.

O décimo segundo camelo, aqui, representa os princípios gerais do direito: eles tornam possível a decisão num contexto em que essa não era possível. Tal como na divisão dos camelos, um princípio pode entrar no sistema, tornar possível uma operação (isto é, uma decisão) e depois sair do sistema. E assim como o camelo poderia apenas ser pressuposto e não ser real, já que ele “sobra” e portanto se retira do conjunto dos camelos após a divisão, também um princípio jurídico não precisa ser “positivado”, ou seja, não precisa ser um dado preexistente à decisão. Ele pode ser criado no momento da decisão, torna-la possível e, depois, eventualmente se retirar do sistema.

No presente artigo, irei procurar ir um pouco mais além. Nossa pergunta já não é sobre a “natureza” dos princípios. Tampouco nos parece ser novidade apresentar os princípios do direito como paradoxos do direito de elevado potencial criativo. Se os princípios tem por função tornar possível decisões, nosso interesse, aqui, é entender porque determinadas decisões são indecidíveis.

A pista para uma investigação deste tipo pode ser encontrada numa outra estória lembrada por Luhmann. Trata-se de uma outra versão do antigo

---

(37) LUHMAN, NIKLAS, “Die Rückgabe des zwölften Kamels”, en Teubner, Gunther (Org.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000, p. 5..

paradoxo do mentiroso, contada por Henri Atlan, em seu livro sugestivamente chamado *A tort et à Raison* (1986).

Trata-se de uma famosa estória, possivelmente de origem talmúdica. Nela, um professor é chamado a emitir seu juízo em uma polêmica surgida entre os estudantes. Um primeiro estudante explica o seu ponto de vista. O professor escuta, reflete um pouco e, então, responde: "Você está certo". Um segundo estudante protesta e expõe também ele sua opinião sobre o assunto. O professor escuta e, novamente, responde: "Você está certo". Os outros estudantes dizem então ao professor que ele não pode responder positivamente aos dois colegas se suas opiniões são contraditórias. O professor responde: "De fato, vocês também têm razão". Ou seja, ambos os estudantes estão certos, embora com opiniões contraditórias.<sup>(38)</sup>

Esta segunda estória é lembrada por Luhmann no texto "*The third question: the creative use of paradoxes in the law and legal history*" (Luhmann, 1988). A "terceira questão", diz Luhmann, é um problema para o juiz, que é constrangido a decidir, ele não pode se contentar em dizer que cada uma das partes tenha a "sua razão". Por isso, o juiz necessita ter presente a resposta para a questão sobre qual é o direito que lhe permite dizer, a cada momento, o direito e o não direito. Mas o juiz não pode colocar para si mesmo, a cada decisão, esta questão. Se fosse assim, ele não decidiria, pois ficaria paralisado diante do paradoxo. Como observador, o juiz tem que fazer a distinção e, então, decidir.

Para o positivismo jurídico a decisão judicial é um "ato de vontade", mediante o qual o juiz pode escolher entre as diversas alternativas que se perfilam antes da decisão. Em geral ele escolhe, no repertório das regras jurídicas, aquela com base na qual irá decidir para, então, proferir sua decisão como sendo a única possível em vista de tal regra. Se no "livro das regras" não encontra nada, então ele invoca cos princípios do direito, ou aplica a analogia, ou prevê consequências de sua decisão no futuro, de modo a não deixar de "decidir". A decisão é vista, portanto, sempre como uma decisão do juiz, o resultado de sua operação mental (interpretação), algo que possa lhe ser atribuído enquanto consciência e órgão jurídico.

(38) ATLAN, HENRI, *A Tort e à Raison. Intercritique de la science e dua mythe*, Paris, Éditions du Seuil, 1986, p. 11.



Não muito diversa é a posição do chamado “pós-positivismo”, que ao propugnar por um “giro interpretativo” da ciência jurídica coloca no centro da teoria do direito a figura do juiz, ainda que negue que os juízes “criem” o direito: eles apenas decidem, isto é, interpretam, qual das alternativas à decisão, preexistentes, deve ser escolhida (decidida). O juiz pós-positivista, entretanto, está atento a aspectos como integridade e justiça do sistema e, para além do repertório das regras, buscará embasar sua decisão em princípios tanto jurídicos quanto morais e políticos, aptos a fazerem daquela decisão “uma boa resposta” ou, ainda, a “resposta correta” (*a right answer*). Ao construir um modelo desse tipo, autores como Ronald Dworkin esquecem, aponta Raffaele De Giorgi, “que o juiz deve construir o fato para poder inventar a regra que justifique a sua construção do fato e, depois, deve inventar a regra que justifique a aplicação da primeira regra ao fato que construiu”.<sup>(39)</sup>

Da perspectiva de um “positivismo construtivista”, a contrário, a decisão não é uma escolha entre alternativas, porque essas alternativas também são construídas no momento da decisão. O direito constrói as alternativas “a serem escolhidas” na decisão como fundamentos da própria decisão: e ele faz isso ou olhando pelo passado, onde procura normas sedimentadas como texto escrito ou decisões anteriores proferidas, ou então faz isso olhando para o futuro, com base nas consequências da decisão. Em ambos os casos, o que ocorre não é que o juiz decide entre as possíveis interpretações a serem aplicadas ao caso, *decidindo* entre elas. O momento da decisão, sempre atual e presente, constrói a diferença entre passado e futuro, horizontes nos quais se projetam as razões de uma decisão que, entretanto, tem como única razão a si mesma, pois que ela mesma constrói aquelas razões. É claro que isso acontece não porque *quer* o juiz, mas porque essa é a estrutura da decisão judicial, que reativa a cada decisão a memória do sistema, mas também constrói essa memória e a diferença entre ela enquanto passado, presente e futuro do sistema.

Assim, toda decisão constrói no presente a diferença entre passado e futuro, ao passo que a função do direito é aquela de criar vínculos com o futuro, o que significa, precisamente, construir uma decisão presente e atual que, em certo grau, é capaz de fazer do futuro presente. Toda

---

(39) DE GEORGI, RAFFAELE, *Para uma apologia construtivista do positivismo jurídico*, Rio de Janeiro, manuscrito, 2014.

decisão judicial, como operação jurídica, ou seja, como norma, é uma antecipação do futuro, ainda que muitas vezes esse seja um *futuro passado*.

A questão é, portanto, aquela de como enfrentar o paradoxo de uma decisão que nada decide, porque constrói ela mesma as possibilidades a serem decididas, assim como os fundamentos —ou razões— que permitem a “decisão” entre tais possibilidades. A resposta, como já vimos, vem na forma de teorias que não podem observar o paradoxo da decisão porque estão com ela comprometidas: métodos da interpretação, consequencialismo e apelo aos princípios são apenas diferentes caminhos para tornar possível a decisão.

Luhmann, Raffaele de Giorgi e também Jorge Douglas Price (2012) observaram o paradoxo da decisão e, com isso, observaram como as teorias do direito ocultaram esse paradoxo de uma maneira criativa, ou seja, desdobrando-o e tornando-o operativo. Nós, aqui, tratamos de reunir essas contribuições numa tentativa de desontologizar e desmistificar os princípios do direito, oferecendo-lhes uma nova descrição desde a perspectiva de um positivismo de base construtivista.

## 5. O décimo segundo-camelo: entre positivismo construtivista e corrupção sistêmica

É importante registrar, na seção final desse artigo, que uma descrição dos princípios do direito como paradoxos do direito que servem para ocultar o paradoxo da decisão judicial em nada desqualifica a fórmula *princípios gerais do direito*. Ao contrário. Ao observarmos e descrevermos os princípios, vemos o quanto pode ser absurdo descrevê-los como normas positivadas, visto que reconhecidas como “proposições fundamentais gerais do Direito reconhecidas pelos Estados civilizados” ou, ainda, como “princípios constitucionais”.<sup>(40)</sup> Não é a “positivação” dos princípios que

(40) Marcelo Neves afirma que “apesar de tomar como objeto de crítica o abuso de princípios em nossa doutrina e prática jurídico-constitucional” pretende “levar a sério os princípios constitucionais, apontando para a sua relação de complementariedade com as regras” (NEVES, MARCELO, op. cit., p. X). A diferença entre princípios constitucionais e princípios não positivados, de nossa perspectiva, é irrelevante. De um lado, porque princípios constitucionais são indubitavelmente normas como todas as outras regras constitucionais, se levamos a sério a própria constituição. Depois, porque o tema dos princípios não nos desafia quando se trata de princípios positivados nas constituições, mas precisamente quando esses não estão positivados e entram no sistema para a produção de decisões.

faz desses normas (postura positivista), assim como as demais normas não o são porque derivadas de determinados princípios (postura jusnaturalista). Tudo acontece, apenas, no momento da decisão, aquele em que, confrontado com uma situação de indecidibilidade, o sistema precisa dos princípios para fazer a travessia de um lado a outro da diferença direito/não direito, para então decidir.

Nada tenho contra o “neojusnaturalismo” dos que se autodenominam “neo-constitucionalistas”, pois se a fundamentação retórica que teorias desse tipo fazem dos princípios resulta-me paradoxal, tais paradoxos certamente apresentam um elevado potencial criativo. Interessa-me observar e descrever exatamente o processo criativo de produção de decisões, isto é, de normas, mediante o recurso aos princípios.

Observar como operam os princípios do direito para a produção de decisões jurídicas talvez seja a maneira mais adequada de conhecer e descrevê-los. Mas aí é preciso observar não apenas *como* os princípios operam, mas também *onde, quando e para que* esses são invocados. Se os princípios tornam possíveis *travessias* entre o direito e seu ambiente, é fundamental observar como se dá, em cada caso, o trânsito entre o direito e o não direito, ou seja, como se constroem, a cada decisão, as fronteiras do direito. Isso significa observar também como o direito lida com as pressões de seu ambiente.

Nos últimos anos, a prática decisória da mais alta corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal, tem se mostrado campo fértil para uma observação deste tipo. O STF, numa aproximação tardia com as teorias principiológicas, muitas delas “filtradas” pela literatura pátria, tem se utilizado recorrentemente dos princípios do direito e de noções como ponderação. É preciso pois observar como tem se dado essa aplicação, ou melhor, qual é a qualidade de um tal uso dos princípios do direito pelo STF. Isso não significa observar a justiça alcançada por suas decisões, mas sim avaliar seu grau de consistência com as operações anteriores do próprio sistema e, em especial, do próprio STF. Alguns exemplos, já apresentados por Marcelo Neves,<sup>(41)</sup> poderiam aqui ser trazidos, como forma de demonstrar que, também no STF, pratica-se um amplo uso criativo dos paradoxos do direito.

---

(41) NEVES, MARCELO, *op. cit.*, pp. 202/220.

Autores como Raffaele De Giorgi e Marcelo Neves têm criticado e apontado para os riscos das cortes, orientadas pela perspectiva principiológica e embalada pelos neoconstitucionalismos (chamado por De Giorgi de neo-jusnaturalismo), abusarem do uso dos princípios.

De Giorgi é bastante duro em relação às inclinações jusnaturalistas das teorias principiológicas, o que o leva a fazer uma “apologia construtivista do positivismo jurídico”. Depois de denunciar a incapacidade dos neo-jusnaturalistas de “de compreender o significado e as implicações dos termos que eles usam”, por serem teorias que “degradam o direito a um comportamento de perigosa moral que prevê que existe uma casta de sacerdotes que a declaram, conclui De Giorgi que “o positivismo (...) contribui para eliminar mitos perigosos, para reduzir a inclinação do direito e o grau de violência que se pode fazer ao direito”.<sup>(42)</sup>

Já Marcelo Neves chama a atenção para os usos e abusos dos princípios do direito na doutrina e na prática constitucional brasileira.<sup>(43)</sup> Para Neves, “a invocação retórica dos princípios como uma nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros (...) pode servir para o encobrimento estratégico de praticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão da força normativa da Constituição”.<sup>(44)</sup>

O “abuso dos princípios”, nesse passo, resulta da adoção de decisões, pela via da aplicação dos princípios, que não apenas não são consistentes com a prática decisória anterior mas, mais que isso, implicam em forte interferência da política ou da economia no direito, *contra* o direito. Tal foi o caso em que, na ADI 4.638/DF, julgada em 12/02/2012 - se invocou o princípio da dignidade da pessoa humana para justificar a manutenção de dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura que estabelecem o julgamento secreto dos magistrados, em contraste com normas constitucionais claras, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004.<sup>(45)</sup>

Nesses casos, os princípios deixam de promover a travessia entre o direito e o não-direito, o que pressupõe uma diferença entre o sistema e o seu ambiente. O que ocorre, a contrário, é corrosão dessa diferença, engendrando

(42) DE GEORGI, RAFFAELLE, *Para uma apologia construtivista do positivismo jurídico*, op. cit.

(43) NEVES, MARCELO, op. cit., pp. 173/220.

(44) *Ibid.*, p. 196..

(45) *Ibid.*, p. X.

aquilo que, na linguagem da teoria dos sistemas, é chamado de *corrupção*. O risco, aqui, é as operações jurídicas já não sejam reconhecíveis como tais e que, numa situação mais extrema, o direito se deixe substituir pela moral (de quem?), pela política ou pela economia. Por isso, seria recomendável que as teorias da argumentação prescrevessem, em sua bula, às cortes: façam um uso parcimonioso dos princípios.



# La Suprema Corte de Justicia de la Nación frente al nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México

RAMÓN ORTEGA GARCÍA<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** constitucionalismo - derechos humanos - legalismo - principio pro persona - tratados internacionales.

## 1. Propósito

En este trabajo hablaré sobre lo que llamo el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México, surgido a raíz de varias reformas constitucionales durante los últimos años. El modelo emerge en un contexto de grandes transformaciones de los ordenamientos jurídicos de países de Europa y América Latina en los que el Estado constitucional de derecho ha logrado afianzarse, en mayor o en menor medida, y el proceso de constitucionalización avanza paulatinamente. Se trata de un modelo que exige una nueva concepción filosófica del derecho y que supone además,

---

(1) Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

una nueva visión sobre el papel del juez mexicano. En términos generales, el modelo se caracteriza por configurar a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, como normas supremas y auténticamente obligatorias que irradian fuerza al ordenamiento jurídico en su conjunto, condicionando la manera de interpretar y aplicar las demás normas del derecho de acuerdo al mandato del art. 1º constitucional, esto es, “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Este postulado básico, el principio pro persona, constituye el criterio vertebrador del nuevo modelo constitucional. A lo largo de las próximas páginas desarrollaré estos temas de manera puntual y concisa. Concretamente, describiré los orígenes y rasgos más destacables del nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México; defenderé que este modelo exige una concepción de tipo constitucionalista que difiere del legalismo tradicional aún imperante entre los juristas mexicanos. Formularé algunos comentarios críticos sobre la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 293/2011 del 3 de septiembre de 2013, pues considero que en ella se promueve una visión “deductivista” de la función del juez, contraria a las exigencias del nuevo modelo constitucional y al constitucionalismo emergente.

## 2. Orígenes y rasgos del nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México

El nuevo modelo constitucional de derechos humanos no es un fenómeno local. Se inscribe en una ola de cambios constitucionales que ha tenido lugar tanto en países de Europa occidental como de América Latina.

En efecto, sabido es que, durante la segunda mitad del s. XX, en varias naciones europeas (Francia, Italia, Alemania, España y Portugal), se instauró el Estado constitucional de derecho como forma de organización política y jurídica superadora del antiguo modelo del Estado legislativo o legal de derecho del s. XIX y de la primera mitad del s. XX. El Estado constitucional contemporáneo, a diferencia de su antecesor, se caracteriza por ese fenómeno llamado **constitucionalización**,<sup>(2)</sup> el cual viene siendo la transformación

---

(2) Sobre los distintos significados del término “constitucionalización”, ver GUASTINI, RICCARDO, “La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento. (I) Concetto e condizioni di costituzionalizzazione”, en *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 239/249. También ver “La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento”, en *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 195/223, y BARBERIS, MAURO, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Módena, 2012.

del ordenamiento jurídico en todos sus niveles, debido a la presencia de una Constitución **vinculante** (en el sentido de que los poderes públicos, incluido el legislativo, están obligados a respetar sus prescripciones); **rígida** (en cuanto no puede ser derogada, modificada ni abrogada por el procedimiento legislativo ordinario, sino mediante otro más complejo); **garantizada** (es decir, protegida por un mecanismo de control a cargo de un órgano jurisdiccional); **rematerializada** (esto es, con un extenso catálogo de derechos humanos, principios de justicia y valores), y **directamente aplicable** por los jueces y demás operadores jurídicos.

En América Latina, el Estado constitucional de derecho y la constitucionalización son fenómenos mucho más recientes, cuya realización cabal está lejos de concretarse. Hay autores que hablan de un **nuevo constitucionalismo latinoamericano** para designar un proceso que mantiene proximidad con la constitucionalización del derecho y sus principales rasgos.<sup>(3)</sup> Se trata de un movimiento iniciado en la década del 70 en varios países del continente caracterizado por la adopción de nuevas constituciones o por la producción de reformas constitucionales de gran calado con el fin de incorporar una extensa gama y variedad de derechos fundamentales (no solo civiles y políticos, sino también económicos, sociales y culturales; derechos colectivos de diversa índole y derechos que se aplican a determinados grupos vulnerables); así como distintas garantías para hacerlos efectivos en la práctica e implementar tribunales constitucionales con poderes especiales que buscan protegerlos.

(3) Este movimiento se caracterizaría por cuatro grandes tendencias: 1) el reconocimiento constitucional de una amplia gama y variedad de derechos fundamentales; 2) la incorporación a las Constituciones latinoamericanas de mecanismos tendientes a lograr una mayor igualdad social; 3) el fortalecimiento de las instituciones democráticas; y 4) un fuerte presidencialismo de tintes personalistas en algunos países de la región. Ver MORENO R. A., DIEGO, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro", en Juan Manuel Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 147/215. Para entender la relación entre constitucionalización y nuevo constitucionalismo latinoamericano ver VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11/49. Otros textos sobre el tema son PÉREZ CALVO, ALBERTO, "Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 27/60, y GARGARELLA, ROBERTO, "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas", en Liborio Hierro (coord.), *Autonomía individual frente a la autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Barcelona, Bs. As., San Pablo, Marcial Pons, 2014, pp. 129/143.



En el caso concreto de México en los últimos años se han producido hon- das reformas a la Constitución que apuntan hacia la consolidación del Es- tado constitucional y hacia la constitucionalización progresiva del derecho. Son enmiendas constitucionales que representan hitos en la conformación del nuevo modelo constitucional de derechos humanos. Aunque agregaría que, en este cometido, han jugado un rol importantísimo algunas senten- cias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, e indudablemente la jurisprudencia federal. Para efectos prácticos voy a identificar los momentos clave en la formación del nuevo modelo, destacando las aportaciones de cada uno.

En primer lugar, la Reforma Constitucional del 31 de diciembre de 1994, por la cual se modificaron diversos preceptos de la Constitución, entre ellos el 105 para ampliar los supuestos de procedencia de las controversias constitu- cionales y para establecer las acciones de inconstitucionalidad contra normas generales, con lo cual se reforzaron y ampliaron los mecanismos de control de constitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En segundo lugar, la Reforma Constitucional del 13 de noviembre de 2007, que reformó y adicionó diversos preceptos constitucionales, entre ellos el 99 a fin de dotar al Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal de facul- tades para inaplicar leyes de la materia contrarias a la Constitución, con lo cual se continuaba fortaleciendo los mecanismos de control de constitu- cionalidad a cargo de los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

En tercer lugar, la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, por la cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones constitucionales con el propósito de instaurar los juicios orales en materia penal, si bien lo interesante de esta Reforma para el presente tema es que con ella se continuó construyendo el modelo constitucional de derechos humanos al ampliarse el conjunto de derechos de las víctimas del delito, y porque por primera vez se reconoció en forma expresa el principio de presunción de inocencia a favor del imputado y su derecho al silencio.

En cuarto lugar, las Reformas Constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, por las cuales se reformaron diversos artículos de la Constitución que per- mitieron perfilar más claramente el nuevo modelo constitucional de dere- chos humanos. De manera particular, la Reforma del 6 de junio reforzó de- cididamente el juicio de amparo como principal instrumento de protección de los derechos humanos al sustituir la exigencia del "interés jurídico" por

de del “interés legítimo” como requisito de procedencia (con lo cual ahora es posible ampararse contra actos que atenten contra derechos colectivos y difusos); al decretar que el amparo procede contra actos de particulares que actúan con carácter de autoridad, y al incorporar la figura de la “declaratoria general de inconstitucionalidad” en los supuestos que señala el art. 107, fracción II, de la Constitución, lo que supone una revisión importante a los alcances de la fórmula Otero.

Además, la Reforma del 10 de junio, que modificó el art. 1° constitucional, entre otros, introdujo cambios importantísimos para la formación del nuevo modelo. Destacan, sobre todo:

1. la distinción conceptual entre derechos humanos y garantías;
2. la creación de un bloque de derechos humanos de fuente constitucional e internacional;
3. la obligación a cargo de todas las autoridades del país (en el ámbito de su competencia) de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;
4. la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad;
5. la obligación de interpretar las disposiciones jurídicas con arreglo al principio pro persona, esto es, favoreciendo en todo tiempo a los individuos la protección más amplia;
6. la introducción de la cláusula de interpretación conforme; y
7. la ampliación del catálogo constitucional de derechos humanos para incluir el derecho al asilo y al refugio; la prohibición de toda discriminación motivada por las preferencias sexuales, así como el reconocimiento de la dignidad como principio rector de los derechos humanos.

En quinto lugar, la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 14 de julio de 2011 en el expediente “Varios” 912/2010, que incorporó la parte sustancial de la sentencia de la Corte IDH en el célebre caso Radilla, en donde se logró instaurar el control de convencionalidad de las normas del derecho interno para cuidar que fueran compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), haciendo el señalamiento expreso de que debía ser aplicado en el marco de un control de constitucionalidad difuso.

Y en sexto lugar, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 3 de septiembre de 2013, que resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011, con la cual se terminó de sentar el nuevo modelo de juridicidad, al establecerse que:

1. la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, por lo que los tratados internacionales sobre derechos humanos se encuentran por debajo de ella en términos del art. 133 constitucional (que no fue modificado en las últimas reformas constitucionales de junio de 2011);
2. las normas internacionales de derechos humanos previstas en un tratado internacional ratificado por México —una vez que entra al ordenamiento— se desvinculan del tratado que es su fuente y se incorporan a la Constitución;
3. la supremacía constitucional se extiende para abarcar no solo a la Carta Magna sino a las normas internacionales relativas a los derechos humanos;
4. las normas de la Constitución y las normas internacionales que reconocen esta clase de derechos tienen la misma jerarquía e integran un solo cuerpo normativo de rango constitucional;
5. este catálogo de derechos humanos de fuente constitucional e internacional constituye un solo parámetro de regularidad que controla la validez de las demás normas del ordenamiento jurídico; y
6. no obstante que la Constitución y las normas sobre derechos humanos de fuente internacional poseen la misma jerarquía, en caso de conflicto entre una norma constitucional que impone una restricción al ejercicio de uno o varios derechos y una norma de un tratado internacional más protectora, deberá prevalecer la restricción constitucional (por tratarse de la Constitución en cuanto norma suprema).

Todos estos elementos mencionados hasta ahora, junto con la jurisprudencia perteneciente a la décima época que ha venido dictándose en los últimos años, conforman el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México. ¿Cuáles serían los principales rasgos del modelo? Menciono diez, a continuación.

### ***2.1. Establece la distinción entre derechos humanos y garantías***

Este no solo es un cambio de denominación. Es un cambio conceptual. Los derechos humanos son derechos subjetivos de carácter universal, indisponibles e inalienables que reconoce la Constitución a todas las personas por su condición humana, sin discriminación alguna motivada por razones injustificables como las que enuncia el quinto párrafo del art. 1º constitucional (por ejemplo: origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquiera otra que atente contra la

dignidad). Las garantías son, en cambio, las técnicas normativas de tutela de los derechos humanos. Ellas tienen por objeto la protección y defensa de estos derechos. La distinción entre derechos humanos y garantías comporta como consecuencia que la existencia del derecho sea independiente a la existencia de su garantía. Puede haber derecho humano, pero no haber garantía que lo proteja, en cuyo caso todas las autoridades están obligadas, en el ámbito de su competencia, a proveer de los medios de tutela adecuados que impidan la violación de ese derecho.

## ***2.2. Reconoce la obligatoriedad de los derechos humanos***

Antes de la Reforma al art. 1° constitucional del 10 de junio de 2011 se hablaba de “garantías individuales” para aludir a los derechos humanos de manera totalmente inapropiada. Con esa terminología se designaba a un conjunto de normas constitucionales de carácter programático que operaban como simples pautas orientadoras que el legislador podía seguir discrecionalmente a la hora de dictar leyes. Pero después de la Reforma, no solo se establece la distinción apuntada entre derechos humanos y garantías, sino que a los primeros se les confiere fuerza normativa, es decir, se les eleva a la categoría de normas con capacidad de vincular a todas las autoridades del Estado, incluido el legislador. Esta es una característica crucial del paradigma que representa el Estado constitucional de derecho. Digamos que en el Estado constitucional, el legislador se encuentra obligado por la Constitución y por los derechos humanos que ella reconoce. Son los derechos humanos los que terminan condicionando el contenido de todo el sistema al determinar qué sí y qué no legislar. Toda ley y toda norma en general que se encuentre por debajo de la Constitución tiene que exhibir un contenido compatible con los derechos constitucionalmente reconocidos como condición indispensable de validez. Podría decirse que la supremacía de la Constitución en el Estado constitucional equivale a la supremacía de los derechos humanos reconocidos en ella.

## ***2.3. Instituye al principio pro persona como postulado vertebrador del ordenamiento jurídico***

A raíz de la reforma al art. 1° constitucional del 10 de junio de 2011, la interpretación de las normas jurídicas relativas a los derechos humanos deberá hacerse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, lo que supone que los jueces, como los principales órganos aplicadores del derecho, tendrán que recurrir a técnicas de interpretación

jurídica que se aparten del criterio estrictamente literal y dar paso a la interpretación correctora, que puede ser extensiva o restrictiva, según el caso. Extensiva, para ampliar el ámbito de protección; restrictiva, para limitar el alcance de las restricciones al ejercicio de los derechos humanos. De igual modo, el principio pro persona implica que el juez deberá aplicar la norma más favorable en cada caso que deba resolver y ello exigirá que realice un ejercicio ponderativo entre dos principios o derechos en pugna para determinar cuál debe aplicarse. Lo más importante es que el mandato contenido en el art. 1º constitucional, relativo al principio pro persona, no solo es aplicable en ciertos casos judiciales, sino en todos. Esto es así porque los derechos humanos reconocidos constitucionalmente irradian su fuerza a todas las normas jurídicas, dejándolas totalmente impregnadas de valor. Hablamos de un derecho revalorado. Como consecuencia, cualquier caso tiene que ser analizado e interpretado a la luz de los derechos humanos y del principio pro persona. De ahí que constituya la columna vertebral de todo el ordenamiento jurídico mexicano.

#### ***2.4. Amplía y refuerza los controles de constitucionalidad a cargo de los tribunales judiciales***

Uno de rasgos indispensables del proceso de constitucionalización hace referencia al control judicial de constitucionalidad. Un ordenamiento constitucionalizado no puede concebirse sin este tipo de control, que tiene como finalidad proteger a los derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Como ha podido constatare, en México los controles de constitucionalidad a cargo de los tribunales del Poder Judicial Federal han aumentado en los últimos años. No solo las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para inaplicar las leyes de la materia que estime contrarias al propio texto constitucional; sino también el fortalecimiento del juicio de amparo con la Reforma del 6 de junio de 2011 y la expedición de la ley reglamentaria correspondiente. Todos estos elementos permiten concluir que los derechos humanos constitucionalmente reconocidos no son simples manifestaciones de buenos deseos, sino normas genuinamente obligatorias.

#### ***2.5. Da paso a un control difuso de la Constitución***

Derivado de una interpretación jurisprudencial azarosa, el control de constitucionalidad en México había correspondido exclusivamente a los tribunales del Poder Judicial de la Federación, no obstante que la última parte

del art. 133 constitucional siempre ordenó a los jueces de cada Estado “arreglarse” a la Constitución General de la República pese a las disposiciones en contrario que pudieran haber en las Constituciones o leyes de los Estados. Sin embargo, a partir del caso “Radilla”, todos los jueces del país, tanto federales como locales, son jueces de control constitucional, si bien los tribunales de los Estados solo pueden inaplicar las normas generales que consideren inconstitucionales en el caso concreto, sin facultades para declarar su invalidez.

### **2.6. *Instaura el control de convencionalidad ex officio***

También en el caso “Radilla”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió acatar la determinación de la Corte IDH respecto de la obligación de los jueces del país de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas del derecho interno y la CADH, tomando como parámetro de control el cuerpo de derechos contenidos en la propia Constitución, en la jurisprudencia federal, en los tratados internacionales ratificados por México, en los criterios vinculantes de la Corte IDH establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y en los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la propia Corte cuando el Estado mexicano no haya sido parte. Además, se estipuló que el control de convencionalidad *ex officio* a cargo de los jueces del país debía ejercerse en tres fases sucesivas: interpretación conforme en sentido amplio, interpretación conforme en sentido estricto e inaplicación de la ley.

### **2.7. *Se confiere primacía al derecho internacional de los derechos humanos***

En abril de 2007 se publicó en el Semanario Judicial de la Federación una tesis<sup>(4)</sup> que dotaba de sentido por enésima ocasión al art. 133 constitucional, ahora colocando a los tratados internacionales por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes generales, federales y locales, argumentado a favor de esta tesis que el Estado mexicano, al suscribir los tratados internacionales, de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y con arreglo al principio *pacta sunt servanda*,

(4) Tratados internacionales: son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del art. 133 constitucional. Época: Novena Época. Registro: 172650. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXV, abril de 2007. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. IX/2007, p. 6.

“contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidos invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”. Este precedente implícitamente confería primacía al derecho internacional sobre los derechos humanos en el ámbito interno; algo que otros países de América Latina venían haciendo de manera expresa desde los años 80 al otorgar carácter supralegal a los tratados internacionales en esa materia. Desde luego, había casos paradigmáticos —como el de la Argentina— en cuya Constitución de 1994 se reconocía y se reconoce aún hoy a los tratados internacionales sobre derechos humanos, aquellos que se mencionan en el art. 75, jerarquía constitucional. Fue finalmente con las reformas a los arts. 1º, 15 y 103, fracción I, de la Constitución mexicana de junio de 2011, cuando la primacía del derecho internacional sobre derechos humanos se hizo más clara y contundente.

### ***2.8. Crea un cuerpo homogéneo de derechos humanos de igual jerarquía***

Pese a la oscuridad en la redacción del nuevo art. 1º de la Constitución reformado el 10 de junio de 2011, pronto se especuló sobre la creación de un bloque de constitucionalidad formado por la Constitución más los tratados internacionales en materia de derechos humanos; es decir, un bloque constituido por fuentes normativas. Fue en la Contradicción de Tesis 293/2011 cuando finalmente se resolvió que lo que tiene rango constitucional es el conjunto de normas relativas a los derechos humanos previstas en los tratados internacionales de los que México es parte. Se trata de un bloque de normas sobre derechos humanos de fuente constitucional e internacional entre las cuales no existen relaciones fundadas en el principio de jerarquía, sino que todas están ubicadas en un mismo plano de igualdad. Por lo mismo, entre los derechos humanos de fuentes diversas debe procurarse, ante todo, la armonización. Sin embargo, en la propia Contradicción de Tesis 293/2011 se estipula que, si la Constitución estableciera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, deberá estarse a lo que indica la norma constitucional.

### ***2.9. El principio de supremacía constitucional se reconfigura***

En la Contradicción de Tesis 293/2011 se determina la ampliación de la supremacía constitucional para abarcar no solo a la Constitución, sino a las normas relativas a los derechos humanos previstas en los tratados

internacionales ratificados por México. Es decir, ahora no solo es suprema la Constitución, sino también los derechos humanos de fuente internacional. Más aún, el conjunto de derechos humanos previstos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte constituye el supremo parámetro de regularidad que controla la validez de todas las demás normas jurídicas. En este sentido, si el ordenamiento jurídico solía representarse mediante la figura de una pirámide con la Constitución en la cúspide, ahora esa imagen se transforma en la de un trapecio, en cuya parte superior conviven en un plano de igualdad la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos.

### **2.10. *Dota a la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos de fuerza obligatoria***

En la propia Contradicción de Tesis 293/2011 se determinó que la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos sería obligatoria para el Estado mexicano aunque este no hubiera sido parte en el litigio, con lo cual se modificó la tesis establecida en el expediente Varios 912/2010 que afirmaba que los criterios contenidos en la jurisprudencia y en los precedentes de las sentencias en los casos en los que México no hubiera sido parte en el conflicto, tendrían valor orientador únicamente. Con esto se reconoce algo que me parece de suma importancia: no todo el derecho obligatorio que deben aplicar los jueces tiene un origen estatal; existen instancias supranacionales de producción jurídica; formas de juridicidad que no emanan del Estado, pero que actúan sobre el derecho estatal, determinando sus contenidos. En nuestro caso, la jurisprudencia interamericana cumple esa función. Pero algo semejante podría decirse del derecho comunitario en el caso de los países de la Unión Europea y de la *lex mercatoria* a nivel mundial.

## **3. Constitucionalismo vs. legalismo**

Pues bien, con base en lo expuesto hasta aquí considero que el nuevo modelo constitucional demanda una visión general del derecho diferente para dar cuenta de sus principales rasgos. Porque lo cierto, es que este modelo ha transformado la estructura y funcionamiento del ordenamiento jurídico mexicano de manera muy notable. La pregunta es qué tipo de concepción se necesita; es decir, ¿qué tipo de **teoría del derecho** demanda el nuevo modelo de juridicidad? Y mi opinión al respecto es que debería prevalecer una teoría o filosofía de tipo **constitucionalista**, superadora del



legalismo formalista dominante hasta ahora. Una concepción que tome en cuenta, por lo menos, los elementos que enumeramos a continuación:

### **3.1. La Constitución es norma suprema y obligatoria**

Si en el legalismo la Constitución juega un papel limitado, porque es más un instrumento político, *norma normarum* que organiza la distribución de poderes entre los órganos del Estado, en el constitucionalismo mexicano emergente aparece propiamente como instrumento jurídico, fuente del derecho en sí misma, norma vinculante y directamente aplicable por parte de los operadores jurídicos. Además, en la medida en que incorpora todo un conjunto de contenidos morales en forma de derechos humanos, la Constitución deja de ser vista como un simple documento normativo inerte y se transforma en un objeto intrínsecamente valioso. Es una Constitución rematerializada. Ello implica abandonar un concepto puramente descriptivo de Constitución y adoptar, en su lugar, uno de carácter axiológico.<sup>(5)</sup>

### **3.2. Hay mayor presencia de los principios en el derecho**

Si en el legalismo el derecho es concebido en términos generales como un conjunto exclusivo de reglas o pautas específicas de comportamiento (algo que es común a las doctrinas de la mayoría de los juristas mexicanos del s. XX que toman su inspiración del positivismo kelseniano, e incluso de la teoría de Hart), en el constitucionalismo mexicano emergente predomina otro tipo de estándares, diferente a las reglas. Se trata de los principios jurídicos (no los principios generales del derecho sobre los que teorizaban los civilistas del s. XX) que adquieren cada vez mayor importancia. Lo anterior se ve confirmado por el uso reiterado que de ellos hacen los jueces en sus resoluciones; por-

---

(5) Paolo Comanducci distingue dos modelos de constitución como norma: el descriptivo y el axiológico. De acuerdo con el primero, constitución es un conjunto de reglas jurídicas positivas formalmente contenidas en un documento solemne o de carácter consuetudinario, que además son fundamentales respecto de las otras reglas jurídicas, lo cual significa que fundan el ordenamiento en su conjunto o son jerárquicamente superiores a las otras reglas. El modelo axiológico de constitución como norma, en cambio, es un conjunto de reglas jurídicas positivas formalmente contenidas en un documento solemne o de carácter consuetudinario, que además son fundamentales respecto de las otras reglas, pero con una condición especial: esas reglas constitucionales deben reunir determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico. En el modelo axiológico de Constitución como norma, ella posee un valor inmanente; la constitución es un valor en sí. Esto es debido a la presencia de principios en el texto constitucional que hace que la constitución funcione de puente entre el derecho y la moral crítica, y que su aplicación no pueda darse exclusivamente mediante la técnica de la subsunción, sino de la ponderación. Ver COMANDUCCI, PAOLO, "Interpretazione della costituzione", en *Assaggi di metaética due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 97/123.

que continuamente aparecen invocados en la jurisprudencia de los tribunales; porque cada vez más son objeto de especulación por parte de los juristas y diariamente están presentes en el discurso de los políticos y los ciudadanos.

### ***3.3. La ponderación adquiere mayor relevancia***

Si en el legalismo la técnica de aplicación de las normas (reglas) es exclusivamente la subsunción; con el principio pro persona consagrado en el art. 1° constitucional desde la reforma del 10 de junio de 2011, todos los jueces del país están obligados a interpretar y aplicar las normas jurídicas, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Esto supone que, en ciertos casos en los que colisionen principios o derechos, el juez deberá ponderarlos para determinar el resultado más favorable.

### ***3.4. Aparecen nuevas formas de relación entre las normas del derecho***

Si en el legalismo impera la idea de que el derecho tiene una estructura piramidal en tanto es un orden escalonado de normas superiores e inferiores que derivan su validez de una misma norma suprema (la mayoría de los juristas mexicanos del s. XX, si no es que todos, sigue a Kelsen en este punto), en el constitucionalismo mexicano emergente las relaciones entre normas se determinan con base en los principios pro persona, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos previstos en el art. 1° de la Constitución, lo que provoca que la estructura jerarquizada del derecho se debilite. A la luz del principio pro persona, por ejemplo, una norma inferior puede desplazar —si prueba ser más protectora— a otra de nivel superior.

### ***3.5. No todo el derecho aplicable emana del Estado***

Si en el legalismo todo el derecho tiene un origen estatal, destacándose el estrecho vínculo entre orden jurídico y Estado, llegando incluso a afirmar que son una y la misma cosa (como hacía Kelsen), en el constitucionalismo mexicano emergente se acepta la existencia de formas de derecho supra y sub-estatal provenientes de fuentes diversas. Son expresiones de juridicidad que muchas veces terminan condicionando los contenidos del propio derecho positivo del Estado. El reconocimiento del carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte IDH por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 293/2011, da testimonio de ello.

### 3.6. *No siempre el derecho es producto de un acto de autoridad*

Si en el legalismo gobierna la máxima "*auctoritas non veritas facit legem*", en tanto que todo el derecho es producto de un acto de autoridad por parte del legislador, a quien se le considera el legítimo depositario de la soberanía nacional que actúa sin más límites jurídicos que los formales, siendo en este sentido omnipotente, en el constitucionalismo mexicano emergente esa máxima deja de ser verdadera; no todo derecho es producto de un acto de esa naturaleza. Basta traer a cuento los derechos humanos que existen con anterioridad al derecho positivo y formalmente vigente. Es en especial ilustrativo, a este respecto, el art. 1º de la Constitución, que señala ahora, que los derechos humanos son reconocidos por el Estado, y ya no otorgados por él, como hacía antes, lo que implica que estos derechos existen con independencia de un acto de autoridad estatal.

### 3.7. *Se abre paso una noción de validez material de las normas jurídicas*

Si en el legalismo la validez del derecho es una noción puramente formal o procedimental que está en función de que la norma sea dictada por el órgano competente y siguiendo el procedimiento previsto por el propio derecho, pero sin tomar en cuenta el contenido de la norma ("*cualquier contenido que sea puede ser derecho*", decía Kelsen),<sup>(6)</sup> en el constitucionalismo mexicano emergente la validez es una noción sustantiva o material que depende de que la norma sea compatible con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, en los términos del art. 1º constitucional. En este sentido, se distingue entre vigencia y validez de las normas. Una norma formalmente vigente es aquella que cumple con los requisitos formales de su producción. Pero una norma vigente carece de validez, si vulnera los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución o en las normas convencionales de rango constitucional.<sup>(7)</sup>

---

(6) Afirma este autor: "Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho": KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), México DF, UNAM, 1979, p. 205.

(7) Esta es una idea continuamente reiterada por Ferrajoli. En general, el argumento viene siendo que la incorporación de los derechos fundamentales en las modernas Constituciones rígidas supone un cambio de paradigma jurídico que se caracteriza por

### 3.8. *El derecho tiende a ser generalmente indeterminado*

Si en el legalismo más extremo el derecho es un ordenamiento completo, coherente y preciso (Kelsen), y en el trabajo de otros autores iuspositivistas del s. XX se acepta que el derecho tiene una textura abierta (Hart, Carrió, entre otros), en el constitucionalismo mexicano emergente se radicaliza la idea de que el derecho tiende a ser generalmente indeterminado. Esto es así debido a que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano se expresan mediante cláusulas vagas y abiertas. Hay valores y principios que requieren concreción por parte del intérprete y esa indeterminación afecta a todo el ordenamiento jurídico, dado que las normas que lo componen deben ser interpretadas a la luz de esos derechos.

### 3.9. *Dominan los casos difíciles*

Si en el legalismo más radical la aplicación judicial del derecho consiste en un simple silogismo, en donde siempre es posible hallar la norma aplicable, pues se cree que el ordenamiento jurídico es completo; en el constitucionalismo mexicano emergente predominan los casos difíciles en los que el juez tiene que recurrir no solo a la analogía para colmar las lagunas sino a estándares extrajurídicos. En casos como estos, al igual que en los llamados “casos trágicos”, las fronteras que separan al derecho de la moral parecen ser más tenues y llegan incluso a difuminarse. Como resultado, el razonamiento justificativo del juez aparece como una especie de razonamiento abierto a la moral.

### 3.10. *Se impone una nueva concepción de la función judicial*

Si en el legalismo, el juez no crea derecho nuevo pues se le considera “la boca que pronuncia la ley”, o bien crea derecho pero solo intersticialmente, en los casos difíciles en donde el ordenamiento jurídico no proporciona una

---

ampliar las condiciones de validez de las leyes, pues ahora no basta que den cumplimiento a lo exigido por las normas formales sobre su producción (las condiciones relativas al *quién* y al *cómo* crear leyes) sino que ellas sean compatibles con los propios derechos constitucionales (estos determinarían la esfera de lo que sí y lo que no puede legislarse). Ver por ejemplo, el trabajo de FERRAJOLI, LUIGI, “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías”, en Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso y Manuel Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 71/115.

respuesta en absoluto o no la proporciona en forma clara, en el constitucionalismo mexicano emergente, el juez adquiere un protagonismo inusual. No es que el juez deje de estar sometido a la ley, pero ese sometimiento está condicionado ahora a que la ley respete los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, lo cual supone mayores responsabilidades jurisdiccionales. De ahí la necesidad de que se apliquen técnicas como la interpretación, conforme está prevista en el art. 1° constitucional, así como el control de convencionalidad *ex officio*.

Pienso que este elenco de tesis puede considerarse como el núcleo duro de lo que debería ser la teoría del derecho mexicana contemporánea de corte constitucionalista; una concepción adecuada para los tiempos que vivimos, que no son otros que los del Estado constitucional de derecho (aunque este paradigma deba verse más como un ideal regulativo en el caso de México, con la salvedad ya apuntada de que el nuevo modelo constitucional de derechos humanos se encamina hacia dicho ideal).

Además, algunas de las tesis señaladas mantienen un paralelismo cercano con las del "constitucionalismo postpositivista" defendido por Manuel Atienza,<sup>(8)</sup> entre otros (Alexy, Dworkin, Nino y Zagrebelsky). Creo que el constitucionalismo mexicano emergente estaría más próximo a esta concepción del derecho que a la del constitucionalismo garantista o iuspositivista de Luigi Ferrajoli,<sup>(9)</sup> e incluso, a la del constitucionalismo iusnaturalista de Rodolfo Vigo (que él prefiere llamar neoconstitucionalismo aristotélico o hermenéutico)<sup>(10)</sup> y, en definitiva, a la del neoconstitucionalismo a secas de autores como Alfonso García Figueroa.<sup>(11)</sup>

---

(8) Ver ATIENZA, MANUEL, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013, p. 36 y ss. También cfr. *id.*, "Argumentación y constitución", en Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Bs. As., Madrid, Barcelona, 2011, pp. 79/114. Las tesis del constitucionalismo postpositivista de Atienza aparecen enunciadas en su obra *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 309/310.

(9) Ver FERRAJOLI, LUIGI, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Doxa*, n° 34, 2011, pp. 15/53.

(10) Ver VIGO, RODOLFO L., "¿Dos o tres neoconstitucionalismos?", *Ex Legibus*, n° 1, octubre de 2014, pp. 7/14.

(11) Ver GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

#### 4. El nuevo rol de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los tribunales en México

De lo que antecede espero que resulte claro que la función del juez mexicano, en general, en el contexto del nuevo modelo constitucional de derechos humanos, no puede seguir pensándose en términos puramente formalistas; es decir, creyendo que la labor jurisdiccional consiste exclusivamente en la aplicación de un razonamiento silogístico en donde la decisión, el fallo, se deduce lógicamente de premisas claras e incontrovertibles. No solo porque existen grandes zonas del derecho mexicano indeterminadas, que de por sí exigen un ejercicio de discrecionalidad por parte del juez, sino porque todo el modelo está construido sobre el reconocimiento del conjunto de derechos humanos previsto en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte como parámetro último de validez.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011 que ese bloque de derechos humanos goza de supremacía constitucional, lo cual significa, para efectos prácticos, que son obligatorios. Y por si fuera poco, la propia Constitución mexicana prescribe en su art. 1º, párr. 3, la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo cual comporta la obligación de los jueces de observar y hacer que se cumplan esos derechos en sus resoluciones. Por eso deben interpretar las normas que los prevén de un modo especial. ¿Cómo? La Constitución mexicana en su art. 1º, párr. 2, dice: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

Así enunciado, el principio pro persona exige que se interprete y aplique, podríamos agregar, la norma jurídica más favorable o protectora. Pero lo que no nos dice la Constitución es cómo interpretar las normas jurídicas favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Diría que, no mediante una interpretación literal o estricta de las disposiciones constitucionales o convencionales, sino extensiva o restrictiva, según el caso. Extensiva, para ampliar el ámbito de protección; restrictiva, para limitar el alcance de los límites y restricciones a los derechos humanos.

A su vez, para aplicar la norma más favorable, el juez deberá recurrir a la ponderación. Cuando dos derechos humanos se contrapongan en un caso concreto, el juez tendrá que ponderarlos para determinar el resultado que más favorezca a la persona. De igual modo, si una disposición legal restringe un determinado derecho (pensemos en la libertad de tránsito reconocida en el art. 11 de la Constitución mexicana) por razones de seguridad (aplicando, digamos, una medida como el arraigo, que en México equivale a la detención preventiva) el juez deberá cerciorarse si esa medida se encuentra o no justificada a la luz del principio de proporcionalidad en sentido amplio, con sus tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. El paso final de esta prueba es la ponderación entre la importancia de satisfacer la medida (qué tan fuertes o débiles son las razones de satisfacerla) frente al grado (leve, moderado o alto) de no satisfacción o de afectación del derecho humano. Pero lo cierto es que el mandato contenido en el art. 1° constitucional exige que el juez siempre esté en busca del resultado más favorable o menos restrictivo posible.

A partir del caso “Radilla”, este parecía ser el esquema a seguir por los tribunales federales. Un esquema de tipo “ponderativo”, podríamos decir. Pero las cosas cambiaron drásticamente con la Contradicción de Tesis 293/2011 del 3 de septiembre de 2013.

En este asunto existía una contradicción de criterios entre dos tribunales del Poder Judicial Federal sobre la posición de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México frente a la Constitución. Un primer tribunal afirmaba que los tratados internacionales sobre derechos humanos tenían rango constitucional. El otro afirmaba que se ubicaban por debajo de la Constitución. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de diez votos contra uno, que la Constitución y las normas relativas a derechos humanos de fuente internacional tienen la misma jerarquía, integrando un solo cuerpo normativo de rango constitucional, pero que —en caso de que la Constitución previera una restricción a los derechos humanos— debía estarse a lo que estableciera la propia Constitución; es decir, que las restricciones constitucionales siempre debían prevalecer (independientemente de que una norma de un tratado internacional ratificado por México ofreciera una protección más amplia a favor de la persona). La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la prevalencia de las restricciones constitucionales se

basó en una interpretación literal del primer párrafo del art. 1° de la Constitución, que señala:

Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, **cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.**<sup>(12)</sup>

Con base en esto último, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las restricciones constitucionales se imponen en cualquier caso, incluso frente a una norma internacional más favorable. Ahora bien, mi opinión es que la sentencia dictada en la Contradicción de Tesis 293/2011, así como la jurisprudencia que se aprobó con motivo de ese fallo,<sup>(13)</sup> son contradictorias porque sostienen, primero, que la Constitución y las normas de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte tienen el mismo valor normativo, señalando incluso que entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente internacional no existen relaciones jerárquicas, lo cual significa que se encuentran en un plano de igualdad. Pero agregan después, que las normas constitucionales deben prevalecer en caso de conflicto, lo que implica que dicha igualdad es realmente inexistente. Porque, si entre los derechos humanos de la Constitución y los derechos humanos de los tratados internacionales no hay relaciones jerárquicas, entonces, ¿por qué deberían prevalecer las normas constitucionales? La respuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación apunta al principio de supremacía constitucional, es decir, a un criterio jerárquico que afirma que debe prevalecer la norma formalmente superior. Por lo tanto, a pesar de lo que se diga, en los hechos sí hay una relación de subordinación de las normas internacionales sobre derechos humanos.

(12) El destacado me pertenece.

(13) Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Época: Décima Época. Registro: 2006224. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. /J. 20/2014 (10a.). Página: 202.



Para colmo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que deben prevalecer las restricciones al ejercicio de los derechos que la Constitución expresamente establece. Esto es lo que en otro lugar<sup>(14)</sup> he llamado el “enfoque restrictivo de los derechos humanos”, es decir, la concepción que pone por delante las restricciones constitucionales a los derechos en perjuicio de una visión más protectora. El enfoque restrictivo comporta como consecuencia que en caso de un conflicto entre una norma constitucional de naturaleza restrictiva y una de un tratado internacional más favorable, deba prevalecer la primera. Es obvio que esta decisión atenta contra el mandato contenido en el art. 1º constitucional que dice que las normas sobre derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Y esto es lo que quiero resaltar. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobada por mayoría de diez votos contra uno, que dice que las restricciones constitucionales deben prevalecer inexorablemente, supone que tales normas son de aplicación taxativa, y ello supone a su vez que el juez queda impedido para realizar una ponderación de derechos en busca de la protección más amplia de acuerdo al art. 1º constitucional. En este sentido pienso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha decantado al final por un modelo deductivista o subsuntivo en la aplicación de los derechos humanos en sustitución del modelo ponderativo que originalmente había adoptado, olvidando que este último es el que demanda el principio pro persona consagrado en el art. 1º.

De esta manera, me parece que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer el enfoque restrictivo de los derechos humanos del que he hablado, obliga al juez a volver al legalismo más puro y duro y lo fuerza a aplicar deductivamente la norma constitucional que prevé la restricción. Hubiera sido preferible interpretar la parte final del art. 1º en un sentido relativo para concluir que frente a un conflicto entre una norma constitucional restrictiva, y una de un tratado internacional más protectora, el juez debía ponderar las razones subyacentes de cada norma a la luz del principio pro persona, que constituye la columna vertebral del ordenamiento jurídico mexicano desde las reformas de junio de 2011. En definitiva, pienso que el nuevo modelo constitucional en México exige un esquema ponderativo en la aplicación de las normas sobre de-

---

(14) ORTEGA GARCÍA, RAMÓN, “El enfoque restrictivo de los derechos humanos: comentarios a la Contradicción de Tesis 293/2011”, en *Ex Legibus*, n° 1, octubre de 2014, pp. 47/65.

rechos humanos y sus restricciones, lo que supone que las disposiciones constitucionales que imponen restricciones deben entenderse en sentido relativo, observando en todo momento el principio pro persona; tal como he dicho:

... las restricciones establecidas a los derechos humanos por las normas constitucionales deberán sopesarse mediante un ejercicio ponderativo que tome en cuenta el peso relativo de ese principio fundamental. Frente a un conflicto entre la Constitución y el tratado internacional sobre derechos humanos, la solución deberá hallarse ponderando las razones justificativas subyacentes de las normas en pugna, considerando seriamente el mandato constitucional de que a las disposiciones hay que interpretarlas favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia, pues el reconocimiento de este postulado es la mayor aportación de la reforma de junio de 2011. Ello no contraviene el principio de supremacía constitucional, pues en realidad es la propia Constitución la que ordena interpretar las normas del modo más favorable posible en cada caso concreto. Así se evitaría adoptar desde el origen una concepción restrictiva de los derechos humanos y se otorgaría al enfoque garantista o protector de la reforma la importancia que merece.<sup>(15)</sup>



(15) ORTEGA GARCÍA, RAMÓN, "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México (a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011)", en *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 19, octubre de 2014, [en línea] [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=3](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3)



# Los tribunales y el Estado democrático de derecho

MARIO PORTELA<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** tribunales - Estado democrático de derecho - justicia - derecho - magistrados.

## 1. Tribunales y Estado democrático de derecho

A los efectos de aclarar los términos constitutivos del título de esta ponencia hay que estipular qué debería entenderse por “tribunales” y qué por “Estado democrático de derecho”. Así, en adelante el término “tribunales” habrá de denotar a los de justicia, tanto unipersonales como colegiados, siempre que los mismos: resuelvan controversias que alguien plantea; lo hagan dictando resoluciones que tienen autoridad; y que esas resoluciones se funden en consideraciones legales dotadas de autoridad estatal dictadas por agencias diversas. Esta es, aproximadamente, la especificación que efectúa Raz de los tribunales.

A su vez la expresión “Estado democrático de derecho” deberá entenderse como aquel de autodeterminación colectiva que se funda en la igualdad moral de todos sus ciudadanos. De esa suerte la democracia no solo resulta ser un medio para crear una sociedad más justa, sino que es

---

(1) Abogado. Especialista en filosofía. Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata. Profesor Titular de Filosofía y Teoría General del Derecho, UN Mar del Plata. Autor de numerosos artículos y publicaciones en filosofía del derecho.

un fin en sí misma, de allí que no baste como dato característico solo la regla de la mayoría, sino que es necesario que las decisiones colectivas provengan de un proceso deliberativo del que puedan participar todos. Pero queda claro que para que esto funcione es necesario resolver previamente la cuestión social, de suerte tal que **todos** los ciudadanos puedan ser partícipes de los procesos de decisión colectiva. Ello implica que la democracia se constituye a sí misma como republicana, dando a esta palabra el sentido antiguo —como el que surge, por ejemplo, de las Cartas de Maquiavelo—sin limitarla a la mera división de poderes que es solo uno de sus aspectos.

Por esto los partícipes de los procesos de deliberación que culminan en decisiones deben ser producto de la posibilidad de que todos los que participen de los mismos tengan sus necesidades básicas satisfechas. Esto funciona como una suerte de prerrequisito ya que sin necesidades básicas satisfechas no hay posibilidad alguna de participar en ninguna especie de juego deliberativo.

Para ello, que es un objetivo social en países periféricos, es menester entre muchas otras condiciones la existencia de tribunales de justicia que sean proactivos en aras de potenciar las posibilidades de igualdad, circunstancia que solo puede ocurrir cuando el modelo judicial es de por sí democrático e igualitario.

## 2. Modelos judiciales

Desde fines del siglo XVII disponemos, al menos, de dos modelos judiciales:

- a. el norteamericano, establecido por su Constitución inspirada en las doctrinas de Hamilton y Madison, que buscaba contener a las mayorías empobrecidas durante la posguerra de liberación colonial y proteger a las minorías de comerciantes y de terratenientes enriquecidos, de donde surge su conocida calidad de contra mayoritario. Para ello idearon el sistema de pesos y contrapesos, la Cámara de Diputados popular, la de Senadores conservadora y unos tribunales de justicia elegidos por el Presidente con acuerdo del Senado conservador. Además, para blindarlos se los protegió de posibles abusos por parte de los diputados y se les otorgaron garantías de inamovilidad y de intangibilidad salarial, lo que conformó el mito de la independencia judicial de toda presión política o popular. De allí, y como consecuencia lógica, los jueces se apresuraron en dictar la doctrina judicial que estableció el control judicial difuso de constitucionalidad (*Marbury v. Madison*)<sup>(2)</sup> que terminó por otorgar a los jueces un impensado, pero

---

(2) SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Marbury v. Madison*, 24/02/1803.

fundamental control de veto sobre la legislación emanada del Congreso y sobre los actos del Ejecutivo, especialmente porque se conformó una muy fuerte doctrina de protección de las minorías frente a la posible “prepotencia de las mayorías”. Claro que nunca nadie se preocupó por los mecanismos defensivos de las mayorías contra los abusos de las minorías ya que estas, en general, tienen todo el poder económico y aquellas solo el poder numérico.

- b. el francés, producto de la Revolución de 1789 que trató que los jueces antiguos (en su mayoría conservadores) se transformaran exclusivamente en la boca de las leyes dictadas por la Asamblea Popular gobernante. Así, dada la dificultad para sustituir a todos los jueces, se trató que los mismos asumieran la nueva ideología revolucionaria, antimonárquica y contraria a los privilegios de sangre. De allí la desconfianza hacia la “interpretación” de la ley por parte de los tribunales y la necesidad de crear una Corte de Casación, único tribunal revolucionario máximo, con poder de veto sobre las sentencias de los jueces comarcales y única voz posible para invalidar normas asamblearias. Casi todos los países europeos de tradición continental adoptaron ese modelo y crearon, al revés de los norteamericanos, controles concentrados de constitucionalidad, siendo esos tribunales superiores los únicos capaces de anular leyes.

Existen, además, otros sistemas mixtos como los de Canadá donde se establece un reenvío del tribunal constitucional al poder legislativo para que mejore las leyes de constitucionalidad dudosa, o los de los constitucionalismos populares en los que se utilizan mecanismos asamblearios para validar o no leyes dudosas.

### 3. La situación local

Nuestro país adoptó el sistema constitucional norteamericano pero mantuvo el derecho administrativo y procesal con fuertes influencias francesas y españolas, situación que devino en más que curiosa cuando luego de la Reforma constitucional de 1994 se creó el Consejo de la Magistratura, con origen claramente europeo, pero sin que los constituyentes creasen un Tribunal Constitucional diverso a la Corte que concentrara las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes. Esta situación ha provocado una insólita politización del Consejo, frecuentes roces entre este y la Corte y, finalmente, el mismo se ha convertido en una institución mucho más vulnerante de la independencia de los jueces que cualquier otra interferencia; básicamente porque todo órgano político depende de la opinión pública y esta del poder mediático, de suerte que no es extraño ver a consejeros de la Magistratura abonados a programas políticos o partidarios, mucho más preocupados por ser oficialistas u opositores

al gobierno de turno que por hacer verdadera política judicial. Con ello y con sus opiniones expresadas en tales lugares se presiona a los jueces que pueden, con sus decisiones, apoyar o confrontar con el gobierno, de manera tal que aparecen curiosos alineamientos y realineamientos de acuerdo a los casquivanos tiempos políticos, que no deberían tener nada que ver con aquellos judiciales.

Cuando se acercan los fines de ciclo de un gobierno los tribunales se transforman casi mayoritariamente en opositores y, entonces, las decisiones judiciales más que fundarse en consideraciones legales, se basan en preferencias coyunturales que tienen que ver con la oportunidad o conveniencia.

Esto acentúa el verticalismo judicial en el que lo importante siempre es la obediencia jerárquica que ya no solo es a los jueces superiores, sino que ahora también a los jueces consejeros y claro, por las razones antedichas, a los dictados caprichosos y volátiles de la opinión pública, muchas veces manejada mediáticamente de acuerdo a la conveniencia empresaria. Así, hay momentos en los que lo único importante es determinada ley para apoyarla o atacarla, y otros en los que solo interesa la inseguridad o el narcotráfico, o cualquier tema que se instale mediante buenas primeras planas en los diarios de mayor circulación. Hay que tener en cuenta que ya Leopoldo Schiffrin decía que, por estas razones —entre otras—, los jueces forman parte del sistema de dominación real en este capitalismo tardío que estamos viviendo y que la mejor forma de gozar de las prebendas de ese poder es desentenderse de la utilización del mismo en forma proactiva para mejorar la vida de los ciudadanos sino ocuparse en transformar a la institución judicial en una simple burocracia cuyos jueces solo se preocupan por “el sueldo, la estabilidad y la carrera judicial”, que utilizan como biblia la lectura del diario *La Nación* y como horizonte teórico el que viene de las facultades de derecho.

Leopoldo Marechal decía que la sociedad puede estar dominada por Ajax, el guerrero; por Tiresias, el sacerdote; por Cresos, el comerciante; y cualquiera sea el poder gobernante, nada va a cambiar demasiado en el estado social, porque quien trabaja siempre y nunca manda es el cuarto sujeto: Gutiérrez. Los tribunales de justicia nacionales siempre han servido a los tres primeros en sus diversas rondas y rara vez al cuarto de los sujetos. Hoy domina Cresos, es decir los negocios, las finanzas, las burbujas, la especulación cambiaria, y el perjudicado es el pobre Gutiérrez, siempre bajo la burocrática mirada de magistrados impertérritos.

Ni hablar de las sangrientas ocasiones en las que Ajax tuvo el poder y los mismos magistrados, hoy pendientes de Crespo y olvidados de este, hacían la vista gorda a las atrocidades de los guerreros —que llegaron a culminar en un genocidio—.

Esta situación produjo una serie de consecuencias que han traído aparejado el cada vez mayor desprestigio de los tribunales de justicia en la consideración popular. Así, y solo para comenzar una enumeración no siempre completa, a partir de mediados del siglo XX es menester comenzar por recordar las ya famosas, por inicuas, acordadas de los años 1930 y 1943 donde se validaron los gobiernos “de facto” con el argumento de la posesión de la fuerza y la doctrina de un oscuro autor canadiense (Constantineau). La acordada del año 1930 fue dictada cuatro días después del golpe de Estado de Uriburu contra la presidencia constitucional de Yrigoyen y sin existencia de caso alguno que la justificara. Esa misma Corte desconoció, años después, la creación de la Cámara de Apelaciones del Chaco, y se negó a tomar juramento a los jueces laborales del fuero creado en 1944 (a lo mejor había que mejorar la situación de Gutiérrez ¡caramba con tamaña osadía!). El juicio político que terminó con la destitución de los ministros de esa Corte por esos motivos es olímpicamente ignorado en nuestras facultades de derecho, pero esto es curioso y será motivo de alguna reflexión ulterior; cabe mencionar que en “solidaridad” con los destituidos renunciaron un camarista, un juez y cinco secretarios (tres de ellos hijos de los ministros destituidos ¡oh, la familia judicial!).

En junio de 1955 aviones de la marina de Guerra bombardearon la Plaza de Mayo, a las 12 horas de un día laborable, causando un número no precisado nunca de víctimas civiles. Los pilotos de los aviones estaban perfectamente identificados ya que se habían sacado fotos victoriosas en el aeropuerto del país amigo donde se habían autoexiliado con sus aviones. El hecho que produjo, se supone, más de 800 muertos no fue investigado judicialmente y no se determinó responsabilidad alguna de nadie.

Tampoco fueron objeto de pesquisa los fusilamientos de 1956, tanto de militares en la cárcel de Las Heras como de civiles en José León Suarez, ni la aplicación de la ley marcial, en el caso de los primeros, con posterioridad a dichas ejecuciones.

Los tribunales de justicia convalidaron la legislación burdamente represiva de los años 1955-1956, entre otras, la que prohibía pronunciar determinados nombres o apellidos y cantar algunas marchas.



Se convalidaron entre 1958 y 1964 una multitud de elecciones nacionales y locales sin que pudiera participar un partido político que en la primera de las elecciones más o menos libres resultó tener más de la mitad del electorado. Se validó la existencia del famoso Plan Conintes, de naturaleza especialmente represiva. Fue este período el del auge de la existencia de cuestiones políticas no justiciables que permitieron legitimar la multitud de estados de sitio, intervenciones federales o anulación de comicios sin que los jueces tuvieran nada que decir al respecto.

Es cierto que, pretorianamente, la CSJN creó el recurso de amparo, pero no lo es menos que lo hizo para proteger intereses egoístas individuales a expensas de colectivos de cooperación (el caso "Kot"<sup>(3)</sup> protegió al dueño de una fábrica tomada por sus obreros).

Nadie investigó judicialmente en 1966 los hechos que ocurrieron en la "Noche de los bastones largos", donde fueron golpeados brutalmente los mejores exponentes de la inteligencia nacional e internacional. Se convalidó la existencia de un tribunal especial para juzgar determinados eventos, como el tan conocido "Camarón".

La lista de omisiones e inequidades judiciales se puede seguir extendiendo hasta lo ilimitado, advirtiendo así cómo se iba consolidando un paulatino sentimiento de impunidad y de falta de respeto a la legalidad y cómo los tribunales eran meras oficinas burocráticas del poder. Y cuidado porque esto se hizo sin cambiar demasiados jueces (salvo en 1955) ya que los que quedaron sin acuerdo durante los gobiernos constitucionales de 1958 y 1964 fueron contados con los dedos de la mano. Incluso los gobiernos militares usurpadores a partir de 1966 solo requirieron cambiar la Corte Suprema pero dejaron en sus puestos a la mayoría de los magistrados, siendo muy pocos los renunciantes ya que no eran jueces, sino solo oficinistas.

Por supuesto omito especificar la complicidad directa de numerosos jueces y funcionarios judiciales con el genocidio practicado luego del golpe cívico militar del 24 de marzo de 1976 que no solo rechazaban recursos de *habeas corpus* con simples informes de autoridades militares, sino que a veces concurrían a centros clandestinos de detención o prometían impunidad a los autores de hechos aberrantes. Muchos de ellos han sido o están siendo juzgados por los Tribunales con gran esfuerzo, pero otros han escapado del banquillo por la impunidad extendida por sus propios colegas.

---

(3) CSJN, "Samuel, Kot S. R. L.", 05/09/1958.

#### 4. La democracia judicial

Una de las maneras de terminar con estas situaciones de inequidad pasaría por:

1. la instauración de una verdadera democracia judicial que nivele horizontalmente a los jueces con el fin de evitar jerarquías entre ellos y que las presiones de los jueces "superiores terminen con la independencia de los "inferiores". Estas presiones tienen diversas maneras de llevarse a cabo, pero son habituales las medidas de superintendencia en lo que se refiere al nombramiento del personal de los juzgados por parte de las cámaras, a las inspecciones que reciben aquellos —tanto o más rigurosas cuanto mayor o menor es la sumisión del inspeccionado— y las revocaciones de decisiones utilizando un lenguaje agraviante con efectos disciplinarios;
2. la realización de concursos para la designación de jueces debe ser modificada de raíz ya que actualmente aquellos se realizan de la misma manera que para nombrar un profesor en una unidad académica. Claro que debe evaluarse el conocimiento de los aspirantes pero, además, es fundamental la capacidad del postulante para formar equipos de trabajo sin los cuales la labor judicial es imposible como así también la aptitud para delegar ya que la tarea judicial no consta únicamente de la sentencia, sino que hay un largo camino para llegar a ella y ese camino lo deben transitar empleados y funcionarios supervisados adecuadamente por el juez. También es importante seleccionar a los candidatos de acuerdo a su trato humano con los empleados y funcionarios, trato que propiciará que se cumpla con las dos premisas antes expuestas. Vale decir, que debe haber en los concursos judiciales menos importancia de los "cartones" académicos, inverificables en cuanto a su seriedad y legitimidad, y más relevancia en conocer el costado con el que el aspirante desarrollará su trabajo diario que no consiste únicamente en dictado de sentencias. Claro que estos concursos deben ser, además de eficaces en el sentido indicado, rápidos de suerte de eliminar posibles presiones e incertidumbres.

En los concursos debe prestarse adecuada atención a la manera de redactar de los postulantes ya que es necesario que las resoluciones judiciales sean claras, es decir, escritas o dichas en los procesos con una correcta utilización del idioma. Es necesario que las partes no letradas y la comunidad interesada puedan comprender los argumentos medulares de las providencias. La falta de claridad conspira contra la democracia porque impide el debate y la comprensión exacta tanto de los hechos del proceso tal como fueron fijados por las partes como del derecho en que esa base fáctica fue subsumida.

Y así como debe modificarse el acceso, igualmente debe simplificarse la salida de jueces ineptos o la aplicación de medidas disciplinarias, ya que no deben tenerse en cuenta los motivos de las sentencias, su contenido, sino los resultados razonables del trabajo cotidiano, número de sentencias y resoluciones dictadas por el órgano, nulidades dictadas por apelaciones, trato con litigantes

y empleados. Los jurados de enjuiciamiento no existen únicamente para los casos de corrupción, sino también para la evaluación seria del trabajo realizado que es sinónimo de eficacia en la gestión.

Esto requiere de una fuerte transparencia en la gestión judicial y una clara rendición de cuentas de la actuación de cada uno de los tribunales a los efectos de que la sociedad toda pueda tomar debida conciencia acerca de la tarea que sus jueces desempeñan. Solo así podremos algún día eliminar el carácter clasista y sexista de gran parte de los jueces, que se trasluce en el destrato y en el contenido de las sentencias, generalmente en perjuicio de las víctimas más vulnerables y en protección a los poderosos.

3. Los jueces deben blindarse respecto de los grupos de poder y de los requerimientos de interesados diversos en los resultados de los juicios, en su duración y en las consecuencias de las diversas instancias procesales (medidas cautelares, embargos). Habitualmente, estos grupos poderosos, privados o públicos, suelen manejarse mediante abogados que, por su prestigio académico (profesores del juez en muchos casos), su poder económico (invitaciones y agasajos de todo tipo), o por su pertenencia a grupos afines (deportivos, culturales) suelen ser especialmente persuasivos cuando de influir en magistrados se trata, sin que sea necesario entregar dádiva alguna. Además, de acuerdo a lo que se viene sosteniendo, no hay duda de que a estos les gustan este tipo de agasajos ya que no es infrecuente leer en las noticias que asisten a publicitados eventos, fiestas en embajadas o concurren a congresos que organizan entidades que litigan activamente en tribunales.
4. Existe una ideología judicial que, además de formarse en el seno familiar y en la primera educación sistemática, se exacerba por la educación estrictamente profesional que se consigue en las facultades de derecho, tanto públicas como privadas, en el grado y en el posgrado. Es obvio que el estamento universitario público debería estar dirigido a la formación de intelectuales públicos (como perfil ideal del graduado) y el privado generalmente debería buscar la formación de "juniors" para los grandes estudios o desarrollar cualquier otro perfil de acuerdo a los intereses de sus directivos.

Pero esto no ocurre ya que no existe una diferencia apreciable en la manera en que se enseña —mal— el derecho en facultades públicas y privadas por igual. Si tuviéramos que hacer una lista de falencias deberíamos empezar por señalar la prescindencia de los docentes en el uso de tecnologías modernas en el proceso de trasposición didáctica, la acentuación del aspecto memorístico de los contenidos de las materias llamadas "troncales", donde resulta que a los alumnos se les exige el conocimiento literal de códigos y leyes que casi seguramente estarán derogados cuando egresen. Por supuesto que es nula la incentivación del espíritu crítico respecto del material normativo de suerte tal que los futuros letrados no pueden

pensar siquiera en la utilidad que tiene determinada norma para cumplir con los objetivos sociales porque, además, estos ni siquiera se explicitan adecuadamente.

Pero en lo particular la educación en la mayoría de nuestras facultades de derecho prescinde absolutamente del conocimiento de ramas o aspectos del derecho que serían necesarias a los efectos de poder manifestarse en la forma proactiva sugerida al principio de esta ponencia. Así, se ignora el derecho tributario que permitiría diseñar modelos normativos de imposición que no sean regresivos (claro, si no se habla, ni se debate ni se conocen los objetivos sociales comunes a un modelo de Estado democrático de derecho). Ni hablar de la manera en que se enseña el derecho privado, muchas veces a través de libros de autores que ya tienen más de cincuenta años de edición y que están actualizados solo comercialmente para colocar alguna apostilla a las reformas habidas durante ese lapso. En derecho comercial casi todos los docentes son abogados de grandes corporaciones, especialistas en grandes quiebras, con lo que se produce un claro olvido del ciudadano de a pie que es sacrificado en función de los intereses de las grandes empresas (bancos, telefónicas, operadores de cable, prestadoras de salud), que básicamente se ocultan tras la muletilla de la “seguridad jurídica”.

Lo mismo ocurre con el estudio del derecho de propiedad intelectual y marcario, donde los autores de los libros y tratados son generalmente los corresponsales vernáculos de los grandes estudios que trabajan internacionalmente esos temas. Esto no solo es estudiado por los alumnos de abogacía, sino que luego esas enseñanzas son tomadas por los jueces como fundamento de sus decisiones en esos procesos; pero ello se produce desde una visión no nacional que puede atentar no solo contra la creatividad vernácula, sino también hasta con la propia biodiversidad local.

Pese a que nuestra Corte Suprema ha establecido que tanto el cuidado del ambiente como la política de derechos humanos son temas que hacen a la política de Estado —a esos efectos se ha llegado a audiencias públicas novedosas (causa “Matanza Riachuelo”)<sup>(4)</sup> y a establecer como norma primaria de nuestro ordenamiento normativo al derecho internacional de los derechos humanos (haciendo para ello de la Corte un tribunal subordinado

(4) CSJN, “Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 08/07/2008.

a la Corte Interamericana de Justicia)—, nada de esto replica en nuestras facultades. Muy por el contrario, son escasas las cátedras de derecho penal y procesal que se ocupan de los juicios de lesa humanidad que se desarrollan a lo largo del país, que estudian los criterios de imputación que en los mismos se han desarrollado y que son comunes a todos los fenómenos de macro criminalidad (como la trata de personas o el narcotráfico). Con este silencio, enseñando de modo naturalístico, los profesores dueños de estudios dedicados al aspecto penal empresarial consiguen la impunidad para sus clientes ya que se ignoran teorías de imputación que puedan abarcar al autor detrás del autor o al que incumple deberes específicos a su cargo.

Los posgrados no hacen más que reiterar esas falencias y lo mismo ocurre con otras “usinas de pensamiento” como lo son esos clubes de amigos que se conocen como “academias nacionales”. Lo grave de todo esto es que cuando los jueces llegan a ocupar sus estrados carecen absolutamente de todo sentido crítico y se rigen cual si fueran verdades reveladas por las interpretaciones normativas aprendidas a través de tales fuentes.

Queda claro entonces aquel “*dictum*” de Schiffrin en el sentido de que al estar desprovistos de sentido crítico, al no interesarles para nada el afianzamiento de valores que excedan la propia subjetividad, al ignorar olímpicamente al otro, especialmente cuando es víctima o necesitado, pobre o mujer, o minoría de cualquier especie (sexual, racial), los jueces hacen valer su condición de burócratas solo preocupados por su sueldo, estabilidad, jubilación y exención del pago de ganancias. Nace también el corporativismo que, en sus peores casos, se transforma en protección a colegas, no importa lo que hayan hecho, con lo que extienden un inadecuado manto de impunidad a los mismos. Incluso cuando maltratan a sus propios empleados o a las víctimas suelen gozar de impunidad, con excepción de aquellos casos que por su magnitud son imposibles de ocultar bajo la alfombra.

Se produce entonces el fenómeno de que los jueces no son para nada motores para apuntalar una sociedad democrática porque al desconocer el uso alternativo del derecho carecen de herramientas intelectuales para luchar contra los fenómenos que enferman a las democracias modernas—como hemos señalado, narcotráfico, trata y tráfico de personas—, lo que genera una situación estructural de impunidad que aprovechan otros para hollar en la corrupción que la favorece (políticos y policías).

Cuando refiero al “uso alternativo del derecho” hago referencia a una serie de movimientos que nacieron para reformular el significado del término y así se lo conoció en Italia, pero en EEUU también aparecieron los “*critical legal studies*”, en España las intervenciones de jueces para la democracia, en Francia los grupos de magistrados —como Eva Joly— en lucha contra los negociados de ELF que sacudieron las bases del Estado. Todos estos movimientos teóricos y judiciales tienen un cierto aire de familia que quizás sea rastreable en la filosofía nacida en Frankfurt.

La burocracia judicial produce otro fenómeno negacionista en cuanto los jueces creen que la independencia judicial solo lo es respecto a los gobiernos, cuyas presiones no reciben nunca (salvo algunos elegidos de Comodoro Py), y que la imparcialidad es la neutralidad afectiva respecto de las partes; reducen así la independencia e imparcialidad a una cuestión “republicana” en el acotado sentido de división de poderes y no en el amplio de igualdad de los ciudadanos para intervenir exitosamente en los debates públicos, con lo que tontamente y sin saberlo, favorecen a los poderes económicos que, tarde o temprano, los destruirán.

Todos estos movimientos de naturaleza crítica aspiran a que los operadores judiciales tengan una mirada distinta acerca del sistema normativo que debe fundar sus decisiones para poder hacer de los mismos un uso expansivo y diverso del que se enseña en las facultades de derecho; un uso que permita crear más derechos, ampliar las bases que permiten acceder a la justicia en sentido real, me refiero al acceso de todos aquellos que no pueden llegar a los tribunales para hacer oír su voz. Para ello hay que ser sordos a las críticas que en general defienden intereses y que pregonan una neutralidad que no es otra cosa que ceguera para no apoyar a los más débiles.

Se requieren ojos distintos para ver las normas que no son simples fórmulas lógicas ya que tienen la aptitud para transformar o retardar la vida social, para impulsar o cerrar los cambios, para incluir o excluir. Las normas deben ser vistas desde el sur, dando prevalencia a los numerosos ciudadanos sin voz. Otros ojos mejores, como clamaba Lugones, para ver la Patria.

Tal como la serpiente que muerde su cola, para que exista un verdadero Estado democrático de derecho se requiere que los tribunales sean democráticos para que puedan cumplir con la misión de contribuir a que cada uno sea un verdadero ciudadano capaz de vivir en una República

formada por iguales; a tribunales más republicanos en este sentido, mayor será el éxito del Estado democrático.

Para ello es necesaria la filosofía, una mirada que esté por encima de las normas vigentes porque, como afirma Badiou,

... el intelectual forma parte de la sociedad, tiene que hablar, intervenir, actuar según principios. Es necesario decir sin reservas ni cálculos lo que se piensa (...) La filosofía existe porque hay crisis, guerras, revoluciones y catástrofes. Existe siempre en condiciones más o menos dramáticas. Trata de pensar el drama, el horror, al mismo tiempo que la paz y la alegría.



# La pirámide invertida y los clásicos del derecho constitucional

JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** teoría pura del derecho - metafísica realista - pirámide invertida.

## 1. Los niveles olvidados en la pirámide jurídica tradicional

Suele atribuirse a Kelsen la famosa *Stufenbauthorie* (teoría de la construcción escalonada), también llamada "teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento" o "de la pirámide jurídica". En realidad, esta doctrina es original de Adolf Merkl, a quien Kelsen calificó de "cofundador" de la teoría pura del derecho (en adelante, TPD) y de "verdadero genio del pensamiento jurídico". No obstante, es cierto que el profesor pragués asumió plenamente los desarrollos de su discípulo porque encajaban espléndidamente dentro de los postulados de su teoría pura.<sup>(2)</sup>

---

(1) Profesor de Teoría Fundamental del Derecho y Derecho constitucional de la Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador). Este trabajo se enmarca en el Proyecto Metafísica Jurídica 2013-2014.

(2) Kelsen consideró la aportación de su discípulo como "una parte esencial" (Ver KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960, p. 314 —hay publicación en castellano., *La teoría pura del derecho*, 2ª ed., Vernengo, R. J. (trad.), México, UNAM, 1982—. Ver también PAULSON, S. L., "How Merkl's *Stufenbaulehre* Informs Kelsen's Concept of Law", en *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 21. (10-XII-2013), pp. 29/45; KUCSKO-STADLMAYER, G., "La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 244, 2005. pp. 243/258. Sobre Adolf Julius



Como se sabe, la novedad de la TPD no radica en el hallazgo de la jerarquía normativa, que era una antigua idea de la cual varios juristas, como Bierling, ya se habían ocupado. Lo peculiar de esta teoría era su “pureza”, su intento de justificar el derecho por el derecho, entendido siempre en términos monistas, normativos y positivistas. Desde esta perspectiva, eminentemente formal, se ordenaban y jerarquizaban todas las normas, de tal manera que la superiores —especialmente la *Grundnorm*, localizada en el vértice— conferían unidad, fundamento y validez a las inferiores.<sup>(3)</sup> En general, los elementos de su teoría estaban perfectamente ensamblados en la pirámide. Con todo, un importante cabo quedaba suelto: nunca se resolvió cuál era el fundamento de validez de la *Grundnorm*. En este álgido punto, Kelsen vagó por varios derroteros durante su vida, hasta que al final su teoría “pura” del derecho debió contaminarse al tener que recurrir a elementos “metajurídicos”, a normas no positivas que dieran validez al sistema.

La TPD alcanzó un notable prestigio en el orbe, aunque no siempre fue bien comprendida. En cada lugar se la recibió con ciertas peculiaridades.<sup>(4)</sup> A la vez, desde el inicio fue blanco de diversos ataques. Los más importantes flancos sobre los que se volcó la crítica fueron:

- i. Su concepción formalista y normativista del derecho, demasiado desconectada de la realidad que, basada en un endeble concepto de norma positiva,<sup>(5)</sup> llevaba a un nihilismo legalista.<sup>(6)</sup>

---

Merkel (†1970), ver WALTER, R. (ed.), “Adolf J. Merkel, Werk und Wirksamkeit”, en *Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien* (22.-23. März 1990), Viena, Manz, 1990.; GRUSSMANN, W. D., *Adolf Julius Merkel. Leben und Werk*, Viena, Manz, 1989. En castellano, puede verse la semblanza que ofrece FUERTES, M., “Adolf Julius Merkel, un jurista tan citado como desconocido”, en *Revista de Administración Pública*, n° 146, 1998, pp. 419/428; ROBLES, G., “Adolf Merkel”, en R. Domingo (ed.), *Juristas universales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004., pp. 222/224.

(3) Véase, por ejemplo, KELSEN, *op. cit.*, 1960, §35, pp. 228/282.

(4) Ver KLETZER, C., “The Role and Reception of the Work of Hans Kelsen in the United Kingdom (March 25, 2010)”, en *The Role and Reception of Hans Kelsen*, Viena, Manz, 2010; COLÓN-RÍOS, J. I., “Kelsen en New Zealand. Ecos de Kelsen: en el centenario de la publicación de los problemas Capatales del Derecho”, en G. A. Ramírez Cleves (ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; HARGREAVES, S., “Of Rights & Review: The American, Kelsen, & New Commonwealth Models”, en *1 Can. Student Law Review*, 2006; STEWART, I. M., “Kelsen’s Reception in Australasia”, en Robert Walter et al. (eds.), *Hans Kelsen Anderswo/Hans Kelsen Abroad*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, 2009; TELMAN, D. A. J., “The Reception of Hans Kelsen’s Legal Theory in the United States: A Sociological Model”, en *L’Observateur des Nations Unis*, v. 24, Valparaíso, Univ. Legal Studies Research, 2008.

(5) Ver Bix, B., “Kelsen and Normativity Revisited”, en Carlos Bernal & Marcelo Porciuncula (eds.), *Festschrift for Stanley L. Paulson*, Minnesota, s.e., 2013.

(6) BERKMANAS, T. SCHMITT v., “Kelsen: The Total State of Exception Posited for the Total Regulation of Life”, en *Baltic Journal of Law & Politics*, vol. 3, n° 2, 2010. pp. 98/118.

- ii. El problemático monismo kelseniano donde se identifican derecho y Estado, derecho subjetivo y derecho objetivo, derecho público y derecho privado, derecho nacional e internacional, etc.<sup>(7)</sup>
- iii. Una mala fundamentación última del porqué la norma suprema es válida.<sup>(8)</sup> En el fondo, la ley no puede ser justificada por la misma ley.<sup>(9)</sup>
- iv. El orden jurídico concebido por Kelsen estaba absolutamente dissociado de los fines humanos, de la moral, del derecho natural, de los valores sociales, etc.<sup>(10)</sup>; así como de las cuestiones sociales, históricas, etc.,<sup>(11)</sup> que se consideraban elementos metajurídicos. De hecho, Kelsen atacó repetidas veces a los iusnaturalistas, quienes nunca aceptaron que la norma positiva pueda justificarse por sí misma.

Como era de esperarse, aquellos que formularon sus críticas a la TPD deseaban superar las falencias introduciendo nuevas nociones, reglas o principios que consideraron que Kelsen había descuidado.<sup>(12)</sup> Una de las más influyentes revisiones de la doctrina kelseniana fue la formulada por Hebert Hart.<sup>(13)</sup> El profesor de Oxford introdujo el concepto de una *rule of recognition* por la cual son los ciudadanos, los jueces y los demás funcionarios los que, en la práctica social, atribuyen validez a un determinado sistema de normas.

(7) Sobre la identificación con el Estado, ver SOMEK, *Stateless Law: Kelsen's Conception and its Limits*, Iowa, University of Iowa, 2005.; sobre la identificación derecho objetivo y subjetivo, ver PATTARO, E., "Hans Kelsen's Normativist Reductionism", en *Ratio Juris*, vol. 21, n° 2, 2008, pp. 268/280; sobre los problemas con el derecho internacional, ver LANGFORD, P. & BRYAN, I., "Hans Kelsen's Theory of Legal Monism: A Critical Engagement with the Emerging Legal Order of the 1920s", en *Journal of the History of International Law*, vol. 14, n° 1, 2012. Langford, 2012, pp. 51/86(36).; en general, ver SPAAK, T., "Kelsen on Monism and Dualism", en M. Novakovic (ed.), *Basic Concepts of Public International Law: Monism & Dualism*, Belgrado, Alter DOO, 2013., pp. 322/343.

(8) Ver PAULSON, S. L., "On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm", en *Ratio Juris*, 13, 3, 2000.

(9) Ver JAKAB, A., "Problems of the Stufenbaulehre: Kelsen's Failure to Derive the Validity of a Norm from Another Norm", en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 20, n° 1, 2007; GREEN, M. S., "Kelsen, Quietism, and the Rule of Recognition", en *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, M. D. Adler, K. E. (Himma eds.), Oxford: (s.e.), 2008.

(10) Ver, por ejemplo, HALDEMANN, F., "Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law", *Ratio Jurisprudence*, vol. 18, n° 2, 2005. pp. 162/178; ARAÚJO, A., *Final Solution of Serial Killers in Kelsen's Juridical Positivism*, São Paulo, Leud; Porto Alegre, Linus; Belo Horizonte, Escola Superior de Justiça, 2010.

(11) Ver TELMAN, D. A. J., "A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists", en R. Walter, C. Jabloner & K. Zeleny (eds.), *Hans Kelsen Anderswo/ Hans Kelsen Abroad*, Hans Kelsen Institute/Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2010, pp. 353/376.

(12) Aquí solo mencionamos de manera sintética los aportes de los autores. En el apartado 4.2 volveremos con más detenimiento sobre ellos, haciendo ahí sí las respectivas citas.

(13) Ver HART, H., "Kelsen Visited", en *UCLA Legal Review*, n° 10, 1962-1963., p. 709.

Luego, sus renombrados alumnos introducirán nuevos elementos no positivos (en el sentido de normas no aprobadas por la autoridad) que servirán de fuente, directriz o límite del orden jurídico. En concreto, Dworkin manifestó que el orden jurídico estaba integrado por medidas o programas políticos (*policies*), reglas o disposiciones específicas (*rules*) —así como por principios, que son prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia— de imparcialidad o de cualquier otra dimensión de la moralidad. MacCormick habló de la razonabilidad de la norma, que debe ser, lógicamente, consistente, además de justificarse interna y externamente. Bajo estos postulados se desarrolló la teoría del discurso de Alexy.

Finnis también se ocupó de la razonabilidad de las leyes, pero desde una perspectiva iusnaturalista más amplia que incluía los fines de la persona, sus tendencias e inclinaciones naturales. Los fines existenciales del ser humano también fueron tema predilecto de Messner y de muchos otros iusnaturalistas. Como se sabe, Kelsen fue decididamente antifinalista<sup>(14)</sup> y atacó con dureza los postulados del derecho natural.

Durante el s. XX, e incluso ya desde el s. XIX, adquirió importancia la cuestión del rol de los valores del derecho. La axiología jurídica tuvo su estudio propio, que fue desarrollado por autores de diversas escuelas (por ejemplo: Alexy, Caiani, Esser, Ollero, Prieto Sánchis, Saavedra, Zippelius). Y ya antes, la doctrina de los principios generales del derecho había echado muy profundas raíces en la teoría del derecho. Nada de estos valores y principios generales logró encajar en la TPD.

A la vez, con el advenimiento de la sociología cobraron fuerza los estudios sociológicos del derecho, el estudio de “la realidad” jurídica en cada sociedad. El realismo norteamericano y el escandinavo tuvieron buen micrófono para gritar al mundo que el derecho no era sino lo que deciden los jueces (Holmes), lo que las emociones del momento deciden que sea el derecho (Rorty), con gran independencia de lo que diga la *Grundnorm*. A Kelsen el tema de la realidad le quedaba bastante lejos. Fiel a las doctrinas neokantianas, Kelsen separaba tajantemente el ser de la realidad (*sein*) del deber ser (*sollen*), que era donde “encajaba” el derecho.

Un buen cóctel de todas estas teorías del s. XX desembocará en el movimiento neo-constitucionalista, que quizá se considera “nuevo” por desear superar

---

(14) Sobre el antifinalismo de Kelsen, ver ERRÁZURIZ, C. J., *La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen*, Pamplona, Eunsa, 1986, p. 97.

la visión kelseniana del constitucionalismo. La forma, el texto escrito de la norma (aunque sea de la constitución), pasará a considerarse mero "instrumento" para realizar los verdaderos derechos, valores o fines de las personas.

Como resultado final tenemos que, a la pirámide jurídica de Kelsen, se la ha atacado por arriba y por debajo. El más contundente y perseverante ataque se ha concentrado en la cúspide de la pirámide, donde los autores de una u otra manera (en la versión de la *rule of recognition*, de la razonabilidad técnica, de los principios, valores, fines, etc.) han exigido una justificación racional de los fundamentos últimos del derecho. La pirámide positivista olvidó que, sobre las normas, estaba la razón humana. Otros, la han atacado por debajo, donde el derecho es más particular, más concreto. Este ataque ha provenído de la sociología del derecho y de los realismos norteamericano y escandinavo, para quienes todas las construcciones teóricas del orden jurídico son palabras vacías que no aciertan a descubrir que el derecho son los hechos. Y es verdad: Kelsen olvidó parar toda su pirámide sobre la realidad.

La *pars destruens* de la TPD ya está escrita. Aquí nos dedicaremos a construir.

## 2. Conceptos clave para el upgrade

Kelsen intentó elaborar su TPD construyéndola desde las bases de la metafísica neokantiana, que conocía bien. Pero tal metafísica no dio para más. Si queremos recoger sus aciertos<sup>(15)</sup> y superarlos, será necesario recurrir a una filosofía más completa que nos proporcione nuevos conceptos. Solo con ellos podremos acabar la empresa kelseniana de dotar de fundamento, orden y unidad al derecho. Para el efecto, no encontramos mejores bases que las aportadas por la antigua y tradicional metafísica aristotélico-tomista.

Comparemos, aunque sea en breve, los rasgos principales de ambas metafísicas.<sup>(16)</sup> Kant y sus seguidores consideraron que la realidad era un caos, un *noumeno* inalcanzable para la razón; la "cosa en sí" es absolutamente

(15) No estamos proponiendo aquí una nueva pirámide levantada de cero, sin tomar en cuenta los aciertos de Kelsen, como se ha hecho en ocasiones. Por ejemplo en DOMINGO, R., "La pirámide del derecho global", en *Persona y Derecho*, n° 60, 2009., pp. 29/61, donde no se establecen niveles jerárquicos de normas, ni se mencionan las normas de validez tratadas por Kelsen.

(16) Para un estudio más amplio de las bases neokantianas de Kelsen y sus problemas, ver ERRÁZURIZ, *op. cit.*, pp. 39/42, 578/579 y RIOFRÍO, MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C., "De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida", en *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, n° 2, 2013, pp. 436/461.

distante de la “cosa en mí”; por tanto, el “ser” y el “deber ser” (que es donde es el único cajón donde cabe el derecho) son dos universos distintos e incommunicables. Esta tajante división no existe en la metafísica tradicional, donde el conocimiento procede del contacto con la realidad: lo que los ojos, olfato, oído, etc. captan es lo que se conoce. La anterior incommunicación ha dejado sus secuelas: como la realidad caótica ha dejado de ser consistente, ya no se podrá hablar de una causalidad fuerte en el cosmos. Así la filosofía de raíz kantiana perderá la noción fuerte de las cuatro causas clásicas del mundo (agente, final, material y formal), quedándose simplemente con una medrada causa formal, donde la forma conocida es siempre de orden intelectual. Si el cosmos resulta inalcanzable, se cae, indefectiblemente, en un subjetivismo que raya el idealismo, como cayeron muchos filósofos contemporáneos que lo estudiaron, y la causalidad se convierte en lógica formal.

Esto explica por qué los aciertos de la TPD vinieron fundamentalmente por la vía de la causa formal: Kelsen fue un gran formalista porque la filosofía base de la que partió lo era. También se entiende por qué acusó un fuerte antifinalismo. El realismo moderado de Aristóteles cree en la causa formal, pero no como causa única de todo lo existente. Aparejadas están la causa material, la agente y la final. Por último, la incommunicación kantiana del intelecto con el mundo ocasionó un gran desconocimiento de las características metafísicas del cosmos. Los kantianos, por ejemplo, ya no volverán a hablar de la “potencia”, que fue el gran concepto con el que Aristóteles solucionó varias de las más importantes aporías griegas: el problema del conocimiento, del tiempo y del movimiento. En los neokantianos el universo concreto, su movimiento, cambio y tiempo quedarán reducidos a un ininteligible caos.

He aquí nuestro cometido: rescatar los conceptos metafísicos de ser, de potencia, de causalidad del ser, de unidad y de orden,<sup>(17)</sup> para adaptarlos a la doctrina jurídica.<sup>(18)</sup> Con estos conceptos arremeteremos nuevamente, contra la pirámide jurídica para terminar de construirla.

---

(17) Todos estos son conceptos surgieron dentro del desarrollo de la tradicional ciencia metafísica. Algunos de ellos fueron tomados, y un poco devaluados, por la metafísica neokantiana y por varias concepciones filosóficas, donde muchas veces cobraron matices idealistas.

(18) Tal adaptación la hacemos en RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C., “Noción de derecho en la metafísica tomista”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 26, 2012<sup>b</sup>, pp. 373/07; y RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C., 2013, *op. cit.*, pp. 436/461.

## 2.1. Ser jurídico

A lo largo de los siglos la noción de derecho ha sufrido varios quiebres. Los tres más importantes son los siguientes:

1. Aristóteles y sus contemporáneos lo entendían como *dikáion*, como “lo justo”, “lo igual”. Esta primera acepción dista mucho de lo que hoy entendemos por derecho subjetivo (facultad) o por derecho objetivo (norma). En Roma el derecho seguirá siendo lo justo y tal uso continuará hasta Tomás de Aquino en el s. XIII, quien expresamente afirmará que esa es la primera noción de *ius*;<sup>(19)</sup> lo justo seguirá implicando una cierta igualdad entre lo dado y lo debido: el derecho no exige más, no exige menos.
2. Ya en la escolástica franciscana del s. XIV se detecta un giro subjetivista del término *ius*. El derecho ya no será lo justo, sino la **facultad de exigir lo justo**. Las siguientes generaciones muchas veces olvidarán la última parte de la frase y simplemente mirarán al derecho como la **facultad de exigir algo**.
3. También en la modernidad se marcará un segundo giro del lenguaje desligado de la noción de justo, que poco a poco va quedando en el olvido. En medio de los absolutismos el ciudadano palpará que sus facultades están limitadas por la omnipotente ley; así la noción de derecho tenderá a confundirse cada vez más con lo que permite la ley, y con la ley misma.<sup>(20)</sup> Por eso, a mediados del s. XX Bender<sup>(21)</sup> creía factible resumir las principales nociones de *ius* en tres: derecho-ley, derecho-facultad y derecho-*res iusta*.

Si hoy se le pregunta a una persona de la calle qué es derecho, probablemente responderá que derecho es la ley, o una facultad de hacer algo, o algo semejante. Más fácil es responder a otra pregunta: ¿qué hay en este mundo con fuerte sabor jurídico?: la ley, un contrato de compraventa, los derechos de las personas. Pues bien, a partir de estas nociones históricas y de sentido común deducimos cuáles son los elementos que conforman el ser jurídico. Repárese en un interesante dato: ninguno de los elementos mencionados resulta ajeno a la relación jurídica.<sup>(22)</sup> Sin relación jurídica,

(19) El Aquinate recogerá la tradición al puntualizar que la palabra *ius* “se asignó primero para significar la misma cosa justa” (Suma Teológica II-II, q. 57, a. 1, ad 1).

(20) Sobre la noción histórica de “derecho”, ver RÍOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C., “Noción de derecho en la metafísica tomista”, *op. cit.*, pp. 376/378.

(21) BENDER, L., *Philosophia iuris*, Roma, Officium Libri Catholici, 1947. pp. 62/70.

(22) Entendemos la relación jurídica como aquella relación de complementariedad que se da entre dos sujetos sobre una cosa, donde uno es el titular y otro, el deudor. Otra usual definición la concibe como el “vínculo que se establece entre personas (sujetos de derecho), a raíz de un acontecimiento (hecho jurídico) al cual una norma le asigna determinadas consecuencias” (MOUCHET, C. & ZORRAQUÍN, R., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 122).

ni la ley es más que un postulado, ni el contrato más que letra muerta, ni existe derecho alguno.

“Lo jurídico” y “el derecho” no son exactamente lo mismo, aunque ambos conceptos se implican mutuamente.<sup>(23)</sup> Todo lo jurídico tiene que ver con el derecho; es como el gran ambiente donde vive. De donde tenemos que el “ser jurídico” es todo aquello que tiene que ver con el derecho-ley, con el derecho-facultad, con el derecho-cosa justa y con la relación jurídica. Todo aquello tiene **ser jurídico**.

Al igual que el derecho, lo jurídico solo subsiste dentro de la relación jurídica o en referencia a ella. Así, tienen “ser jurídico” (“son”, se dan en la realidad, existen jurídicamente): el titular de lo suyo, el deudor del derecho, los bienes jurídicos, las causas del derecho, los fines y valores del ordenamiento, los hechos que generan efectos jurídicos, etc. Y, por el contrario, carece de “ser jurídico” lo que está fuera de la relación jurídica. Los muertos, los pensamientos íntimos y Robinson Crusoe están fuera del derecho, de lo jurídico, porque se encuentran desvinculados de toda relación.

## 2.2. *Potencia jurídica*

La potencia fue el gran concepto con el que Aristóteles resolvió muchas de las más importantes aporías griegas.<sup>(24)</sup> Los antiguos filósofos griegos se quedaron maravillados con el movimiento que observaban en la naturaleza e intentaron explicarlo. Heráclito convirtió al movimiento en el principio de todo y sin lo que nada se explica. Parménides, con su rígida concepción del ser único e inmutable, negó el cambio y lo relegó al ámbito de la apariencia: el ser “es”, el no-ser “no es”, y ambos son comunicables.<sup>(25)</sup> Aristóteles puso la vía media entre los dos filósofos al percatarse de que en el cambio no se da una novedad absoluta, porque en todo cambio hay algo que pasa de un estado determinado a otro relativo a ese primer estado, como el agua que pasa de fría a caliente. El Estagirita lo ejemplificaba diciendo que ni un animal, ni un infante saben

---

(23) El vocablo latino *iuridicus*, proviene de *ius* o *iusis*, que significa derecho. Sin embargo, el uso ha ampliado el ámbito de aplicación de “lo jurídico”, que hoy se predica de muchas más cosas que del vocablo “derecho”.

(24) Polo incluso dirá que “la distinción potencia-acto, que es la aportación más importante de Aristóteles y, al mismo tiempo, un poderoso modo de resolver dificultades”, en POLO, L., *Introducción a la filosofía*, Pamplona, Eunsa, 1995. p. 45.

(25) Ver Parménides de Elea, *Sobre la naturaleza*, Solana Dueso (trad.) *De Logos a Physis. Estudio sobre el Poema de Parménides*, Zaragoza, Mira Ed, 2006 (28 B8).

resolver problemas matemáticos, pero el animal jamás lo hará, mientras el niño puede aprender; un retazo de madera no es una estatua, pero tiene la capacidad de serlo si cae en las manos de un artista, lo que nunca sucederá con el aire o el agua.

Potencia **es algo que está en capacidad de ser** otra cosa. Un niño está en potencia de ser un arquitecto, la vista es una potencia porque está en capacidad de ver. La inteligencia y la voluntad son potencias supremas porque son capaces de entender y amar cualquier cosa. Si algo no estuviera en potencia, nunca podría llegar a ser otra cosa. El ser humano no espera ser un sapo, ni un dios, porque ello no corresponde a su naturaleza. Toda persona espera ser feliz, entender, querer... realizarse (realizar sus potencias corporales y espirituales), llegar hasta donde sus capacidades se lo permitan. Las capacidades del ser humano están limitadas por sus potencias físicas y espirituales: en último término son ellas las que le marcan los únicos fines que nos podemos proponer. Por esta razón, las potencias de nuestra naturaleza marcan los únicos fines jurídicos que pueden existir; solo luego de esta demarcación natural la constitución, las leyes, la voluntad de cada persona los podrán concretar en alguna medida.

Modulado el término para la ciencia jurídica, tenemos que "potencia jurídica" es algo que está en capacidad de entrar en una relación jurídica. Diríamos que este concepto comprende **el conjunto de posibilidades justas que se abren a una determinada realidad**. Si algo o alguien puede formar parte de una relación jurídica, entonces tendrá una potencialidad jurídica: es bien jurídico o sujeto del derecho en potencia. Un transeúnte está en "potencia jurídica" de ser consumidor hasta el momento en que compre la pizza que le ofrecen; entonces dejará de estar en mera potencia de ser consumidor y obtendrá un "ser jurídico" específico. El concepto también sirve para las cosas. Una piedra galena tirada en el camino está en "potencia jurídica" de pertenecer a alguien hasta cuando efectivamente sea poseída o dominada por un hombre y exista un tercero que deba respetar tal dominio.

La noción de "potencia jurídica" puede aludir a un determinado efecto potencial (por ejemplo, el dueño de una casa puede venderla) o a todos los efectos posibles (por ejemplo, la casa puede ser vendida, alquilada, destruida, remodelada, etc.). En general, cuando aquí hablemos de potencia jurídica, lo tomaremos en este último sentido absoluto.



El **ser jurídico** y la **potencia jurídica** son dos presupuestos y dos coprincipios de la relación jurídica, del dinamismo jurídico<sup>(26)</sup> y del **espacio jurídico**. De la sumatoria de ambos resulta el concepto de espacio jurídico, que a continuación abordamos.

### 2.3. *Espacio jurídico, antijurídico y ajurídico*

Ulpiano definió la jurisprudencia como *iusti atque iniusti scientia* (Digesto 1.1.10). Sin embargo, lo que más le interesa al jurista es conocer cuál es el campo de **lo justo**; el conocimiento de lo injusto también le servirá, pero solo para delimitar cuál es el campo de lo justo y para deducir cuál es la salida justa ante la conducta antijurídica. Ese conjunto de posibilidades justas, que pueden estar dándose de hecho o solo en potencia, conforman el espacio jurídico. Por eso lo hemos definido como el resultado de sumar el **ser jurídico** más la **potencia jurídica**.

El espacio jurídico de cada individuo no es infinito, pues el ser humano no lo es: sus posibilidades físicas, jurídicas, económicas, etc. son limitadas. Sus posibilidades están limitadas por su propia naturaleza (por ejemplo, no puede volar, le cuesta llegar a la verdad, etc.), por sus circunstancias, por sus concepciones y también por sus decisiones. En otras palabras, la realidad, la razón y el ejercicio de la voluntad marcan el límite que hay entre lo jurídico y lo antijurídico.

Un hombre soltero tiene un gran espacio jurídico potencial: tiene millones de mujeres potenciales a su alcance, pero ninguna real. Cuando contraiga matrimonio cambiará esa multitud de mujeres potenciales por una real, reduciendo su espacio jurídico potencial y agrandando su realidad jurídica. En definitiva, el espacio jurídico de la persona es un espacio de libertad: es la suma de opciones legítimas (no injustas) que una persona puede tener en unas circunstancias determinadas.

El espacio jurídico es un concepto muy flexible que puede aplicarse a sujetos, cosas, cargos, poderes, leyes, hechos, ficciones, etc. Ya hemos visto ejemplos de cómo aplica a los sujetos. También puede predicarse de las cosas, susceptibles de estar sujetas a una o varias relaciones jurídicas: una mesa de metal que antes pertenecía a Juan, mañana puede pertenecer a Pedro, o puede entrar a un fideicomiso mercantil, o ser vendida como chatarra

---

(26) Sobre el dinamismo jurídico, ver mi artículo "Ser y tiempo jurídicos", en *FIDES Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade*, 5, nº 2, 2014.

para fundirse. La mesa tiene un conjunto de posibilidades jurídicas muy diversas. También los cargos, funciones o poderes públicos tienen su propio espacio jurídico (su conjunto de competencias y facultades legítimas), que será delimitado por las leyes del lugar. El poder constituyente tendrá un espacio más amplio que el legislativo; y este, en principio, será mayor que el espacio jurídico del ejecutivo.

Las normas jurídicas suelen dejar entre sus letras amplios espacios jurídicos potenciales cuando utilizan conceptos jurídicos indeterminados, cuando no mencionan todos los presupuestos debidos (vacíos legales), o cuando son normas abiertas, permisivas o programáticas. Esos espacios jurídicos potenciales serán llenados o concretados por la doctrina, por la práctica y por la jurisprudencia. Como se ve, el concepto de espacio jurídico es muy versátil y puede aplicarse a cualquier realidad relacionada con el derecho: a personas, cargos, bienes, normas... y también al ordenamiento jurídico.

Más allá del espacio jurídico está el **espacio antijurídico**. El concepto de "antijuricidad" fue delineado por Ihering, quien entendió el derecho como el resultado de una lucha destinada a alcanzar la paz social;<sup>(27)</sup> las actuaciones humanas que perturban la paz social, que dañan los bienes jurídicos y atentan contra los intereses protegidos en el ordenamiento, han de tenerse como "antijurídicas".<sup>(28)</sup> Ihering entiende lo antijurídico como aquella conducta contraria al ordenamiento jurídico, entendido este en términos bastantes positivistas. Nosotros entendemos lo antijurídico más ampliamente, como aquello contrario al derecho-*res iusta*, al derecho-ley, al derecho subjetivo y al concepto lato de ordenamiento jurídico que más adelante perfilaremos.

Por último, existe un tercer espacio, el **espacio ajurídico**, que comprende el conjunto de cosas jamás relacionadas con el derecho. Llenan este espacio: los ángeles, las almas del purgatorio, los demonios, las normas de etiqueta, los sueños de una noche, lo absolutamente irracional falto de toda cordura, y, en general, todo ente real o ideal que carece de significación para el derecho. A diferencia de las acciones justas e injustas, lo ajurídico no genera ningún efecto jurídico.

(27) IHERING, R. v., *La lucha por el derecho*, Bs. As., Valletta Ediciones, 2004 [1872], cap. 1.

(28) IHERING, R. v., "*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*", *Festschrift für Etnil Roth. Gießen*, 1867. VI-68. Este autor tiene el mérito de haber deslindado el elemento de antijuricidad de la noción de culpa, lo que representó un avance para la ciencia penal.

## 2.4. Causas jurídicas

La causa es “el principio real del cual algo procede con dependencia en el ser”.<sup>(29)</sup> Lo que procede de la causa (el efecto) es siempre algo real y está subordinado realmente a la causa. Sin causa el efecto no “es”, no existe, no se da en la realidad; todo efecto requiere un fundamento causal. Por tanto, si el derecho existe, debe tener sus causas metafísicas.

En otro estudio hemos identificado las fuentes del derecho (generalmente reducidas a la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, etc.) con las causas metafísicas del derecho.<sup>(30)</sup> Ahí mostramos que el derecho en su acepción primigenia era producto de las cuatro causas clásicas:

- i. La causa formal **intrínseca** del derecho es ser forma accidental (no una forma substancial). Además, tiene otras causas formales **extrínsecas** (o ejemplares), como la ley o los negocios jurídicos.
- ii. La causa material del derecho (su materialidad) es ser un **hábito intelectual**. Cuando se **adquiere** el hábito nace el derecho. Por el contrario, si por **ignorancia** u **olvido** falta en todos los sujetos, el derecho desaparece. Esto justifica, entre otras cosas el desuso de la ley, la prescripción extintiva de derechos y el hecho de que el error común produzca ciertos efectos jurídicos. Como la forma del derecho se puede reproducir en varios entes, también constituyen causa material del derecho las cosas objeto de la relación jurídica (conocidas intelectualmente) y los sujetos de esa relación (en cuanto tienen ese hábito en su mente). Y también se llaman fuentes materiales o documentales a los textos escritos que recogen la forma justa, como las escrituras públicas de la compraventa de un bien inmueble o como el boletín oficial donde se publican las leyes.
- iii. Hay cuatro tipos de causas eficientes del derecho: la evidencia, las concepciones jurídicas,<sup>(31)</sup> los hechos jurídicos y la actuación volitiva del ser humano. Las dos primeras son de orden intelectual, los hechos son extramentales y la

(29) GARCÍA LÓPEZ, J., *Lecciones de metafísica tomista*, Pamplona, Eunsa, 1995, p. 257.

(30) Ver RIOFRÍO, MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C., “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2012º.259/308. Aquí únicamente ofrecemos unas breves consideraciones sobre la causalidad, las mínimas necesarias para luego poder abordar el tema del ordenamiento jurídico.

(31) En las concepciones jurídica se encuentran diversos saberes: i) unos conocimientos sencillos y comunes, como el derecho repentino basado en la evidencia, la cultura, la tradición, la costumbre, los conocimientos que vienen por la experiencia jurídica y la opinión común; ii) un pensamiento más articulado, como la doctrina jurídica, la opinión de los doctores, las interpretaciones del derecho elaboradas con sofisticadas técnicas hermenéuticas; y, iii) un conocimiento que toma en cuenta el dato de fe, que cuando es científico se denomina teología jurídica. Las concepciones jurídicas pueden ser verdaderas o erróneas. En el último caso hay un “error de derecho” capaz de generar ciertos efectos similares —pero no idénticos— a las fuentes de derecho verdadero. Pero como lo extremadamente injusto jamás es derecho

actuación jurídica corresponde a la voluntad que sanciona leyes, dicta sentencias, pacta negocios, actúa pública y privadamente. Todos estos elementos son fuentes del derecho.

- iv. El fin es la razón última por la que operan el resto de causas. El derecho también tiene sus fines, que no pueden ser sino los fines del ser humano, lo que sus potencias le permitan. Pero los fines tienen una jerarquía: por eso hay “fines medios” y “fin último”. Sin una razón última, no se justifican los medios, que siempre son instrumentos para otra cosa más importante. Sin fin último, el ser humano sería, como diría Sartre, una pasión inútil que vive afanándose sin sentido en mil veleidades. El fin más inmediato de la *res iusta* es determinar el pago de lo justo; un fin intermedio es la realización del bien común; el fin último es la felicidad humana.

**Los fines marcan cuáles son los bienes, los valores y los principios jurídicos.** Según una máxima metafísica, el fin visto por la inteligencia es el bien que persigue la voluntad.<sup>(32)</sup> Además, “lo bueno” es considerado “valor” en cuanto merece estima.<sup>(33)</sup> Y en cuanto a los principios jurídicos, ellos son postulados de razón que afirman los fines, bienes y valores del derecho (que no pueden ser sino fines, bienes y valores humanos). Todas estas cosas pertenecen a la concepción jurídica que cada sociedad concreta.

Definidos estos términos, aunque sea brevísimamente, ya estamos en condiciones de entrar de nuevo al gran tema de la estructura del ordenamiento jurídico.

### 3. La estructura del ordenamiento jurídico

#### 3.1. Noción

Desde luego, la noción de ordenamiento jurídico pende del concepto que se tenga de derecho. Quienes identifican al derecho con la ley suelen concebirlo como un “conjunto de normas jurídicas” que rigen en un lugar determinado, en una época concreta, o como la forma en que tales normas se encuentran jerarquizadas. Quienes identifican al derecho con el derecho subjetivo verán el ordenamiento como la sumatoria final de los derechos de las personas. Si se identifica al derecho con lo justo, el ordenamiento jurídico será el orden social justo.

(RADBRUCH, G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Heidelberg, Müller, 1946), no hay “error común” extremadamente injusto, ni este generaría efectos análogos al derecho.

(32) Por ejemplo, ver GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 281.

(33) Dentro de la doctrina jurídica, Hervada ha señalado que “el valor es la estimación del ser como bien, que obedece a una dimensión objetiva y real del ser” (HERVADA XIBERTA, J., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Euns, 2000, p. 68).

Una visión integradora de las anteriores perspectivas es la que parte de la relación jurídica, donde los elementos mencionados y otros entran en juego: los derechos subjetivos de las partes, lo justo, sus causas (por ejemplo, la ley, la costumbre, etc.). Desde esta visión holística, el ordenamiento jurídico sería el conjunto de relaciones jurídicas de una sociedad, causadas por unas fuentes comunes de derecho.

### 3.2. *Unidad y orden*

Sea cual fuere la definición más conveniente de “ordenamiento jurídico”, parece indiscutible que, por ser un “ordenamiento”, deberá tener algún “orden”. Una buena definición de orden la encontramos en Ramírez, para quien:

El orden consiste esencialmente en una relación entre varias cosas, distintas y desiguales, pero con alguna conveniencia entre ellas, que se relacionan, ante todo, a algo único y primero, o sea, a un principio, según un antes y un después, o según más o menos; de suerte que la correlación o coordinación entre sí de los distintos miembros de cada orden es secundaria, y depende de la relación primordial de todos ellos respecto del principio primero o máximo, dentro de ese orden.<sup>(34)</sup>

Como se ve, la misma noción de orden exige la presencia de algún principio ordenador.

El orden y la unidad se pueden dar por cualquiera de las cuatro causas clásicas (material, formal, agente y final). Sin embargo, cada causa genera un orden de diversa naturaleza y perfección.<sup>(35)</sup> El orden más básico es el que viene por la vía de la **causa material** y que es producto de la yuxtaposición de objetos hechos de la misma materia. Es la unidad del montón, igual a la que existe en un tacho de basura lleno de papeles. Ese sería el orden jurídico que resulta de yuxtaponer un conjunto de normas, derechos, negocios, etc.<sup>(36)</sup> Este orden de simple agregación es bastante básico y fácil de destruir.

---

(34) RAMÍREZ, S., *De ordine placita quaedam thomistica*, Salamanca, San Esteban, 1963, p. 16.

(35) Aquí recogemos únicamente unas pocas conclusiones de otro estudio más amplio que hemos hecho sobre las causas de la unidad y del orden del ordenamiento jurídico.

(36) Con frecuencia se define al derecho como “el conjunto de normas jurídicas coactivas”, lo cual teniendo su parte de verdad, no es del todo acertado. El derecho tiene un orden muy superior al material.

Una cierta unidad y orden también se consigue por la vía de la formalidad legal, donde lo justo suele hacerse a ejemplo —con la forma— de un patrón.<sup>(37)</sup> Un sistema jurídico puede generarse a partir de un modelo, de una norma ejemplar (por ejemplo, la Constitución) a la que todo el ordenamiento se debe adecuar formalmente. Esa es la unidad planteada por Kelsen.<sup>(38)</sup> Pero en la práctica, esta unidad del orden jurídico viene a ser más una aspiración que una realidad, pues los hechos demuestran que existen normas ineficaces, contradictorias, lagunas legales, casos de excepción, etc. Ciertamente estamos ante una unidad mayor que la material, aunque todavía se asimila a la mera agregación, como la del conjunto de granos que tienen la misma forma.

El principio de unidad y orden del ordenamiento jurídico más palpable viene por la vía de la **causa eficiente**, por los agentes productores del derecho. A más productores de derecho autónomos, menor unidad; en cambio, si solo uno manda, habrá una mayor unidad en el derecho, un solo e incuestionable orden jurídico. A su modo, varios autores hablarán de la causa eficiente. Caso paradigmático es el de Kelsen que, al inicio de su carrera consideraba que la producción del derecho era una cuestión metajurídica, y atribuía la unidad del orden jurídico a la voluntad del Estado (que para él, era el punto final de imputación de los efectos jurídicos). Sin embargo, su posición fue cambiando y poco a poco la “nomodinámica” llegó a justificar la unidad del ordenamiento.<sup>(39)</sup>

Pero la causa que más ordena y unifica es la causa final. Se la llama la **causa causarum**, la causa de las causas, porque es el fin el que dirige al resto de causas. “El fin mueve al agente, el agente educa la forma, y la forma organiza la materia”.<sup>(40)</sup> Todo orden tiene una causa final. No hay orden sin fin, ni ordenamiento jurídico sin fin humano.

(37) Recuérdese que la causa ejemplar es una especie de causa formal (en concreto, es una causa formal extrínseca). Al respecto, ver RIOFRIO, “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, *op. cit.*, pp. 266/267, 273/274, 292, 306/307.

(38) Significativas son las palabras de Errázuriz (*op. cit.*, p. 233) sobre la unidad formal de Kelsen: “lo peculiar de la Teoría Pura es la función que atribuye a esa jerarquía, tratándola de acuerdo con su enfoque formalista, y en función de los problemas de la unidad y el fundamento de validez del derecho”.

(39) En 1913 Kelsen ya hablaba del devenir de la norma (pp. 53/98), y la función de la norma básica en este proceso se expondría al año siguiente (1914, pp. 202/245, 390/438), siendo más ampliamente expuesta en “El problema de la soberanía” (1920). En el prólogo de la segunda edición de “Problemas capitales” (1923) Kelsen dejará constancia de esta nueva perspectiva que se abría en la TPD. Ver KELSEN, H., *Das problem der Souveränität*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1920; H. *Hauptprobleme*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1923.

(40) ALVIRA, T., CLAVELL, L. y MELENDO, T., *Metafísica*, Pamplona, Eunsa, 1986, p. 229.

Varias de estas nociones metafísicas básicas fueron atacadas constantemente por Kelsen, quien fue “decididamente antifinalista”.<sup>(41)</sup> Sin embargo, resulta que es impensable un orden sin principio ni fin. Quien entiende bien las máximas metafísicas simplemente no puede concebir un sistema jurídico sin fines. Pasarán los años, la TPD entrará en crisis, y aparecerán movimientos como el del neo-constitucionalismo que destacarán que los fines básicos del ser humano juegan un papel de primera categoría en el derecho. La forma, el texto escrito de la norma (aunque sea la misma constitución) pasará a considerarse como “medio” o “instrumento” que facilita alcanzar los verdaderos derechos de las personas. El neoconstitucionalismo quita los acentos de la causa formal del derecho —que, en ocasiones, queda totalmente olvidada— y los pone en la causa final, que para sus defensores ostenta la primacía.<sup>(42)</sup> Por estas razones, muchos considerarán superado a Kelsen a finales del siglo XX.

En general, hoy se acepta ampliamente la existencia de unos fines en el derecho y en el ordenamiento jurídico. Se discute, sin embargo, cuáles son y qué naturaleza tienen. Los positivistas a ultranza seguirán diciendo que el único fin jurídico es el fin objetivo de la ley —ley fundamental, si se quiere—; otros anclarán los fines en los valores sociales, en la “voluntad general”, o en otros raros elementos que Kelsen calificaba de “metajurídicos” y que no darán sino una relativa unidad al sistema jurídico. Más problemas tendrán los que ven al derecho en términos subjetivistas, quienes desde su visión atomista corren el peligro de caer en un anarquismo que no acepta ninguna ley, ni autoridad superior que dé unidad al sistema jurídico (olvidando la unidad y orden que proporciona la causalidad eficiente común). Los iusnaturalistas tenderán a dar una unidad y orden fuerte al ordenamiento, cimentándolo en la única naturaleza humana (en sus fines naturales, inclinaciones, potencias, etc. dependiendo del autor),<sup>(43)</sup> pero si descuidan el resto de principios de unidad y orden, habrán prestado un mal servicio al derecho con una doctrina reduccionista.

---

(41) ERRÁZURIZ, *op. cit.*, p. 97.

(42) Los neoconstitucionalistas más extremos incluso aceptarán que se puede interpretar la constitución en contra de la misma constitución, para salvaguardar los valores sociales o los derechos de la persona. Ver GARCÍA AMADO, J.A. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 242.

(43) Domingo R., por ejemplo, concibe al orden jurídico como una pirámide de personas. Ver DOMINGO R., *op. cit.*

Aquí la metafísica vuelve a arrojarnos luz: si el derecho es eminentemente humano, y como vimos antes, el ser humano no puede tener más fines que los que permiten sus potencias espirituales y corporales, luego los fines últimos del derecho no pueden ser otros que los mismos fines que posibilita la naturaleza humana. El alimento no es un derecho subjetivo protegido por la ley porque así lo dice la Constitución, la sociedad o la voluntad general: lo es porque así lo determina la naturaleza. Habrá que añadir, por lo demás, que no todas las potencias son igualmente importantes: no se valora igual la pérdida de un ojo, que la de un dedo, que la serenidad para pensar o la capacidad para amar. Un ser viviente que carece de inteligencia no es un ser humano, sino un animal o una planta. De la jerarquía de las potencias naturales deriva la jerarquía de los fines humanos, que son también los fines jurídicos.

A la indisoluble relación metafísica que existe entre ser y potencia, y entre potencias humanas y fines humanos, se pueden añadir otras relaciones más. Los fines humanos determinan lo que el hombre estima, lo que vale, sus "valores" personales, sociales y jurídicos. Y tanto los fines, como los valores, son los que marcan los primeros principios de su actuación y las reglas jurídicas. De ahí se extrae la alguna vez llamada **fórmula Riofrío** (que conecta ser humano-potencias-fines-valores-principios-reglas) que constituye el principio ordenador del ordenamiento jurídico.

En síntesis, el ordenamiento jurídico intrínsecamente tiene una "unidad de orden". Esta unidad viene dada principalmente por:

- i. la fuerte unidad de la persona humana;
- ii. por la unidad del cosmos, donde se encuentran los bienes jurídicos;
- iii. por la fórmula "ser humano-potencias-fines-valores-principios-reglas";
- iv. por la jerarquía de las potencias, que redundo en la jerarquía de los fines, valores y principios del derecho.

Además existen otros elementos que unifican y ordenan los ordenamientos nacionales, como:

- v. las concepciones jurídicas generalizadas;
- vi. la actuación jurídica más abstracta y general, como la Constitución; y
- vii. las autoridades eficaces más altas.



### 3.3. El espacio jurídico del ordenamiento jurídico

Queda escrito que el espacio jurídico resultaba de la sumatoria del **ser jurídico** y la **potencia jurídica**, es decir, está conformado por el conjunto de posibilidades justas actuales y potenciales que se abren a una realidad. Aplicado al ordenamiento jurídico tendríamos que su espacio jurídico es la sumatoria de lo que está vigente actualmente, de lo que hoy es jurídico, y de lo que, eventualmente, podría serlo.

Si se plantea la cuestión en términos absolutos, como cuando por ejemplo el pueblo confiere a una asamblea poder originario para dictar una nueva constitución, se observará que el espacio jurídico de tal asamblea constituyente es bastante amplio: los únicos límites que tendría serían los que fijen las potencias humanas, sus fines, bienes, valores y los principios del derecho, a más de los circunstanciales (por ejemplo, la ignorancia o prejuicios de los asambleístas, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por el pueblo). No sería justo que el constituyente mande a un ciudadano a volar con los vientos solanos porque no es ave, ni en justicia podría prohibirle pensar porque ese es un muy excelso fin suyo, ni debería consagrar como un valor fundamental la tortura, ni establecer el principio *in dubio contra reo*. Todas estas acciones se encuentran fuera del espacio jurídico primario delineado por la fórmula Riofrío.

Algunas veces los constituyentes padecen algo de idealismo: escriben en el papel cantidad de cosas bellas que nunca se realizarán, o que solo se concretarán modestamente en la realidad después de muchos años: el derecho al pleno empleo, a la paz, a la tranquilidad psicológica, el acceso universal a internet... Las constituciones tienen mucho espacio jurídico potencial. Algo similar sucede con las leyes inferiores, que también tienen fines abiertos y conceptos jurídicos indeterminados. Generalmente corresponderá a los operadores del derecho, y de manera especial a los jueces, concretar el amplio espacio jurídico dejado por la norma escrita indeterminada.

En general, las normas más altas del ordenamiento jurídico cuentan con un gran espacio jurídico potencial, y con menos ser jurídico porque —proporcionalmente hablando— se llegan a cumplir menos en la realidad. Por el contrario, las normas inferiores suelen cumplirse más en lo cotidiano.

Estos tres espacios mencionados (el antijurídico, jurídico actual y jurídico potencial) pueden ser graficados de un modo bastante sencillo:

**FIGURA 1. ESPACIO JURÍDICO**

En el gráfico no aparece el **espacio ajurídico**, que comprendía aquellas cosas no relacionadas con el derecho, ni directa, ni indirectamente (por ejemplo, los ángeles, los sueños, las normas inentendibles y contradictorias, etc.). Si un elemento esencial del derecho es la racionalidad, lo que no tiene ni siquiera apariencia de racional no forma parte del espacio jurídico, ni del antijurídico. ¿Qué cosas conformarían el espacio ajurídico del ordenamiento jurídico? Haciendo un paralelo a las ocho vías de fractura de Fuller,<sup>(44)</sup> aquí decimos que no están para nada relacionados con el derecho:

- i. la mera ausencia de normas o leyes;
- ii. las leyes secretas o no publicadas, porque les falta un elemento de su esencia (la promulgación) para que existan;
- iii. la falta total de claridad de la legislación que vuelve incomprensible el texto, por su irracionalidad;
- iv. cierta legislación retroactiva, en cuanto es inconsistente;
- v. las leyes contradictorias entre sí, por flagrante irracionalidad;
- vi. las leyes que exigen conductas imposibles o acciones que están más allá del poder real de los gobernados, justamente por irreales;
- vii. la legislación sumamente inestable (la revisión diaria de las leyes), que por su inconsistencia es incapaz de ser asumida por la inteligencia de la mayoría de los gobernados;
- viii. las contradicciones surgidas entre los mandatos de las diversas autoridades, que hacen imposible a una persona de buena fe cumplir con todos esos mandatos.

(44) Ver la tesis de las ocho vías donde el ordenamiento jurídico falla en FULLER, L., *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1969. pp. 33/38.

A diferencia de los actos y normas justos o injustos (que están en el espacio jurídico o antijurídico), estos ocho elementos del espacio ajurídico en sí no generan efecto jurídico alguno. Por ejemplo, la promulgación de una ley ininteligible no surtirá efecto, sino hasta que se promulgue otra ley "aclaratoria" (que, en realidad, sería una nueva ley con fuerza propia). Quizá quien promulgue esa norma sea reo de alguna responsabilidad civil o penal, o se arme un gran caos jurídico en el sistema con grave detrimento para la seguridad de las personas, pero en sí la norma (el precepto racional) no ha generado efecto alguno; lo que ha generado efectos ha sido la dañosa actuación del legislador. La norma absolutamente irracional, irreal, inconsistente o inexistente nunca forma parte del "orden jurídico".

Con estas premisas ahora sí podemos entender cómo se escalona el ordenamiento en una pirámide invertida.

## 4. La pirámide invertida

### 4.1. Introducción

Sigamos con el ejemplo del poder constituyente originario. Una asamblea con semejante poder podría optar por un régimen monárquico o por uno democrático; cuando haga su elección, entonces el espacio jurídico potencial se reducirá: así, si escoge el democrático, ya no estará en potencia de ser monárquico. Al optar por la democracia, a continuación deberá dilucidar si conviene instaurar elecciones directas o indirectas; cuando opte por las directas, las indirectas quedarán excluidas. Las posibilidades se seguirán reduciendo mientras más decisiones se adopten. Más tarde vendrá el legislador que dictará una ley electoral, y luego un órgano administrativo que reglamentará cuándo y dónde debemos votar, y con qué requisitos (por ejemplo, presentar el carnet de identidad, votar en secreto detrás del ánfora, etc.)... entonces el espacio jurídico será reducidísimo. El alto y fundamental valor de la democracia quedará reducido al derecho-deber de presentarse un día tal, a una hora determinada, en la mesa número 576 con el documento de identidad para en una papeleta marcar una línea dentro de un pequeño cuadrado. Esa es la democracia real. Lo anterior muestra cómo un mayor número de opciones jurídicas produce una mayor reducción del espacio jurídico.

Intentando reflejar gráficamente cómo las normas superiores prevalecen y fundamentan las inferiores, y cómo las primeras confieren unidad al sistema

jurídico, Kelsen y Merkl mostraban el ordenamiento jurídico como una pirámide donde las normas que prevalecen están arriba; y las jerárquicamente inferiores, abajo. A nosotros nos parece que si la pirámide se dibuja al revés, es capaz de mostrar algo que la de Kelsen no puede: el espacio jurídico, el ser y la potencia. La pirámide quedaría así:

**FIGURA 2. PIRÁMIDE JURÍDICA INVERTIDA**



La pirámide invertida es más elocuente que la de Kelsen-Merkl. A más de recoger los aciertos de la TPD, representa mejor que las normas superiores del ordenamiento jurídico que son más abstractas, tienen un mayor espacio jurídico y, por consiguiente, admiten mayores posibilidades de determinación jurídica. En cambio, las normas inferiores, que se supe-ditan a las superiores, se mueven siempre en un espacio jurídico más reducido. Y aún menos espacio jurídico tendrán los actos y relaciones jurídicas que ya se han concretado en la realidad jurídica (están ya en acto).

También se evidencia que solo la última grada del espacio está llena de **ser jurídico**. El resto de normas generales dejarán muchos aspectos suyos sin concretar, que permanecerán solo en potencia de llegar a ser realidad. El ser jurídico está en el vértice inferior (donde se encuentran las decisiones, negocios y actos jurídicos concretos) y en su proyección hacia arriba, porque solo en esa parte las normas superiores (por ejemplo, la constitución, tratados, etc.) han causado eficazmente el derecho. El resto de espacios quedarán en potencia porque ahí las normas no han sido causa del ser jurídico.

Además, la pirámide invertida hace más patente que lo inferior no puede salirse del espacio jurídico dejado por la norma superior: es la norma superior la que delimita *in genere* el espacio jurídico de la norma inferior. La gráfica muestra también cómo se integran otras fuentes del derecho descuidadas por Kelsen: la naturaleza humana, la realidad de las cosas, los hechos jurídicos, las concepciones jurídicas, etc. Contra la TPD, se evidencia que la ley no es la única, ni la primera causa del derecho.

La pirámide invertida parte de unas bases metafísicas más completas que las de Kelsen, que si bien permitían un desarrollo doctrinario por la causa formal, descuidaban las demás causas metafísicas. En esta nueva teoría debería entenderse mejor que la jerarquía normativa se justifica por las cuatro causas: la causa final en primer lugar, luego el agente, la formal, y por último, la material. Aunque esto merece una explicación más amplia, ahora solo observamos que es patente que el bloque normativo no puede prevalecer sobre las concepciones jurídicas generalizadas, porque las normas tienen que ser entendidas por un intelecto que ya posee tales concepciones. Si las normas no son conocidas, menos podrán cumplirse.

A continuación, revisaremos con algo más de detalle los diferentes niveles del ordenamiento jurídico, cotejándolos con la más relevante doctrina constitucional.

## 4.2. Niveles

Como muestra el gráfico, son cuatro los grandes niveles del ordenamiento jurídico. Kelsen solo habló del nivel normativo. Aquí procuramos completar su teoría incorporando los aportes de otros importantes juristas.

### 4.2.1. Primer nivel

La primera idea básica del realismo jurídico es que el ordenamiento jurídico es un orden de cosas, personas y circunstancias reales. Por eso el primero, más alto y más amplio nivel de la pirámide invertida está constituido por el espacio jurídico absoluto de las personas, de las cosas y del entorno. Ahí están comprendidas todas las posibilidades justas que la naturaleza ofrece a estos tres elementos claves de toda relación jurídica. Hay cuatro notas características de este nivel:

- i. **La necesidad.** Las cosas son las que son, las personas las que están; el entorno, el que es. Estamos en un nivel inexorable, necesario e ineludible. Su realidad

no depende de nuestra imaginación, ni de nuestra visión del cosmos, ni menos de nuestra voluntad. ¡Cuántas veces quisiéramos tener una mina de oro en el patio de nuestra casa y no la hay! Pensando en este nivel, Cicerón afirmó que el derecho no era producto del arbitrio, sino que era un dato de la naturaleza. *Initium iuris est a natura profectum.*<sup>(45)</sup>

- ii. **Delimitación forzosa.** La naturaleza humana está limitada: Pedro no puede abrir sus brazos y salir volando como un pájaro, ni correr a la velocidad del guepardo, ni poner huevos de gallina, porque su naturaleza no le da. De igual manera, tampoco se puede pretender que las cosas actúen más allá de su naturaleza: la mesa no sirve para taladrar, ni el teléfono para navegar, ni el martillo para cocinar. Y lo mismo cabe decir del entorno físico, que está conformado por cosas y personas. Estamos ante límites naturales y forzosos que delimitan el derecho. Por eso no son jurídicas las exigencias superiores a la naturaleza humana: *ad impossibilia nemo tenetur*.
- iii. **La amplitud.** Si del ordenamiento jurídico abstraemos las exigencias y límites impuestos por cada cultura jurídica y por las leyes, negocios, actos, etc., veremos que *a priori*, la naturaleza de las cosas y las personas permite muchas cosas que luego serán proscriptas o limitadas por el derecho positivo. Por eso, el primer nivel de la pirámide invertida contiene el espacio jurídico más amplio de todos; el resto de niveles jurídicos solo podrá ratificar o concretar las posibilidades que la realidad extramental ofrezca.
- iv. **El orden.** Quien en una noche despejada de verano ve las estrellas titilando en el firmamento, se admirará de su orden, de la cadencia de su movimiento que lentamente camina de un extremo del horizonte al opuesto, mientras dura la oscuridad. No todo es azar, no todo es colisión, incertidumbre, contingencia. El espectáculo de esa pacífica noche lo demuestra. Los científicos han descubierto que el universo, desde su mismo inicio, mantiene unas constantes muy bien alineadas sin las cuales resultaría imposible la vida. Todas las ciencias experimentales que estudian las cosas, las personas y el entorno suponen que en su objeto de estudio hay un orden, unas leyes a descubrir. Y ya hemos visto que desde el punto de vista metafísico existen cuatro causas constitutivas de la realidad: la causa formal, la material, agente y final, dentro de las cuales la más importante de todas es la *causa causarum*, la causa final. Además, vimos que no hay orden sin fin, y que el fin está marcado por las potencias de cada naturaleza: cada potencia corporal o espiritual delimita las posibilidades de cada ser, el grado de plenitud que puede alcanzar. El topo ciego no tiene por fin mirar las estrellas, porque carece de la potencia corporal de la vista; tampoco pueden observarlas la mayoría de animales, porque su visión es muy limitada.

(45) CICERÓN, *De inventione*, II, 53. Desde una perspectiva metafísica, Balbín observa que “la naturaleza en el sentido usado por la metafísica del ser, respecto al derecho natural, es la esencia, la síntesis originaria de rasgos fundamentales que determinan el carácter propio de una realidad” (BALBÍN, R. M., *La relación jurídica natural*, Pamplona, Eunsa, 1985. p. 133).

Pero como el ser humano sí alcanza el cielo, para él este se encuentra dentro de sus fines.<sup>(46)</sup>

A este nivel del orden jurídico parece haberse referido Ulpiano cuando, en una muy controvertida frase, afirmó que entre bestias y humanos había un derecho común.<sup>(47)</sup> Muchos iusnaturalistas se apresurarán a descalificar la tesis de Ulpiano para aclarar que el derecho natural no es un derecho de animales que se mueven por necesidad, sino de gente que se mueve por la razón. Siendo esto último verdadero —porque donde no hay razón, no hay derecho—, vale rescatar la parte de verdad descubierta por Ulpiano. Él no se fija en todo el orden jurídico, sino solo en el primero y más necesario de sus cuatro niveles: en la realidad extramental, cuyo orden general posteriormente será concretado por la inteligencia y la voluntad humanas.<sup>(48)</sup>

#### 4.2.2. Segundo nivel

El segundo nivel de la pirámide está constituido por el conocimiento que el intelecto humano tiene de la realidad, en cuanto este conocimiento le sirve para determinar lo que es derecho. Aquí están el conocimiento jurídico del mundo, las “honestas convicciones”, las concepciones que se tienen de lo justo.

Los límites racionales son dos:

- a. Límites reales: la inteligencia humana ha de conocer la realidad, pues ese es su fundamento. Nadie puede pensar que vende tres hectáreas de tierra, cuando entrega un vaso de agua, ni que compra alimento cuando se le da un libro. La realidad limita las concepciones jurídicas.
- b. Límites funcionales: hay otros límites impuestos por la misma razón, que puede ser más o menos aguda, más o menos ignorante, más o menos avezada. La

---

(46) Aquí solo hemos mencionado cómo ordena la causa final con necesidad, por su importancia, pero lo propio debería decirse del resto de causas. Por ejemplo, también la causa material establece una jerarquía de valor: es evidente que no valen lo mismo una moneda de oro que cien kilos de oro.

(47) En concreto Ulpiano afirmó que “el derecho natural es lo que la naturaleza enseña a todos los animales: en verdad este derecho no es propio del género humano, sino que es común de todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, y también de las aves. De allí procede la unión del macho y la hembra, que nosotros llamamos ‘matrimonio’, de allí [procede] la procreación de los hijos, de allí la crianza [de los hijos]: vemos pues que también los demás animales, aún las fieras, son guiados por la pericia de este derecho” (*Digesto*, I, 1, 1, 3).

(48) Será el mismo Ulpiano quien dejará caer que solo el ser humano tiene derechos y obligaciones por ser el único dotado de razón, al afirmar que *nec enim potest animal injuriam fecisse quod sensu caret* (*Digesto*, I, 1, 3). Ver GONZÁLEZ DÍAZ, F. X., *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004, p. 130.

inteligencia concreta el espacio jurídico de la realidad porque nunca será capaz de conocerla en todas sus dimensiones, sino solo de forma parcial:<sup>(49)</sup> siempre habrá nuevas cosas que descubrir, la inteligencia siempre podrá conocer nuevas posibilidades jurídicas que ofrezca la realidad.

Haciendo un paralelo a la doctrina albertina de los tres niveles de derecho natural,<sup>(50)</sup> descomponemos aquí<sup>(51)</sup> el segundo nivel de la pirámide invertida en tres bloques racionalmente jerárquicos:

- i. En primer lugar está el inmediato **conocimiento de la realidad extramental** (personas, cosas y entorno), porque sin este conocimiento no hay posibilidad de razonamiento, ni de ninguna conclusión intelectual. Para que haya razonamientos conclusivos, primero debe haber juicios; y para que haya juicios, antes deben existir aquellas nociones captadas de la realidad por simple aprehensión. El orden lógico del conocimiento es este: nociones, juicios, razonamientos. La realidad extramental debe conocerse lo mejor posible para asimilarla, enjuiciarla, razonarla y decidirla.
- ii. El conocimiento de la realidad extramental permite el primer tipo de conclusiones, que conforman la **concepción jurídica natural**. Por ejemplo, quien entiende la naturaleza sexuada humana y sus fines naturales, rápidamente concluye que, por principio, el matrimonio debe ser heterosexual. La ignorancia de estas cuestiones jurídicas fundamentales asestaría un golpe mortal al derecho, porque es aquí donde comienza la reflexión jurídica. Sin el conocimiento de los fines humanos, la libertad humana queda reducida al capricho, a lo pasional, a una pasión inútil; por el contrario, un buen conocimiento de la realidad da alas al derecho y a la libertad: *veritas liberavit vos*.

La concepción jurídica natural presupone el conocimiento de la realidad extramental, del ser, naturaleza y potencialidades **de las cosas y de las personas**. De este conocimiento deduce los fines posibles hacia los que cada ente puede moverse (“para qué sirven las cosas”, “para qué existe la persona”), y entonces evaluará objetivamente su ser, sopesará su valor objetivo —a más ser, más perfección, más valor, dice la metafísica—

(49) Con todo, la inteligencia sí podrá conocer sus rasgos esenciales, sí podrá llegar a un conocimiento verdadero —aunque siempre perfectible— y a una evaluación sensata de lo justo.

(50) Alberto Magno en la *Summa de Bono* (1242 aprox.) distinguió tres tipos de derecho natural: el derecho *essentialiter*, que son los primeros principios prácticos, el derecho *subpositive*, que son las conclusiones inmediatamente conexas a los primeros principios, y el derecho *particulariter*, que son determinaciones particulares debidas a la voluntad positiva del legislador (tract. V, q. 1, a. 3).

(51) En RIOFRÍO, “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, *op. cit.*, pp. 276/281, vimos con más detenimiento qué son y cómo operan las concepciones jurídicas que conforman el segundo nivel de la pirámide. En línea con lo expresado, aquí hacemos una clasificación tripartita de las concepciones jurídicas.



y jerarquizará todo según su valor. La jerarquización de potencias, fines, valores, principios es crucial para arribar al concepto de orden jurídico.

Vale recordar aquí la ilación hecha entre ser-potencias-fines-bienes-valores-principios-reglas y vale insistir de nuevo en que estos fines, bienes, valores y principios, tienen un pie en la realidad natural y otro, en la inteligencia. Es propiamente en las concepciones jurídicas donde subsisten como conocimiento y es desde ahí donde ordenan todo el ordenamiento jurídico. No hay orden sin fin. Esto es axiomático. El fin es lo primero en captarse y lo último en realizarse en todo orden, incluido el jurídico; el fin justifica que algo sea considerado como bueno, como bien, como valor jurídico, y señala a dónde deben apuntar los principios generales del derecho. Es cierto que el orden de este nivel (que es de naturaleza mental) deja amplísimos espacios jurídicos; aun así, sigue siendo "orden". Si no lo fuera, el ordenamiento jurídico nunca sería ordenado.

iii. Por último tenemos a la **concepción jurídica jurígena**, que está conformada por el conjunto de conclusiones extraídas al relacionar tres tipos de conocimiento:

- a. la concepción jurídica natural;
- b. el conocimiento de la actuación jurídica del ser humano, es decir, de los actos y decisiones jurídicas propias y ajenas que se han adoptado en el tiempo; aquí estarían comprendidos los fines y valores subjetivos que cada persona y cada sociedad se han propuesto alcanzar; y,
- c. las opiniones, dudas, teorías, sensaciones, intuiciones, opciones intelectuales, etc., que suelen aparecer en mayor medida en las personas más formadas y en las sociedades más cultas.

En la primera mitad del s. XX adquirió notoriedad la concepción del derecho natural de Stammler, quien lo veía como "un ideal permanente de contenido variable",<sup>(52)</sup> por cuanto se constataba la existencia de "preceptos legales que, bajo unas condiciones empíricas, contienen la teoría de una ley correcta".<sup>(53)</sup> Su tesis suponía que, así como las ciencias naturales estaban dedicadas a estudiar la relación causa-efecto en la realidad, la ciencia jurídica se ocupaba de la relación fin-medio. El derecho estaba en la "esfera de los fines humanos". El influjo de Stammler en el iusnaturalismo

---

(52) STAMMLER, R., *Die Lehre vom richtigen Recht*, Berlin, Guttentag, 1902, p. 185.

(53) *Ibid.*, pp. 181/183.

fue grande.<sup>(54)</sup> Algo traía de verdad su doctrina. Desde la perspectiva, de la pirámide invertida, constatamos que los primeros fines-bienes-valores-principios jurídicos pertenecen a la concepción jurídica natural, la cual es más estable (por derivar del conocimiento de la realidad extramental) que la concepción jurígena (cuyo contenido resulta más variable). Y más variable aún será el tercer nivel de la pirámide invertida que, aunque ineludiblemente depende de las concepciones jurídicas (porque nadie puede querer lo que no conoce), siempre resulta menos estable porque depende de la inconstante voluntad: ciertamente, la voluntad es menos estable que la inteligencia.

Hart llegó a descubrir varios pisos intelectuales en el ordenamiento jurídico. En su intento de superar el positivismo radical de Kelsen, distinguió un contenido mínimo de derecho natural (equiparable a la concepción jurídica natural),<sup>(55)</sup> al que seguía un sistema de reglas primarias que contienen las obligaciones imperantes en la sociedad (este nivel se equipararía a las concepciones jurígenas). Las mencionadas reglas sociales serían generadas por una regla secundaria cardinal: *the rule of recognition*. Esta regla revela su existencia (*is shown*) en la práctica social, en la medida en que los funcionarios (especialmente los jueces) y el resto de ciudadanos atribuyan validez a un determinado sistema de normas. Ella es un test de validez de un sistema legal particular, constituido en parte de manera oficial y en parte por los hábitos sociales.<sup>(56)</sup> Serán los alumnos de Hart (por ejemplo, MacCormick, Finnis y Dworkin) y luego muchos otros (por ejemplo, Raz, Nino, Shapiro) quienes someterán a crítica y pulirán la *rule of recognition* que, pese a ser un elemento central en la teoría de Hart, queda mal delineada en sus escritos. En todo caso, rescatamos la idea

(54) La idea de Stammler entró al debate público y fue objeto de muchas precisiones. Georges Renard, por ejemplo, hablará de un "derecho natural con un contenido progresivo", mientras otros preferirán la fórmula de un "derecho natural de aplicación cambiante y progresiva". Ver LECLERCO, J., *Le fondement du droit et de la société*, 4ª ed., Namur, Wesmael-Charlier, 1957, pp. 45, 57. La traducción es mía. Ver también DUZY, E.S., "Philosophy of Social Change According to the Principles of Saint Thomas", en *The Catholic University of America Philosophical Studies*, XCI, Washington D.C., Catholic University of America Press, 1944.

(55) Hart admite un conjunto de verdades obvias que deben respetarse para garantizar la supervivencia humana y la viabilidad social. Si las agrupaciones sociales no quieren ser simples clubes de suicidas, deberán admitir un derecho igual para todos los seres humanos, junto a ciertas reglas que impidan la violencia, regulen el ejercicio de la propiedad, etc.

(56) Estos conceptos se encuentran principalmente en HART, H. & HONORÉ, T., *Causation in the Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1959; HART, H., *The Concept of Law*, Raz & Bullock (eds.), 1994 [1961].

de que el nivel legal no puede ser juzgado desde la misma instancia de la ley, sino que exige un nivel superior de orden más abstracto, basado también en las conductas sociales y en la cultura de cada sociedad. Además, la mera abstracción de una ley eterna (de un derecho natural abstracto) no deja de ser una entelequia vana si no se le pone pies; resulta necesario que exista una concepción jurígena del derecho, a más los restantes niveles de la pirámide jurídica.

Será el discípulo más renombrado de Hart quien además le sucedió en la cátedra de filosofía del derecho, el que dentro de una fuerte crítica a su maestro desarrollará varios aspectos de los diferentes niveles del ordenamiento jurídico.<sup>(57)</sup> Dworkin criticó a su maestro por considerar que la regla del reconocimiento no era más que un "*test de pedigree*", donde lo único que se evaluaba era si la fuente era correcta (de hecho, cuando Hart hablaba del *rule of recognition*, solo la vinculaba a las leyes del parlamento y a la jurisprudencia). Sin embargo, Dworkin observó que los juristas reconocen la validez de los principios por considerar que su contenido es válido, no por la circunstancia de provenir de una determinada fuente: para la sociedad matar no es ilícito porque ella constata que ha sido prohibido por el legislador, sino porque el acto es reprobado por la sociedad. Para él son estos principios abstractos los que fundamentan el orden jurídico, asegurándole la coherencia y plenitud del sistema normativo. Los principios del derecho de Dworkin encajan dentro del segundo nivel de la pirámide invertida, especialmente como concepciones jurígenas por su fuerte impronta cultural.

Dworkin distinguió tres tipos de estándares:

- i. el conjunto de principios base, entendidos como prescripciones genéricas que contienen imperativos de justicia, de imparcialidad o, en general, de moralidad;
- ii. las medidas o programas políticos (*policies*), que son normas genéricas destinadas a establecer los fines a alcanzarse en el terreno económico, social o político; y
- iii. las reglas o disposiciones específicas (*rules*). Observamos que los últimos son estándares que tienen su origen metafísico en la voluntad humana (exigen una decisión volitiva de la autoridad) y, por tanto, encajan en el tercer nivel del ordenamiento jurídico del que más adelante hablaremos.

---

(57) Ver DWORKIN, R. M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977. y *A matter of principle*. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1985.

Otro insigne alumno de Hart fue MacCormick, a quien se lo ve como una síntesis ecléctica entre los extremos del maestro y Dworkin. MacCormick subrayó la necesidad de que las decisiones jurídicas sean "razonables". Ha de precisarse que no estamos ante la noción común de "razonable", sino que la palabra posee un significado específico dentro de su teoría. Para MacCormick una decisión es razonable solo si:

- i. es lógicamente consistente, es decir, si es fácilmente comprobable recurriendo a la lógica formal; y,
- ii. es "justa" interna y externamente. Hay justicia interna cuando la decisión se aplica igual para todos; hay justicia externa cuando la norma se ajusta con el sistema jurídico y con el mundo. Tal criterio de "razonabilidad" elaborado por MacCormick (1978), así como otros criterios adicionales de razonabilidad lata, son concepciones jurídicas que encajan a la perfección dentro del segundo nivel de la pirámide invertida.

En las últimas décadas autores como Alexy, Prieto Sanchis, Saavedra, Esser, Ollero o Caiani han concentrado esfuerzos en desarrollar un procedimiento o método jurídico "puro" que permita al operador del derecho "refinar"<sup>(58)</sup> la materia prima de las normas vigentes, tal como se refina el crudo del petróleo para convertirlo en un combustible, o como se refina el jugo de remolacha para extraer azúcar. Algunos se preocuparán de desarrollar los postulados de la antigua hermenéutica jurídica, mientras otros irán más allá y, bajo la influencia de la Escuela de Viena conformarán el movimiento de juristas analíticos que estudia las operaciones intelectuales que sintetizan el derecho, las mismas que se arman sobre la estructura del lenguaje. Tales postulados lógicos, metodológicos y lingüísticos son concepciones jurígenas lícitas que, sin embargo, no operan sin la preexistencia de una concepción jurídica natural.

Un aporte significativo para el derecho ha sido la teoría de la argumentación jurídica de Alexy. El autor señala que "es una propiedad esencial de la teoría del discurso que este procedimiento no sea un procedimiento de decisión o negociación, sino un procedimiento de argumentación"<sup>(59)</sup>. En la pirámide invertida encajan, dentro de las concepciones jurídicas, ambos tipos de procedimientos: el de la decisión o negocio que concreta los

(58) La metáfora consta en RECASENS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, México D.F., Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1971.

(59) ALEXY, R., "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 32, 2009.

espacios jurídicos abiertos (cuando hay varias opciones posibles) y el procedimiento argumentativo que concluye en una sola opción justa. Por lo demás, vale acotar que la célebre teoría que somete fines, bienes, valores, etc., a la ponderación y proporcionalidad, parece más aplicable a espacios jurídicos abiertos donde impera el procedimiento negocial y donde se determina lo justo, que a los espacios cerrados donde la argumentación solo permite llegar a una conclusión.<sup>(60)</sup>

De estos autores que niegan que “cualquier contenido puede ser derecho”,<sup>(61)</sup> cabe rescatar la idea común de que todo derecho debe someterse a algún género de argumento racional: hay una necesidad absoluta de que las decisiones formales se justifiquen en la razón. **La razón es, pues, el piso intencional más alto del ordenamiento jurídico.** Pero no se ha de olvidar que no hay discurso racional posible sin realidad extramental conocida: el razonamiento —también el razonamiento jurídico— es una concatenación de juicios, los juicios una concatenación de conceptos y los conceptos se abstraen de la realidad conocida a través de los sentidos.

#### 4.2.3. Tercer nivel

El tercer nivel de la pirámide invertida lo componen las reglas o normas jurídicas (leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, negocios, decisiones personales, etc.) adoptadas directa o indirectamente por la voluntad humana. La era constitucional ha jerarquizado estas normas, poniendo justamente en la cabeza de la pirámide a la constitución. Además, ha creado el concepto de “bloque de constitucionalidad” —un poco equívoco, por cierto— que, o bien comprende las normas con cierta jerarquía, o bien incluye a las normas de contenido fundamental.

La voluntad siempre reduce el espacio jurídico de las concepciones jurídicas. Entre las múltiples opciones que la inteligencia le presenta (por ejemplo, se puede manejar por la derecha o por la izquierda) la

(60) No negamos la viabilidad de ponderar en abstracto diferentes pretensiones, intereses, principios, etc. como método intelectual que ayuda a encontrar una solución jurídica. Sin embargo, el hecho de poner todas las opciones posibles en la balanza para ver hacia dónde se decanta, es más propio de la negociación privada y de la política legislativa, que de la hermenéutica jurídica.

(61) Esta es una de las tesis centrales de Kelsen en *Reine Rechtslehre*, op. cit., 1960.

voluntad opta solo por una (por ejemplo, se maneja por la derecha). Se trata siempre de una concreción del espacio jurídico intelectual, porque nadie puede querer lo desconocido. Como decían los medievales, “la voluntad es el apetito de la inteligencia”. Lo que en justicia la voluntad no puede hacer es imponerse sobre los dictados evidentes de las concepciones jurídicas, ni menos sobre la naturaleza de la realidad extramental: nadie puede decretar que las piedras no caigan, ni castigar al inocente, ni matar a quien cometió una falta menor, etc. Sanciones del estilo —que lamentablemente conocemos— no serían actos jurídicos, sino injusticias reprobables.

En cualquier caso, tanto la buena como la mala voluntad concretan el derecho superior. Quien suscribe un contrato de arrendamiento debe, en adelante, prestar la casa; y quien daña crea una obligación específica de reparar. Pero la voluntad injusta no concreta el derecho igual que la voluntad justa. Las decisiones contrarias a derecho están llamadas a caer, mientras las decisiones justas tienden a prevalecer.

Este sector de la pirámide es el más estudiado por los positivistas radicales, quienes suelen sacar algunas acertadas conclusiones sobre el derecho, aunque quizá bajo una justificación un tanto deficitaria. Kelsen dedicó su análisis especialmente a este sector de la pirámide. Su sectorizado estudio lo fue llevando cada vez más hacia posiciones extremas, hasta que en su última etapa cayó en un decidido imperativismo voluntarista, expresado en su tajante tesis de que no puede existir “ningún imperativo sin emperador”.<sup>(62)</sup>

El hecho de integrar en la pirámide una racionalidad anclada en la realidad nos aleja de cualquier concepción voluntarista del derecho, así como de un relativismo y de un ordenamiento jurídico autopoietico (Luhmann) extremo capaz de que “cualquier cosa sea derecho”. Una voluntad sana solo puede escoger alguna de las opciones lícitas que el intelecto le presenta. Pero, a veces, la voluntad puede pervertirse y optar por acciones injustas; incluso puede coaccionar al intelecto a que no reflexione tanto lo legítimo, sino en lo que los apetitos humanos le urgen. El que asesina, roba o ultraja no piensa tanto en lo que es justo, como en saciar sus iras y demás pasiones.

(62) Ver su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (Viena, Manz, 1979). Al ver semejante concepción voluntarista Vedross afirmará que Kelsen ha regresado al terreno nominalista de Ockham (†1347).

Una mala voluntad ahoga el proceder honesto del intelecto e impide la libertad, que depende de la verdad.

En este nivel las decisiones jurídicas muestran algún grado de generalidad. Pertenecen al cuarto nivel las decisiones específicas que concretan el espacio jurídico realizando el derecho. De igual manera, solo los negocios generales cumplen con el grado de abstracción propio del segundo nivel, no así los negocios que sean muy específicos.

#### 4.2.4. Cuarto nivel

El cuarto nivel de la pirámide invertida ha sido claramente diferenciado por la sociología jurídica desde los mismos inicios de esta ciencia. Será Ehrlich (1913) quien contraponga el derecho legal frente al derecho viviente, que es aquel emanado de la consciencia y de la práctica social. Años más tarde, Max Weber (1925) recogerá esta contraposición y desarrollará su método antipositivista interpretativo de la realidad.

El último nivel de la pirámide invertida es **pura actualidad**, en sentido metafísico: es lo más realizado del ordenamiento jurídico, en sí carece de espacio jurídico potencial; es el término final del movimiento jurídico. Ahí se encuentra la medida ya medida del derecho, lo que se debe hoy y ahora en la relación jurídica, la norma en cuanto ha sido eficaz. Ahí está la verdadera democracia, la ley y reglamento de elecciones que han sido eficaces, las normas ejecutadas de la mesa electoral 576, condensadas en el derecho actual de un simple voto, en esa línea que raya la papeleta electoral.

En términos jurídicos, este es el escalón de la *eficacia del derecho*, el objetivo tan aspirado por iusnaturalistas y positivistas. El cuarto nivel está conformado por los actos simples y por los actos, decisiones y negocios jurídicos que causan efectos jurídicos en la realidad. Aquí no hay nada general.

Este nivel lleno de plenitud jurídica es el que ha captado la atención prioritaria de los seguidores del realismo norteamericano (Holmes, Frank, Llewellyn, etc.) y del realismo escandinavo.<sup>(63)</sup> Si solo se ve este escalón de la pirámide, se colige sin mayor complicación que “las proposiciones

---

(63) Hägerström, Olivecrona, Ross, etc.

generales no deciden los casos concretos”,<sup>(64)</sup> o que la ley es un asunto de hechos sociales,<sup>(65)</sup> o que las nociones abstractas de derecho subjetivo o deber jurídico son meras entidades psicológicas, provistas de eficacia social solo en la medida en que son capaces de promover sentimientos de obligatoriedad en los ciudadanos.<sup>(66)</sup> Ante estas corrientes habría que insistir que este último escalón (donde están los casos concretos, las leyes aplicadas y los derechos adquiridos) solo se da en la medida en que previamente hayan existido concepciones y actuaciones jurídicas específicas (es decir, pensamientos y actos de la voluntad concretos) que prefiguran el derecho de una manera determinada.

También parecen centrar su atención en este escalón de la pirámide Ferrajoli y demás compañeros neoconstitucionalistas, quienes en contraposición al *leit motiv* del Estado de derecho proclaman un Estado de derechos. Se preocupan más de asegurar la exigibilidad de los derechos subjetivos, que en justificar su misma exigibilidad.<sup>(67)</sup>

### 4.3. Observaciones terminológicas y metodológicas

Manteniendo la mirada en el cuerpo entero de la pirámide invertida creemos posible resolver un pequeño conflicto terminológico: ¿por qué ciertos autores son acusados al mismo tiempo de “positivistas” por un sector de la doctrina, de “realistas” por otros y de “metafísicos” por los restantes? Piénsese, por ejemplo, en Hart y Bobbio que intentaron superar el positivismo radical de Kelsen, y que son considerados por un amplio sector como insignes representantes del positivismo extremo. Otro ejemplo es Ferrajoli que se considera a sí mismo enmarcado dentro del “positivismo crítico”, aunque algunos aseguran haber “demostrado” sus betas iusnaturalistas.<sup>(68)</sup> Las opiniones también varían entre los que aceptan “la corrección moral” del derecho-ley: Alexy<sup>(69)</sup> expresamente niega

(64) Holmes, en *Lochner vs. New York* (1905) 198 U.S. 45, 76.

(65) OLIVECRONA, K., *Law as Fact*, London, Oxford University Press, 1939, pp. 25/27; y 1948.

(66) HÄGERSTRÖM, A., *Filosofiskt lexikon*, A. Ahlberg (ed.), Estocolmo, Natur och Kultur, 1951.

(67) Ver ATIENZA, M., “Sobre Ferrajoli”, en G. Pisarello y R. García Manrique (eds.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 151/152.

(68) Ver *ibid.*, pp. 146/147.

(69) ALEXY, R., “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 32, 2009, p. 68.



ser positivista por aceptar tal corrección, mientras Dworkin, tras haber dedicado cientos de páginas a explicar cómo la moral es un estándar moderador del derecho constitucional, evita considerarse a sí mismo iusnaturalista.<sup>(70)</sup>

En el fondo, el problema parece radicar en el enfoque desde el que se juzga: quien enquiste su pensamiento en un lugar cualquiera de la pirámide, tenderá a ver a los de arriba como "metafísicos" y a los de abajo como "realistas" exagerados. Así, Hart, Alexy y Dworkin serán iusnaturalistas para quien los juzgue desde abajo o los contraponga a Kelsen, porque los tres aceptan una concepción cultural superior (una cierta "moral")<sup>(71)</sup> que limita el derecho positivo. En cambio, para quienes admitan las concepciones jurídicas naturales (en su versión de ley natural o no), Dworkin, Alexy y Hart serán muy positivistas, porque se juzga desde una instancia más alta. Pero, como las concepciones culturales también son una forma de derecho positivo, el sociólogo Weber se consideraba antipositivista al estudiar la realidad. Y los realismos norteamericano y escandinavo consideraban que el resto de doctrinas son "idealistas" o "metafísicas", porque solo miran los altos escalones de la pirámide jurídica y no la efectiva realidad.

Además, la pirámide invertida evidencia que son posibles dos métodos en el estudio del derecho: el método inductivo que va de abajo hacia arriba, de lo particular a lo general (como el usado por los realismos contemporáneos) y el método deductivo que va de arriba hacia abajo, de lo universal a lo concreto (como el utilizado por Dworkin, Finnis o MacCormick). Probablemente la mezcla de ambos métodos sea la mejor manera de asegurar resultados ciertos, tanto para elaborar cualquier teoría del derecho, como para dictar una sentencia sobre el robo de ayer.

---

(70) Aunque rara vez ha admitido algún apego al iusnaturalismo, normalmente elude la cuestión. Ver DWORKIN, R. M., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.

(71) Se trata de la moral de la mayoría. Es palpable el relativismo en estos autores. Por ejemplo, Alexy afirmará que "una norma solo puede encontrar aprobación universal en un discurso si las consecuencias de su observancia general respecto a la satisfacción de los intereses de cada uno de los individuos pueden ser aceptadas por todos"; "únicamente son correctas y, por tanto, válidas las normas que en un discurso ideal todos juzgarían correctas" (*op. cit.*, pp. 72/73). La universalidad depende de la opinión social; no tiene piso en el conocimiento de la realidad. Con todo, a la hora de justificar los derechos humanos los mismos autores moderarán su relativismo, buscando algo *más universal* que la mera opinión. Así, Alexy dirá: "quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos. Y con ello hemos llegado al objetivo de la fundamentación" (p. 79). Salta aquí de la opinión común, a una justificación real.

## 5. Conclusiones

De lo anterior sacamos las siguientes conclusiones:

La teoría de la construcción escalonada de Kelsen y Merkl logró justificar el orden y la unidad del ordenamiento jurídico, solo en parte. Únicamente habló del nivel normativo, descuidando los niveles de la realidad y de las concepciones jurídicas. Además, solo trató de una unidad que venía por la vía de la causa formal y eficiente, olvidando que también existía un orden material y final.

Al dejar de lado la metafísica neokantiana y pasarnos a la tradicional metafísica realista de Aristóteles y Tomás de Aquino hemos adquirido nuevos conceptos. De su modulación para el derecho tuvimos las siguientes definiciones:

- a. **Ser jurídico** es algo que existe en la realidad y está relacionado con el derecho, con la relación jurídica o con sus causas (por ejemplo, la ley, el contrato, etc.).
- b. **Potencia jurídica** es algo que aún no está relacionado con el derecho o con la relación jurídica, pero está en capacidad de entrar en esa relación. En otras palabras, es el conjunto de posibilidades justas que se abren a una determinada realidad.
- c. **Espacio jurídico** es el resultado de sumar el ser jurídico y la potencia jurídica; es todo lo que es justo, actual o potencialmente. Lo contrario es lo injusto, antijurídico. Por eso, fuera del espacio jurídico está el espacio antijurídico. Además está el espacio ajurídico constituido por lo absolutamente irracional, por los límites del ordenamiento jurídico señalados por Fuller.
- d. **Causas jurídicas** son las cuatro causas metafísicas tradicionales (material, formal, agente y final), en cuanto producen el ser jurídico. Ellas se identifican con las fuentes del derecho.

El ordenamiento jurídico tiene un orden generado por las causas jurídicas, y especialmente por la causa *causarum* (la causa final). Este ordenamiento muestra un orden escalonado en cuatro niveles, donde progresivamente disminuye la potencia jurídica. Esta es la pirámide invertida: la reducción escalonada del espacio jurídico.

- I. El primer nivel del orden es la realidad extramental (cosas y personas). Está determinado por las potencialidades que ofrece la naturaleza, que son las que marcan los fines posibles. *A priori* los fines generales del derecho no están determinados por la constitución, sino por la naturaleza humana y por sus potencias, que son las que fijan los fines y valores del derecho. Hay una relación

ser-potencias-fines-valores-principios-reglas. El constituyente no puede “crear” de la nada, ni “transgredir”, sino solo “concretar” esos fines, valores y principios preexistentes.

2. El segundo nivel del ordenamiento jurídico concreta el anterior nivel de una forma cognoscitiva. Aquí está lo que bien o mal conoce la sociedad acerca de la naturaleza humana, del medio ambiente, del cosmos y de toda la realidad extramental. También se encuentra en este nivel el conocimiento jurídico abstracto (fines, valores sociales, principios generales, etc.), más o menos pulido, que poseen los sujetos de derecho. Hart, Dworkin, MacCormick, Alexy, los analíticos y muchos otros han analizado varios aspectos de este nivel del ordenamiento jurídico.
3. El tercer nivel está conformado por el bloque de normas positivas del que hablaron Kelsen y Merkl. Ellas constituyen una reducción del espacio jurídico mental de la sociedad (es decir, del segundo nivel), porque solo se puede querer lo conocido.
4. El último nivel del ordenamiento jurídico es puro “ser jurídico”: es el derecho ya realizado, lo más actual del ordenamiento. En sí carece de espacio jurídico potencial. A este nivel han dedicado sus estudios Ehrlich, Weber y los sociólogos del derecho, así como la escuela realista norteamericana (Holmes, Frank, Llewellyn, etc.) y escandinava (Hägerström, Olivecrona, Ross, etc.). Algunos neoconstitucionalistas, como Ferrajoli, también parecen centrar su atención en este escalón del ordenamiento jurídico.
8. En consecuencia, se ha evidenciado cómo la teoría de la pirámide invertida es capaz de integrar muchos de los progresos doctrinales elaborados sobre el ordenamiento jurídico, que ya no encajaban bien en la tradicional pirámide de Kelsen y Merkl.



# ¿Puede la filosofía hacer algo por los jueces?

## El papel de la ética en la formación judicial

JAVIER SALDAÑA SERRANO<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** ética - derecho - virtud - rol judicial.

### 1. Consideraciones previas

En primer lugar quiero agradecer la gentil invitación que se me formuló para participar en este Primer Congreso Iberoamericano, y XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, que lleva por título "La decisión judicial y el rol de los tribunales en el Estado democrático de derecho". Especialmente mi agradecimiento va dirigido al Dr. Jorge Eduardo Duglas Price, quien desde aquí y a través de diferentes correos estuvo siempre atento a mis solicitudes y peticiones.

Antes de entrar en materia quisiera hacer un comentario previo, el cual tiene por objeto justificar el contenido de mi trabajo en el contexto general del Congreso. Es probable que el título de mi ponencia recuerde un importante trabajo del profesor Ronald Dworkin.<sup>(2)</sup> De los muchos y sugerentes razonamientos que allí presenta, me gustaría destacar el siguiente:

---

(1) El autor es Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España, e Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

(2) DWORKIN, RONALD, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en *Isonomía*, 32, México, 2010, pp. 7/29.

Ya es hora de que la profesión jurídica confronte abiertamente el hecho de que los ciudadanos norteamericanos están profundamente divididos por cuestiones morales, que las decisiones judiciales inevitablemente suponen tales cuestiones y que los jueces tienen la responsabilidad de admitir esto y de explicar por qué han tomado cualquiera de las posiciones que sostienen.<sup>(3)</sup>

Lo anterior nos muestra —una vez más— cómo hoy existe una real preocupación por la persona del juez, por la función que desempeña, y por el papel que tiene en el Estado de derecho. De ahí que mi exposición versará sobre estos tópicos, deteniéndome específicamente en el papel que la ética judicial juega en su formación.

## 2. La acción de juzgar y el rol de los tribunales

Ahora bien, hablar de la decisión judicial y del rol de los tribunales en el actual Estado de derecho plantea, de inicio, tratar una infinidad de temas de la más diversa naturaleza, lo mismo aquellos que específicamente se refieren a la acción de juzgar (y que cualquier juzgador desarrolla cotidianamente al momento de decidir una controversia), que aquellos otros relativos al papel de los tribunales en la construcción de un nuevo Estado basado en el derecho.

De los primeros, esto es, de los referidos a la acción de juzgar, se pueden mencionar aquellos que el profesor Antonio Enrique Pérez Luño identifica<sup>(4)</sup> como los aspectos “perceptivos”, “racionales” y “decisionales”,<sup>(5)</sup> y en los que se destacan, entre otros:

- actitudes del proceso judicial manifestadas a través de percepciones y expresiones sensoriales;
- de racionalidad **pura**, estrictamente lógica, a través de la cual se define la actividad judicial por medio de un silogismo deductivo; o **práctica**, es decir, aquel proceso discursivo a través del cual se tiende a inferir las “buenas razones” o argumentos que establecen “la norma jurídica más oportuna para resolver el proceso”,<sup>(6)</sup> y
- que la decisión judicial sea una expresión, no solo de la justicia formal, sino también material como obligación del juez de buscar la solución correcta al caso.<sup>(7)</sup>

(3) DWORKIN, RONALD, “¿Deben nuestros jueces...”, *op. cit.*, p. 21.

(4) PÉREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, “¿Qué significa juzgar?”, en *Doxa*, 32, Alicante, 2009, pp. 151/176.

(5) PÉREZ, LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, “*ibid.*”, p. 159 y ss.

(6) *Ibid.*, p. 162.

(7) *Ibid.*, p. 175.

Por lo que tiene que ver con el **rol** de los tribunales en el actual Estado de derecho, quizá convenga insistir en la idea de Luigi Ferrajoli,<sup>(8)</sup> pues en esta se encuentra resumida la principal característica que identifica hoy al poder judicial en el Estado de derecho: “Un fenómeno común a todas las democracias avanzadas, que las aleja del modelo de Estado paleo-liberal, es la expansión creciente del papel de la jurisdicción”.<sup>(9)</sup> En efecto, —según Ferrajoli— este fenómeno del **rol** ascendente de la jurisdicción se debe a la expansión del derecho, entendido como técnica regulativa y de limitación de los poderes públicos, que ha sido producida con el crecimiento de la complejidad de los actuales sistemas políticos y como consecuencia del paradigma del Estado de derecho.<sup>(10)</sup>

La idea que subyace en la anterior afirmación es que hoy para nadie es una novedad reconocer que el poder judicial tiene un papel protagónico en la sociedad, y en consecuencia en la consolidación del Estado de derecho: “a toda expansión del principio de legalidad, a cada paso dado en la tarea de limitación y sujeción del poder al derecho, ha correspondido, inevitablemente, una ampliación de los espacios de la jurisdicción”.<sup>(11)</sup> De este modo, tanto en la génesis como en el desarrollo y en la consolidación del Estado de derecho, la presencia del juez y el **rol** de los tribunales es determinante.

A partir de los comentarios anteriores, y reconociendo la dificultad que entrañaría abordar en forma detallada el tema de la decisión judicial o el **rol** de los tribunales, he titulado mi trabajo: “¿Puede la filosofía hacer algo por los jueces? El papel de la ética en la formación judicial”. En este escrito me propongo resaltar una idea que considero básica: que las exigencias que el nuevo Estado de derecho plantea al juez ofrecen una imagen de juzgador completamente distinta a la de otros momentos de la historia judicial y, —quizá lo más importante—, que este “nuevo juez” a quien la sociedad le otorga poder y reconoce autoridad, requiere de ciertos estándares morales que orienten de mejor manera su razonamiento y limiten su discrecionalidad a la hora de decidir judicialmente. Estos estándares morales, que pueden ayudar al juez en el desarrollo cotidiano de su actividad,

(8) FERRAJOLI, LUIGI, “Jurisdicción y Democracia”, en M., Carbonell, H., Fix-Fierro, R., Vázquez, *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 101.

(9) FERRAJOLI, LUIGI, “Jurisdicción y Democracia”, *op. cit.*

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

son lo que en el pensamiento moral se conoce como “ética judicial” o, en un sentido más restringido, “deontología judicial”.

Para alcanzar el objetivo anterior propongo el siguiente esquema:

- referirme, en términos generales, a las características que identificaron al viejo modelo de juez, esto es, al juez del Estado liberal, para constatar —si esto fuera posible—, el requerimiento de algún tipo de estándar moral que rigiera el trabajo profesional del juzgador;
- explicar cuáles son las características que perfilan el nuevo modelo de juez en el actual Estado constitucional de derecho para observar si acaso en este nuevo patrón estatal hay cabida a una cierta ética judicial;
- trataré de ofrecer un modelo de ética judicial basado en virtudes, intentando justificar por qué otros modelos éticos plantean problemas para el mejor desempeño de la función judicial;
- igualmente, intentaré ofrecer una respuesta a las preguntas de cuáles son algunas de las virtudes propias de la labor judicial, incluyendo aquellas otras que sin tener que ver tanto con el papel del juez en el proceso, sí reflejan la preocupación que el juez debería tener en las partes, dado que la resolución final afectará de manera directa a los justiciables;
- a partir de lo anterior, tratar de justificar por qué las virtudes judiciales son una condición de principios como la independencia, la imparcialidad y la motivación judicial;
- y finalmente, expondré algunas de las principales funciones de las virtudes judiciales.

### 3. La ética del juez en el Estado liberal de derecho

Se ha señalado en reiteradas ocasiones, y por diferentes autores, que fue la Revolución Francesa —y su documento paradigmático de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789—, el acontecimiento que marcó la irrupción del Estado moderno y en consecuencia la nueva forma de pensar el Derecho.<sup>(12)</sup> Los principios básicos en los que se sostuvo el constitucionalismo moderno fueron perfectamente establecidos en el artículo 16 de la dicha Declaración, a saber: la “garantía de los derechos” y la “separación de poderes”.<sup>(13)</sup> Ambos presupuestos circunscritos al concepto de ley, que marcaría el nuevo sendero del derecho no conocido hasta ese momento.

---

(12) MONTEJANO, BERNARDINO, “Filosofía de la función judicial”, en AAVV, *La Función judicial*, Bs. As., Depalma, 1981, pp. 8/25.

(13) “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”, art. 16, “Declaración

La ley, como producto de la voluntad general (según reza el artículo 6 de la Declaración francesa),<sup>(14)</sup> se convirtió en la más importante fuente del derecho, instaurando con esto lo que García de Enterría ha calificado como el “Estado legislador”.<sup>(15)</sup> Un nuevo Estado en el cual la nota distintiva sería la pretensión de reducir el derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas, excluyendo “toda referencia al valor material de la justicia, que únicamente al legislador, y no al aplicador del derecho, correspondía atender”.<sup>(16)</sup> Las características esenciales de este nuevo paradigma estatal y jurídico serían las siguientes:

1. la creencia que el derecho —todo el derecho— podía ser perfectamente contenido en sistemas cerrados llamados códigos, los cuales se caracterizarían por ser estos completos, conteniendo toda la realidad jurídica;
2. la identificación del derecho como ley, distinguiéndose perfectamente las funciones “creadora” y “aplicadora”, correspondiéndole al juez la última y dejando al legislativo la primera; y
3. una labor interpretativa del derecho que se agotaría con una exégesis de las palabras de la Ley, buscando exhaustivamente el sentido más preciso posible de la voluntad del legislador.<sup>(17)</sup>

En este contexto, el método que se privilegió y se impuso a la función judicial fue el “deductivismo”, basado principalmente en el silogismo judicial a través del cual se subsume un caso —premisa menor— a la norma general —premisa mayor—, y en el que la sentencia sería la conclusión necesaria,<sup>(18)</sup> pretendiendo edificar con esto un saber jurídico “bajo la forma de un perfecto sistema cerrado y autosuficiente en el que todas las proposiciones, de la primera a la última, guardarán un encadenamiento

---

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en HERVADA, JAVIER, y ZUMAQUERO, JOSÉ, MANUEL, *Textos internacionales de derechos humanos, I, 1776-1976*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1992, p. 52.

(14) “La Ley es la expresión de la voluntad general...”, art. 6, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”; HERVADA, JAVIER, y ZUMAQUERO, JOSÉ, MANUEL, *Textos internacionales...*, op. cit., p. 46. Una explicación detallada del papel que la ley juega en el Estado moderno puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y MENÉNDEZ, MENÉNDEZ, AURELIO, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Madrid, Cívitas, 1997.

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Positivismo y Jurisprudencia principal”, en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Cívitas, 1996, p. 17 y ss.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Positivismo y Jurisprudencia...”, op. cit.

(17) *Ibid.*, pp. 18/30.

(18) MASSINI CORREAS, CARLOS, IGNACIO, “Introducción a la lógica judicial”, en AAVV, *La Función judicial...*, op. cit., pp. 32/33.



lógico-formal perfecto”.<sup>(19)</sup> De lo que se trataba, en definitiva, era de buscar la ley y particularizarla al caso concreto a través de la subsunción.

Desde las coordenadas anteriores, el ejercicio interpretativo y creativo que había caracterizado a la función judicial en otros momentos se redujo a obtener, a partir de lo establecido en los textos legislativos, la voluntad del legislador, proponiendo una interpretación mecanicista en la que prevaleció lo “declarativo” sobre lo “productivo”. Labor que ha llevado a Bobbio a usar la imagen del “robot” para dibujar la figura del jurista, especialmente del juzgador.<sup>(20)</sup>

El tipo de juez que presenta el modelo anterior es el de un sujeto dependiente de la voluntad del legislador, el cual habría de ser presentado por Montesquieu como la “boca que pronuncia las palabras de la ley”, un ser “inanimado”. Desde estos presupuestos, la pregunta obligada es: ¿cabría algún argumento que diera cabida a cierta ética judicial y que posibilitase por tanto un arquetipo de juez, más allá de aquel que realiza una función puramente mecánica de subsunción?

La respuesta a la anterior pregunta es relativamente sencilla. Si partimos del principio —recordado por Aguiló— de que entre el juez y la ley no hay nada que pueda desviar la vinculación directa de uno a otro,<sup>(21)</sup> es obvio que dicho argumento moral no fue necesario como exigencia del juzgador, simplemente porque el derecho era suficiente para cumplir con los deberes de juez.

Desde esta óptica —por desgracia aún viva en muchos sectores judiciales—,<sup>(22)</sup> se puede calificar a alguien como un “buen juez” simplemente por repetir a la perfección el esquema anterior. Dicho en otras palabras, la propiedad moral de los jueces en el Estado legislador no fue condición necesaria para desarrollar correctamente su función jurisdiccional. Al juez le bastaba conocer la técnica

... para saber identificar las normas jurídicas que regulan el caso a decidir y para ofrecer una ajustada presentación de las cuestiones empíricas en los hechos probados sin que sea necesario para ello que sea un dechado de virtudes éticas y sociales [y]

(19) MASSINI CORREAS, CARLOS, IGNACIO, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1980, p. 25.

(20) BOBBIO, NORBERTO, *Il positivismo giuridico*, G. Giappichelli, Turín, s/f. Trad. cast. R. De Asís, y A. Greppi, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, p. 143.

(21) AGUILÓ REGLA, JOSEP, “Dos concepciones ...”, *op. cit.*, p. 532.

(22) VIEYRA AVILÉS, MARÍA DE CARMEN, “El juez en el nuevo modelo de justicia”, en D. Cienfuegos, Salgado, (coord.), *La Función Judicial*, México, Porrúa, 2008, p. 313.

A partir de este momento la justicia ha de ser entendida como la aplicación de la ley, sin importar cuáles sean los estados mentales o psicológicos de quienes la aplican. Al sistema jurídico ya no le interesan los procesos personales por los cuales el juez llega a tomar una decisión, sino su capacidad para expresar las normas que democráticamente la sociedad se ha dado. La ley aparece así como la expresión a la que el juez debe sometimiento.<sup>(23)</sup>

### 3.1. Breve referencia a una “posible” ética diferenciada

Lo expuesto hasta aquí quedaría incompleto sin una referencia, aunque sea breve, a un reciente trabajo del profesor Josep Aguiló Regla para quien la concepción formalista del derecho —propia del positivismo jurídico—

... aparecerá conectada con una concepción de la ética judicial que la ve como una “ética diferenciada” de la ética general [y para quien] no es cierto, aunque se ha afirmado muchas veces, que si uno adhiere a la concepción meramente formalista o cognitiva del ideal de regulación del imperio de la ley, entonces rechaza que haya espacio para la ética judicial.<sup>(24)</sup>

Este espacio existe, pero no es el de una ética aplicada, sino el de una ética diferenciada. La ética diferenciada de la que habla Aguiló es una ética referida al **rol** que como profesionales de la judicatura asumen los jueces. Una ética “que observa con gran desconfianza a la ética general, a la moral ordinaria”.<sup>(25)</sup> Se trata, en definitiva, de identificar los deberes éticos del juez no como una concreción de la moral general, sino como un deber para con su profesión. “El fundamento de la ética así entendida no se halla, pues, en la ética general, sino en una promesa en la lealtad a un cargo o algún otro aspecto de esa naturaleza”.<sup>(26)</sup>

Sin duda, la propuesta del profesor español resulta especialmente interesante, y serviría para señalar que incluso en el Estado liberal es posible encontrar un cierto tipo de ética judicial que “prohíbe” al juez abrir el

(23) MALEM SEÑA, F., JORGE, “Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Doxa*, 24, Alicante, 1989, pp. 17 y 21.

(24) AGUILÓ REGLA, JOSEP, “Dos concepciones ...”, *op. cit.*, pp. 525/539.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*, p. 535.

razonamiento jurídico al razonamiento práctico general (a la moral)".<sup>(27)</sup> Sin embargo, reconociendo lo sugerente de esta tesis, habría todavía que hacer algunos comentarios al respecto.

El primero de ellos es que el argumento planteado por Aguiló parte de un presupuesto no justificado previamente: el hecho de que la ética está partida o dividida entre una ética "general" y otra "diferenciada". En rigor, gran parte de los filósofos éticos han reconocido que la ética es "una" y no varias como propone la ética diferenciada, pero en cualquier caso y asumiendo también que hay otro grupo de pensadores que explican diversas éticas, ellos cuando dividen la ética ofrecen argumentos para su posición.

Un comentario de mayor peso tiene que ver con el hecho de que, aun aceptando la tesis de la "ética diferenciada", esta poco aporta a la consecución del mejor perfil del juez. Un poder judicial que en esencia se describe como un poder nulo, por más que en este identifiquemos una ética diferenciada, estaría tan disminuida que sería prácticamente inexistente, o poco útil para conseguir buenos jueces.

Por otra parte, algunos autores han sostenido que no hay una contraposición entre la ética del Estado clásico de derecho y la ética del Estado constitucional de derecho. Sucede simplemente que una se superpone a la otra.<sup>(28)</sup> En cualquier caso, me parece que sigue siendo actual la idea de que en el Estado clásico de derecho, los atributos morales del juzgador carecen de relevancia institucional.

#### **4. La ética del juez en el Estado constitucional de derecho**

El viejo modelo de juez, y la consideración ética que tuvo en el Estado liberal, cambió significativamente después de 1945 y durante el resto del siglo XXI.<sup>(29)</sup> Los diferentes acontecimientos políticos que marcaron ese momento de la historia hicieron que la cultura jurídica en general, y más específicamente la figura del juez, cambiara radicalmente de perfil, convirtiéndose hoy en una figura protagónica de nuestra sociedad. Así, por ejemplo, Vigo ha señalado que mientras los siglos XIX y XX tuvieron como epicentro jurídico la figura de los poderes ejecutivo y legislativo,

---

(27) *Ibid.*, p. 527.

(28) GÓMEZ MARTÍNEZ, CARLOS, "La ética judicial en el Estado constitucional de derecho", en *El buen jurista*, México, Tirant lo blanch, 2013, p. 86.

(29) PRIETO SANCHIS, LUIS, "El constitucionalismo de los derechos", en *Teoría del neoconstitucionalismo*, M. Carbonell (ed.), Madrid, Trotta-UNAM, 2007, p. 213.

el siglo XXI está llamado a ser el siglo del Poder Judicial.<sup>(30)</sup> Y no le falta razón si tomamos en cuenta las diferentes características que en la cultura jurídica contemporánea se han venido observando desde entonces.

Los cambios jurídicos acaecidos desde finales de la Segunda Guerra Mundial han sido muchos y de muy distinta índole, pero casi todos coinciden en señalar que es la figura del juzgador, y la tarea que desarrolla, la más significativa en el actual Estado constitucional de derecho. Dicho Estado, y el modelo de “nuevo juez” que propone, poco o casi nada tiene que ver el viejo patrón de juez caracterizado en renglones precedentes. Veamos algunas de sus diferencias más significativas.

#### **4.1. Inclusión de principios sustanciales en el Estado constitucional de derecho**

En primer lugar, pensemos en el tema de la plenitud del ordenamiento jurídico, el cual fue uno de los más importantes baluartes del Estado legislativo y que consistió básicamente en creer que el ordenamiento jurídico era capaz de establecer todo el derecho. Esta tesis, desde hace ya bastante tiempo, ha sido fuertemente criticada al reconocer que el ordenamiento jurídico dista mucho de ser completo. En el Estado constitucional actual, cuando los jueces se enfrentan a un problema, no solo les está autorizado sino que tienen ahora la obligación de acudir a principios o estándares que van más allá de las normas jurídicas positivas y que han sido establecidos en el propio ordenamiento jurídico. Pedro Serna, por ejemplo, ha sostenido que: “En nuestros días, la plenitud del ordenamiento solo puede concebirse en un sentido muy lato, vinculado a la ampliación del sistema jurídico para dar cabida dentro de él no sólo a las reglas, sino también a los principios y a los criterios y normas de razón práctica, aunque sean de índole puramente procedimental”.<sup>(31)</sup>

Sobre el empleo por parte de los jueces de principios como criterios de justicia material se ha escrito mucho y por diferentes autores, pero quien quizá sea uno de los más representativos es Gustavo Zagrebelsky, quien ha señalado lo siguiente:

Un segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales de principios de justicia material destinados a informar

(30) VIGO, RODOLFO LUIS, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 3/16.

(31) SERNA, PEDRO, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 39.

todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto de las concepciones del Estado de derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente “políticas”, sin incidencia jurídica práctica.<sup>(32)</sup>

Algunos de los principios que conforman la convivencia colectiva a los que se refiere Zagrebelsky son:

... la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad del trato jurídico, pero también la igualdad a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc.<sup>(33)</sup>

#### **4.2. Debilitamiento de la ley en el Estado constitucional de derecho**

Otra característica del actual Estado de derecho refiere al debilitamiento de la hegemonía de la ley como fuente prioritaria del derecho que el Estado liberal había propuesto, y donde los jueces fueron degradados a meros aplicadores de una normas no eran elaboradas por ellos. Recordemos que, en ese contexto, la ley, como expresión de la voluntad general, habría de ser reconocida como superior frente a cualquier otro acto jurídico, reafirmando la idea de que no existe derecho al margen de la ley. García de Enterría lo ha resumido muy bien: “todo el Derecho debe encerrarse en Leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la Ley la solución debida, fuera de la Ley no hay criterios jurídicamente válidos”.<sup>(34)</sup> Sin embargo, esta visión ha quedado superada porque, al lado de esta fuente normativa,

(32) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi, 1992. Trad. cast., Marina Gascón, *El derecho dúctil*, Valladolid, Trotta, 1999, p. 93.

(33) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Il Diritto mitte...*, op. cit., p. 16.

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, *El Derecho, la Ley y el Juez...*, op. cit., p. 44.

hoy existen criterios de justicia material que amplían enormemente el sistema de fuentes del que dispone el juez para decidir.

El propio Zagrebelsky ha establecido los distintos flancos de crítica a la ley: "La ley por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución".<sup>(35)</sup> El nuevo papel que la ley asume en el ámbito de la administración, la reducción de la generalidad y abstracción de las leyes, y la heterogeneidad del derecho en el Estado constitucional, llevan a señalar que la ley "un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición".<sup>(36)</sup>

#### 4.3. Interpretación como creación en el Estado constitucional

El tercer argumento heredado del Estado liberal de derecho tuvo que ver con la labor interpretativa del juez, la cual se circunscribía a la exégesis de la ley y la búsqueda, lo más exacta posible, de la voluntad del legislador. Como se sabe, desde estas coordenadas resultaba muy difícil pretender una labor creativa por parte de los jueces. "A la función judicial, en este 'orden' le estaba encomendada la labor de decidir, con arreglo al derecho, a la ley, es decir, al Código, para satisfacer la eficacia del legislador".<sup>(37)</sup>

La afirmación anterior descansaba sobre algunos presupuesto básicos que la teoría del derecho contemporánea se ha encargado de desenmascarar. Presupuestos tales como que la actividad interpretativa del juzgador sea puramente técnica, confinable solo a los márgenes de la lógica, y que la misma nos asegure resultados ciertos, seguros, plenamente intersubjetivos.<sup>(38)</sup> Como han reconocido diferentes autores, en toda decisión judicial "se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del Derecho, que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico".<sup>(39)</sup>

(35) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Il Diritto mitte...*, op. cit., p. 34.

(36) *Ibid.*, p. 40.

(37) GONZÁLEZ MANTILLA, GORKI, *Los Jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*, Perú, Palestra, 2009, p. 57.

(38) SERNA, PEDRO, *Filosofía del derecho y paradigmas...*, op. cit., p. 34.

(39) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "Positivismo y Jurisprudencia...", op. cit., p. 22.

Ante el panorama recién descrito, parece que las preguntas serían varias: en el Estado constitucional de derecho, en el que el protagonista es el juez por la obligación que tiene de emplear principios de justicia material, en el que, además, la ley no juega ya el relevante papel que tuvo y en el que la interpretación judicial “crea” un nuevo derecho, ¿hay un espacio para la ética judicial? ¿es suficiente una “ética diferenciada”? ¿o es necesario reconocer la necesidad de una “ética aplicada”, más exigente y por tanto más profunda con el profesional de la judicatura?

## 5. Ética judicial y principios jurídicos sustanciales

En rigor, el hecho de haber incorporado al orden jurídico principios de justicia material, hace de este no un orden formal sino sustancial, convirtiendo la labor del juzgador en una tarea mucho más exigente que va más allá de la pura subsunción propia del Estado liberal.

Hoy nadie duda que, cuando un juez trabaja con principios —además de hacerlo con reglas—, lleva a cabo una deliberación de tipo moral que no puede ser meramente subjetiva y mucho menos arbitraria, sino que debe estar apegada al respeto de esos principios y de los derechos en ellos contenidos. Con lo cual, al juez no le basta un conocimiento profundo del derecho; necesita de un mayor equipamiento moral que lo auxilie en concretar esos principios de justicia. Aguiló Regla lo resume muy bien al decir que:

En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por principios o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo, por cuanto desemboca en la formulación de una nueva regla que permite resolver el caso. Ahora bien, lo realmente significativo no es que existan estas dos operaciones o que se haya producido en el Estado constitucional un incremento cuantitativo de las ponderaciones en la aplicación del Derecho. Lo que supone un cambio fundamental es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. (...) Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental.<sup>(40)</sup>

---

(40) AGUILÓ REGLA, JOSEP, “Dos concepciones ...”, *op. cit.*, p. 536.

Constatar entonces la innegable dimensión valorativa del derecho, y exigir un mayor realce de su labor justificativa, nos obliga a recurrir necesariamente a un argumento ético que va más allá de las exigencias puramente profesionales de conocer derecho, alcanzando así la exigencia de una cierta ética judicial.

## 6. Ética judicial y debilitamiento de la ley

En segundo lugar, y por lo que tiene que ver con la ley como fuente prioritaria del derecho, habrá que decir que en gran medida la incorporación de principios al ordenamiento jurídico muchas veces se ha debido a los problemas que esta planteaba en su aplicación por parte de los jueces.<sup>(41)</sup> Los dos más importantes —como sabemos— es la existencia de lagunas en ellas y la contradicción que pueden presentar con otras normas que igualmente resolverían el problema. Esto coloca al juez ante el siguiente dilema: o bien de negar la existencia de tales lagunas y antinomias, proponiendo una respuesta que corre el riesgo de ser puramente voluntarista, o reconociendo las mismas, tratar de ofrecer una solución racional acudiendo a principios. En este último supuesto —como lo expone Etchevery—, estamos ante la inevitable “discrecionalidad judicial”.

El mismo Bautista Etchevery ha reconocido que son al menos dos las causas por las que los jueces tienen discrecionalidad: “Por un lado, el ordenamiento parece incapaz de preveer un única respuesta para cada posible caso que surja. Por otra parte, el constituyente y el legislador actual valoran que los jueces en algún casos pueden controlar la solución ofrecida por el legislador o terminar de determinar la solución para algunos caso complejos”. Asimismo ha señalado que la discrecionalidad judicial puede referirse, por un lado, “a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles en ella”, y termina de definir a la discrecionalidad judicial como “una elección no arbitraria y limitada”.<sup>(42)</sup>

Aquí vuelve nuevamente a hacer acto de aparición la ética judicial, porque sin duda aquel juez que la posea, no solamente no considerará la discrecionalidad como un “regalo” de la que puede disponer arbitrariamente,

(41) ETCHEVERRY, B. JUAN, “Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites”, en *Teorder* 15, Bs. As., 2014, p. 153.

(42) ETCHEVERRY, B. JUAN, *ibid.*, p. 154.



sino también estará en mejores condiciones de justificar de manera más plena sus decisiones si se toma en serio la ética judicial, como lo ha reconocido reiteradamente Luis Rodolfo Vigo, “frente a esa inevitable discrecionalidad uno de los remedios lo constituye la ética judicial”.<sup>(43)</sup>

## 7. Ética judicial y labor interpretativa del juez

Algo parecido al argumento anterior es lo que sucede con la labor interpretativa en el derecho. Contrario a lo que sucedió en el Estado liberal, hoy hay una cierta unanimidad por parte de los autores en reconocer que, en la labor interpretativa del derecho, el juez ya no es solo quien aplica mecánicamente la ley a los hechos acaecidos, como un autómatas,<sup>(44)</sup> sino que en dicha labor el juez ocupa hoy el lugar protagónico al decidir, modificando su función meramente “declarativa” a una función “creativa” del derecho. Esto ha llevado a afirmar que “la creatividad en la interpretación es estructural al derecho”,<sup>(45)</sup> es decir, es inevitable.

Pilar Zambrano ha reconocido esta inevitable creatividad interpretativa —en la que sin duda existen valoraciones por parte del juez—, y ha establecido que esta no puede ser libre o arbitraria, tiene que ser acotada: “entre un margen inferior dado por las reglas de la lingüística y un margen superior, establecido por principios morales objetivamente reconocibles como tales”.<sup>(46)</sup> A decir de ella, “si cada interprete (cada juez —JSS—) solo reproduce sus propios preconceptos cada vez que determina el sentido de las normas, entonces el derecho sería una farsa inútil”.<sup>(47)</sup>

Ahora bien, uno de los argumentos que puede ayudar a orientar, y en un cierto sentido a “controlar” la tarea interpretativa del juzgador y la labor creativa del mismo, es el de poseer un compromiso serio con la ética judicial, es decir, con ciertas pautas, habilidades o disposiciones éticas sin las cuales el margen de arbitrariedad o de irracionalidad en dicha tarea podría ser mayor. Dicho en otras palabras: el compromiso con la ética judicial, de algún modo, ofrece una mayor garantía de que la tarea interpretativa y creativa del juez sea correcta.

---

(43) VIGO, LUIS R., *Ética y responsabilidad judicial*, Bs. As., Rubinzal, 2007, p. 63.

(44) VIGO, LUIS R., *De la Ley al Derecho...*, op. cit., p. 107.

(45) ZAMBRANO, PILAR, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, p. 55.

(46) ZAMBRANO, PILAR, *La inevitable creatividad...*, *ibid.*, p. 65.

(47) *Ibid.*

Un ejemplo de que lo que se acaba de señalar lo ofrece el profesor Carlos Massini, cuando al referirse al tema de la prudencia —virtud moral por excelencia— señala que esta puede ayudar a la correcta interpretación jurídica. Tal virtud supone “una especial habilidad o destreza para la indagación, en el marco del silogismo práctico de aplicación del derecho, del sentido normativo de una o varias —generalmente se trata de varias— normas jurídicas generales”.<sup>(48)</sup>

## 8. Vinculación entre la ética y el derecho

Si lo anterior es aceptado, y me parece que hay buenas razones para hacerlo, entonces la controvertida tesis positivista a propósito de la separación entre el derecho y la moral resulta —una vez más— cuestionada, pero ahora desde otro flanco, el de la ética judicial. El mismo Josep Aguiló lo reconoce al señalar:

Se sugiere que si en el Estado constitucional hay principios de justicia sustantivos que deben ser aplicados y cuya aplicación exige necesariamente llevar a cabo una deliberación de tipo moral, entonces la tesis positivista de la separación habría devenido simplemente insostenible y se habría abierto un espacio para la ética judicial que antes no existía. De nuevo, en mi opinión, algo (o mucho) de eso hay.<sup>(49)</sup>

El cuestionamiento entonces de la separación parece reconocer la necesaria presencia de la ética en la decisión judicial.

## 9. La ética judicial y sus diferentes modelos

A partir de aquí intentaré defender el modelo de ética judicial basado en las “virtudes”, pero esto obliga a decir por qué el “consecuencialismo” y el “deontologismo” no son los más óptimos patrones para cumplir cabalmente con los requisitos exigidos al juez excelente.

El profesor Martín Diego Farrell<sup>(50)</sup> ha establecido que las teorías éticas que compiten para aplicarse a la conducta de los jueces son tres: dos de

(48) MASSINI CORREAS, CARLOS I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México, Porrúa-UP, 2008, p. 79.

(49) AGUILÓ REGLA, JOSEP, “Dos concepciones...”, *op. cit.*, p. 526.

(50) FARRELL, D. MARTÍN, “La ética de la función judicial”, en J. Malem, J., Orozco, R., Vázquez, *La función judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 147/162.

ellas se inscriben dentro de lo que se conoce como éticas normativas, son así éticas del “deber”, estas son el consecuencialismo y el deontologismo; y una más que es la ética del carácter inscrita dentro de las éticas teleológicas.<sup>(51)</sup>

### **9.1. El consecuencialismo y sus críticas**

Al explicar el consecuencialismo, Farrell dice que puede definirse como “aquella teoría que sostiene la prioridad de lo bueno sobre lo correcto”,<sup>(52)</sup> donde lo bueno viene siendo identificado con la “felicidad”. Reconocido con el utilitarismo, lo correcto consiste entonces en maximizar la felicidad. En su sentido más coloquial, el consecuencialismo responde al principio de que “el fin justifica los medios”.<sup>(53)</sup>

Conviene señalar que desde una posición extrema, el consecuencialismo no solamente es la teoría de ética normativa menos seguida en el terreno de la filosofía moral, sino también la que mayores problemas acarrea a la profesión judicial. La crítica más fuerte la ha señalado Vigo estableciendo que:

Proyectando esas tesis al campo profesional se sigue que no hay posibilidad desde la ética de auspiciar o condenar ciertos actos atento a que siempre y decisivamente importa medir o apreciar resultados. En este marco, por supuesto que ya no hay lugar para códigos de ética que establezcan exigencias generales para las conductas profesionales, dado que cada caso es definitivo e irreplicable para el juicio ético.<sup>(54)</sup>

Evidentemente, desde la postura del consecuencialismo difícilmente pueden encontrar respuestas a preguntas como ¿qué tipo de código moral se le puede exigir a aquel juzgador que instrumentalizando la función judicial para, por ejemplo, enriquecerse, concede todo tipos de recursos legales (amparos) a las partes para su beneficio personal? Evidentemente ninguno.

A pesar de la importancia que el consecuencialismo ha tenido, este modelo de ética normativa plantea dos inconvenientes más, cara a la ética

---

(51) *Ibid.*, p. 150.

(52) *Ibid.*

(53) *Ibid.*

(54) VIGO, Luis R., *Ética y responsabilidad judicial...*, op. cit., pp. 24/25.

judicial: el primero es la dificultad que representa el cálculo de las consecuencias de la acción, no solo para el juez en el momento mismo de la decisión, sino también aquellas otras que acarrea la misma cara al futuro, porque, como se sabe, no todas las consecuencias se pueden prever al momento de tomar la decisión.

Hay otro problema igualmente grave, y es que desde el consecuencialismo se podría justificar cualquier acto, incluso condenar a un inocente para salvar a un médico homicida que está a punto de descubrir la vacuna contra el Sida, la cual salvaría muchas vidas, es decir, alcanzar las mejores consecuencias posible porque el fin justifica los medios.

Sin embargo, el consecuencialismo tiene algún lado positivo cuando se ve integrado a la ética de la virtud. Así, pensemos en un juez de lo familiar que, por las pruebas y alegatos ofrecidos en el juicio, tiene que otorgar la patria potestad de una menor a alguno de sus padres, cuando es públicamente conocido que tal persona tiene fuertes problemas de alcoholismo o drogadicción, o se presume que se involucra en actividades ilegales. En este caso, es obvio que el juez debe ponderar las consecuencias de su decisión, respetando la naturaleza y contenido de la acción.

## 9.2. El deontologismo y sus críticas

El deontologismo es otra ética normativa que "sostiene la prioridad de lo correcto sobre lo bueno, y caracteriza a lo correcto de un modo independiente de lo bueno".<sup>(55)</sup> Por tanto, no acepta sin más que el fin justifique los medios, estableciendo límites a la persecución del bien y dudando de que cualquier medio que más felicidad produzca pueda ser correcta.

Sin duda, dicho modelo ético propuesto para la función judicial es mucho más atrayente que el consecuencialismo, pero aún así plantea problemas de difícil solución. El principal es que este modelo no termina por dar cuenta de la acción moral del agente en forma completa. Cumplir con el **deber** por el **deber** mismo, por ser esto lo correcto, no ofrece una descripción plenamente satisfactoria de la vida moral del agente, justamente por el déficit del carácter moral de la persona. Así, por ejemplo, decirle a un amigo que se solidariza con él ante la desgracia sufrida no porque lo compadezca o lo acompañe en su dolor sino porque es su deber y está haciendo lo correcto, no parece que tenga una gran altura moral.

(55) FARRELL., D. MARTÍN, "La ética de la función judicial...", *op. cit.*, p. 151.

Al lado de la anterior dificultad, hay que decir que llevar los deberes morales a sus últimas consecuencias plantea problemas en los casos difíciles. Pensemos en un paciente que confiesa a su psicólogo que pondrá una bomba en el metro de la ciudad a la hora de mayor afluencia de personas. ¿El médico debería revelar esta información?, y de hacerlo ¿qué pasaría con el deber de confidencialidad?

Para los seguidores del deontologismo, un juez es moral si no falta a los deberes impuestos, es decir, a las normas morales que regulan su conducta como servidor público, ya sea que estas se encuentren contenidas en una serie de códigos de ética, o incluso en el orden jurídico que establece los principios más generales de la tarea judicial. Pero esta función y la ética judicial que exige difícilmente pueden quedar satisfechas con el simple cumplimiento de los deberes. Más allá de esto, lo que se pretende es un “plus” para ser un juez “excelente”. Se necesita, como ha señalado Vigo, ir más allá del mero cumplimiento del deber, o de la sola concreción de lo correcto, se necesita, por supuesto el cumplimiento del deber pero por una razón superior como es el bien.<sup>(56)</sup>

Pero, como en el caso del consecuencialismo, el deontologismo tiene también su lado positivo visto desde la teoría de las virtudes. Así, es obvio que la deliberación del juez virtuoso debe considerar igualmente el cumplimiento de sus deberes, pero dicha propuesta ha de estar relacionada con ese carácter del agente, en definitiva, con las virtudes o hábitos buenos que ha de poseer y que le dan una mayor altura moral.

### **9.3. Modelo de la virtud judicial**

Las razones anteriores nos ayudan a proponer la ética de las virtudes como una ética más amplia que el “consecuencialismo” y el “deontologismo”, no porque estos modelos no ofrezcan un perfil de juzgador, sino porque el que ofrecen plantea algunos problemas y resultan por tanto insuficientes para alcanzar el objetivo de la ética judicial, esto es, el “juez excelente”. Manuel Atienza, tratando precisamente sobre el tema de las virtudes de los jueces y haciendo una crítica al deontologismo, ha señalado:

... quizá no podamos —o no tenga sentido— proponer un único modelo de juez, pero los diversos modelos tendrán que coincidir

---

(56) VIGO, LUIS R., “Prólogo”, en Saldaña J., *Ética Judicial. Virtudes del juzgador*, México, SCJN-UNAM, 2007, p. XXIII.

en algunas propiedades comunes pues, en otro caso, la administración de justicia no podría funcionar adecuadamente. Ahora bien, el concepto de “buen juez” (como el de “buen profesor”) no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y derechos. Un buen juez —me parece que en esto todos estamos de acuerdo— no es solo quien aplica el Derecho vigente sin incurrir, en el ejercicio de esa actividad, en la comisión de delitos o de faltas sancionables disciplinariamente —quien no es corrupto— sino quien es capaz de ir “más allá” del cumplimiento de las normas; y ello, no porque se exija de él —al menos, normalmente— un comportamiento de carácter heroico, sino porque ciertas cualidades que ha de tener un juez —las virtudes judiciales— no podrían plasmarse normativamente; son, justamente, rasgos del carácter que se forman a través del ejercicio de la profesión si, a su vez, se tiene cierta disposición para ello.<sup>(57)</sup>

Autores nada confesos de objetivistas morales, como Hart, también entienden la importancia de las virtudes en el mundo judicial al establecer:

En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificarla de “legislativa” a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada...<sup>(58)</sup>

Como se acaba de mostrar, la ética de la virtud, o de la formación del carácter, está evidentemente en el centro de debate intelectual y, como acabamos de ver, ocupa hoy un lugar central en las propuestas éticas

(57) ATIENZA, MANUEL, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2004, pp. 137/138.

(58) HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, G. Carrió (trad.), Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 253.

de cualquier actividad profesional, especialmente la judicial. Tal preocupación quizá se deba a que finalmente nos hemos dado cuenta de la llamada de atención que Romano Guardini señaló hace años: “El bien es singularmente vulnerable. Exige ser tomado en serio, que se preocupe conocerlo cada vez más profundamente, que se esté atento a él y se busque su realización esforzadamente”.<sup>(59)</sup>

#### 9.4. Contenido de una teoría de las virtudes judiciales

Una posible teoría de las virtudes tendría que resolver —al menos— los siguientes interrogantes:<sup>(60)</sup> ¿Qué es una virtud judicial?, ¿cuáles son las virtudes judiciales?, ¿en qué consisten cada una de las virtudes judiciales? ¿cuáles son las funciones de las virtudes judiciales?, y ¿por qué el juez ha de poseer estos rasgos del carácter?

##### 9.4.1. ¿Qué es una virtud?

Aristóteles nos enseñó algunas cosas fundamentales para comprender en su exacta dimensión lo que la “virtud” es. En primer lugar, el Estagirita nos dijo que “la virtud del hombre será también el modo de ser por el cual el hombre se hace bueno y por el cual realiza bien su función propia”.<sup>(61)</sup> También nos dijo que la virtud es un modo de ser selectivo, siendo un término medio relativo a nosotros determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría el hombre prudente.<sup>(62)</sup>

La primera idea que conviene destacar para el juez a partir de lo anterior es que las virtudes no son “connaturales” al hombre, en este sentido las virtudes judiciales se van adquiriendo. Siendo un “hábito”, tales virtudes solo pueden ser poseídas a través de su ejercicio reiterados. En este sentido, y como dirá Aristóteles, ninguna virtud ética se produce en el hombre por naturaleza, sino por costumbre,<sup>(63)</sup> llegando a establecer como principio básico de su filosofía moral el siguiente postulado: “lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo”.<sup>(64)</sup> De este modo, un juez

(59) GUARDINI, R., *Ética*, D. Romero y C. Díaz (trad.) B.A.C., Madrid, 1999, p. 242.

(60) En esta parte del trabajo seguimos a RACHELS, JAMES, *Introducción a la filosofía moral*, G. Ortiz Millán (trad.), México, FCE, 2007, p. 276.

(61) ARISTÓTELES, *ÉN*, II, 6, 1106a-20.

(62) *Ibid.*, 1106b-35.

(63) *Ibid.*, 1103a-20.

(64) *Ibid.*, 1103a-30.

virtuoso tendrá la capacidad, por ejemplo, de ser valiente cuando practica la valentía, no solo ocasionalmente. Así, para lo jueces que siempre son valientes, esta virtud es ya una cosa común, un hábito en él.

El segundo argumento a considerar en el modelo de las virtudes es que son un término medio entre dos vicios, entre dos extremos. En el mismo caso de la valentía, se puede afirmar —junto con el Estagirita—, que el juez que “huye de todo y tiene miedo y no resiste nada se vuelve cobarde; el que no teme absolutamente a nada y se lanza a todos los peligros, temerario”.<sup>(65)</sup>

James Rachels, resumiendo los dos argumentos de la virtud propuestos por Aristóteles dirá que ésta es “un rasgo del carácter, manifestado en una acción habitual, que es bueno que una persona tenga”.<sup>(66)</sup>

Sin duda, quien en tiempos reciente ha definido con mayor precisión lo que una virtud es ha sido MacIntyre al decir que es: “una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes”.<sup>(67)</sup>

#### 9.4.2. ¿Cuáles son las virtudes judiciales?

Antes de señalar cuáles podrían ser algunas de las virtudes judiciales conviene hacer un comentario, que se puede resumir en una pregunta: ¿son distintas las virtudes que corresponden al juez como profesional de la judicatura de aquellas otras de la moralidad general? ¿son acaso independientes unas de las otras?

El argumento que aquí se sostiene es que la separación entre las virtudes propias de una profesión —en este caso ser juez— y la moral general, es un ejercicio interesante pero poco fructífero, como lo hemos señalado en renglones precedentes. La moral que tratamos de posicionar aquí no ha establecido nunca que haya una separación entre el ejercicio moral del hombre común y una moral específica de su quehacer. Según Aristóteles, el fin del hombre es lograr la felicidad personal y esto, obvio, incluye poder serlo también en la actividad que haya elegido como arte u oficio. Una vida feliz ha de ser una vida plena, una vida de excelencia. Jesús M. Díaz

(65) *Ibid.*, 1104a-20.

(66) RACHELS, JAMES, *Introducción a la filosofía...*, op. cit., pp. 277/278.

(67) MACINTYRE, ALASDAIR, *Tras la virtud*, A. Valcárcel (trad.), Barcelona, Crítica, 2004, p. 237.



Álvarez, tratando este punto, y glosando la idea de virtud en Aristóteles, dirá: “Una persona virtuosa era aquella que realizaba *bien*, que era *buena* o ‘*excelente*’ en la actividad que se desempeñaba. Es decir, una persona diestra en su oficio; lo que hoy podríamos denominar un ‘buen profesional’. Para llegar a serlo, por supuesto, había que esforzarse, aprender, había que instruirse y practicar...”<sup>(68)</sup>

En este sentido, María Amalia Amaya ha señalado igualmente que las virtudes de los jueces no son diferentes ni están separadas de las virtudes de la moral general. Dice al respecto:

Esta última postura (la de que no existe una moral dividida sino que es única —JSS—) nos lleva a una visión integrada de ética, según la cual “la ética es única y es última”, pero, al mismo tiempo, reconoce las peculiares demandas morales que son características de los roles profesionales. Esta concepción de la moralidad del 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.<sup>(69)</sup>

¿Qué virtudes son las propias de la función judicial? Sin duda se podría enunciar una larga lista de virtudes judiciales, pero hacerlo, además de complicado, puede resultar utópico. Por eso solo mencionaremos algunas de las más representativas de la labor judicial tales como la prudencia, la justicia, la fortaleza o valentía y la templanza o sobriedad. Hay, sin embargo, algunas otras como la generosidad o compasión, la humildad, la sinceridad, la solidaridad institucional o la honradez.

### **9.5. Virtudes judiciales, continuidad de las generales y unión de logos y el ethos**

Explicar cada una de las anteriores virtudes judiciales exige dar cuenta de al menos dos aspectos importantes. En primer lugar, señalar —como dijimos más arriba—, que referirse a tales virtudes no nos tiene que llevar a pensar que la moral o la ética de las virtudes es una moral fragmentada, donde existen, por una parte, virtudes exclusivas del mundo judicial, y por otra, virtudes propias de la moral general. Como dice

(68) DIAZ ÁLVAREZ, M. JESÚS, “La Virtud”, en C., Gómez y J., Mugerza (eds.), *La aventura de la moralidad. (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Madrid, Alianza, 2007, p. 412.

(69) AMAYA NAVARRO, M. AMALIA, “Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica”, en *Temas selectos de derecho electoral*, 6, México, 2009, p. 23.

Amalia Amaya, "las virtudes judiciales, no son un catálogo distinto de las virtudes morales generales, sino que son un conjunto de rasgos del carácter orientados a la mejor realización de los objetivos de la profesión que guardan una relación de 'especificación' con el resto de las virtudes morales generales".<sup>(70)</sup> En definitiva, las virtudes judiciales especifican qué significa ser un buen juez.

En segundo lugar, conviene dejar claro también que si bien es verdad que el propio Aristóteles estableció la distinción entre virtudes dianoéticas y éticas,<sup>(71)</sup> o sea, intelectuales y morales, no se puede aceptar que haya una separación infranqueable entre unas y otras, sino más bien que *logos* y *ethos* son dos zonas que se invaden recíprocamente, como lo sugiere Antonio Gómez Robledo.<sup>(72)</sup> Así pues, las virtudes judiciales participan de esa doble dimensión, tanto intelectual como moral. "Un buen juez no solo necesita poseer excelencia de carácter moral (...) sino también excelencia de carácter intelectual".<sup>(73)</sup>

#### 9.5.1. La virtud de la prudencia o *phrónesis*

La nómina de virtudes comienza con la que Pieper denominó "madre y fundamento del resto de las virtudes prácticas",<sup>(74)</sup> esto es, con la prudencia o *phrónesis*. La radicalidad de la prudencia nos lleva a reconocerle un doble valor en el terreno judicial. El primero es que, sin esta virtud, el resto de las virtudes carecerían de significado, pues la virtud de la prudencia es una condición de posibilidad para las demás virtudes.<sup>(75)</sup> El segundo rasgo de importancia de la virtud de la prudencia radica en la presencia que tiene a lo largo de toda la labor judicial en el proceso.<sup>(76)</sup>

(70) AMAYA NAVARRO, M. AMALIA, "Virtudes judiciales...", *op. cit.*, p. 23.

(71) Aristóteles, *ÉN*, II, 6, 1103a-15.

(72) GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, México, FCE, 1996, p. 30.

(73) AMAYA NAVARRO, MARÍA AMALIA, "Virtudes judiciales...", *op. cit.*, p. 27.

(74) PIEPER, JOSEF, *Las virtudes fundamentales*, 6ª ed., Madrid, Rialp, 1998, p. 33.

(75) ETCHEVERRY, B. JUAN, "Discrecionalidad judicial...", *op. cit.*, p. 161.

(76) Es especialmente sugerente el trabajo de la profesora María del Carmen Platas Pacheco, cuando señala que la virtud de la prudencia puede perfectamente ser vista en la labor judicial al menos en los siguientes aspectos: i) ante la existencia de lagunas en ley, ii) ante la necesidad de equidad o epiqueya, iii) ante el estado de necesidad, iv) ante la colisión entre principios jurídicos. Ver, PLATAS, PACHECO, M. DEL CARMEN, *Filosofía del derecho. Prudencia arte del juzgador*, México, Porrúa, 2009, pp. 129/131.

Aristóteles nos ofrece quizá la mejor explicación de esta virtud. Nos dice el Estagirita: "En efecto, parece propio del hombre prudente el ser capaz de deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo, no en un sentido parcial, por ejemplo, para la salud, para la fuerza, sino para vivir bien en general".<sup>(77)</sup> Después, Tomás de Aquino explicará que la virtud de la prudencia pasa por tres momentos: deliberación propiamente dicha, juicio, e imperio o decisión.<sup>(78)</sup>

En el caso de juez, el primer momento correspondería a aquella labor que se refiere al análisis del conflicto sometido a su consideración. Para ello debe analizar en forma exhaustiva todas las circunstancias del caso. En este punto la virtud de la prudencia juega ya un papel relevante pues para el análisis profundo de cada uno de los aspectos del caso necesita la introspección que como parte de la prudencia es más que necesaria.

D. Juan Díaz Romero, quien fuera Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México por más de 20 años, ha señalado que la virtud de la prudencia se "apodera por completo de toda la actuación del impartidor de justicia, desde las más sencillas decisiones procesales, hasta las consideraciones fundamentales de la sentencia".<sup>(79)</sup> Pero es en la sentencia donde se puede observar con mucho más claridad el relevante papel que juega la prudencia en aquellos jueces que la poseen.

La etapa informativa de la sentencia es ya un acercamiento mucho más detallado, y por tanto más preciso del caso sometido a su consideración. Aquí el juez virtuoso debe conocer todas las circunstancias que el asunto envuelve. La prudencia señala al juzgador por tanto que no desestime ninguna constancia que obre en autos, con esto el juzgador va formándose una convicción mucho más apegada a la realidad. A las claras se vería cómo la actitud de un juez imprudente no tomaría en consideración todas esas constancias, o tomándolas privilegiaría a la ligera unas en detrimento de otras.<sup>(80)</sup>

Sólo a través del pormenorizado análisis de las constancias se pueden ir destacando los puntos relevantes del asunto en cuestión, y dejando de lado aquellos que no lo son. Aquí la prudencia juega un papel central

---

(77) Aristóteles, *ÉN*, VI, 5, 1140a-25.

(78) TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II q. 47, a. 10.

(79) DÍAZ ROMERO, JUAN, "Prólogo", en PLATAS, PACHECO, M. DEL CARMEN, *Filosofía...*, op. cit., p. XI.

(80) DÍAZ ROMERO, JUAN, "Prólogo", op. cit., p. XII.

pues una vez destacados los hechos relevantes el juez virtuoso estará en mejores condiciones de abordar el elemento probatorio que se encuentra en el expediente.<sup>(81)</sup>

Lo anterior resulta igualmente muy importante porque, en la medida que realice un minucioso análisis del aparato probatorio, irá descubriendo la verdad de los hechos. Dice Díaz Romero que, con lo anterior, el juez va realizando un doble ejercicio,

... por una parte va cotejando los hechos ya depurados como verdaderos (o probablemente verdaderos) con lo que narra cada una de las partes, y en medio de las dos versiones, de manera imparcial, va acogiendo o desestimando los puntos fácticos en su correcta dimensión, auxiliado por la razón práctica y la prudente apreciación de los elementos desahogados, todos los cuales tienen cierto grado de dificultad, de manera especial la declaración de testigos y los dictámenes periciales.<sup>(82)</sup>

En este mismo proceso el juez prudente irá formando aquellas hipótesis materia de su eventual respuesta. Esto demuestra como la prudencia es importante en la etapa informativa de la decisión judicial y del control de su discrecionalidad. Llegados aquí, el juez ya se ha formado criterio, necesita pasar ahora a una etapa donde —igualmente— la prudencia juega un papel protagónico como es buscar el derecho aplicable al caso concreto. Veamos algunos dilemas que en este momento se presentan y donde la prudencia se hace indispensable.

En primer lugar, el juez se preguntaría ¿qué derecho es el que debo aplicar?, ¿solo la ley? Y si esto fuera así, ¿qué pasaría si se presentan problemas como la vaguedad y ambigüedad de los términos usados por el legislador?, ¿cómo los resolvería? Por otra parte, ¿qué pasaría ante la inexistencia de leyes exactamente aplicable al caso planteado, o si hubiera dos que lo resolvieran?, y si tales normas son contradictorias, ¿por cuál optaría? Esto sin contar con el amplio abanico de fuentes que tiene hoy el juez para resolver: la ley, la jurisprudencia y el apego necesario a diferentes documentos internacionales protectores de derechos humanos. A las claras se ve que el reclamo a la prudencia es necesario para que el juez ofrezca mejores respuestas a las anteriores interrogantes.

(81) *Ibid.*, p. XIII.

(82) *Ibid.*

Por último, es a la hora de redactar la sentencia donde cobra mayor sentido la virtud de la prudencia en la decisión judicial. Primero —dice Díaz Romero—, para redactar lo más claro posible la sentencia, y así evitar confundir o enredar al lector.<sup>(83)</sup> Segundo, porque ya en la redacción de la sentencia debe motivar y argumentar su resolución, es decir, debe realizar un ejercicio argumentativo lo más riguroso posible.<sup>(84)</sup>

Un juez prudente también es un hombre discreto de las cosas que conoce de las partes en conflicto y del problema mismo. Un juez prudente también es quien se ejercita en tener una buena memoria para recordar casos anteriores, y quien sabe pedir consejos a otros jueces con más experiencia en aquellos casos especialmente difíciles o trágicos. Es también prudente un juez entregado a su trabajo, el cual desarrolla en forma generosa y asidua, pues dicha labor ha de ser llevada a cabo con diligencia atenta y puntual.

#### 9.5.2. *La virtud de la justicia*

En íntima relación con la virtud de la prudencia se encuentra la reflexión sobre la justicia. Sin la primera, es decir, sin saber deliberar, difícilmente se podrá dar a cada uno lo suyo.

Sin duda, una de las primeras dificultades que salta a la vista tiene que ver con la pregunta ¿qué idea de justicia es la que sería propia del juzgador? Son tantos los intentos que se han ofrecido que sería imposible siquiera enumerarlos. Sin embargo, la vida práctica del derecho y, específicamente, la labor que desarrollan cotidianamente los jueces, o sea, decidir prudencialmente conflictos entre partes contendientes, nos coloca delante de la tradicional definición de justicia expuesta en el *Digesto 1.1.10*: la voluntad permanente de dar a cada lo suyo, su derecho, según reza la clásica fórmula romana.

Parece obvio que, sin la virtud de la justicia, no se podría entender ni la existencia del juez ni —obviamente— la función jurisdiccional. Dicho de

---

(83) *Ibid.*, p. XVI.

(84) La motivación de las sentencias es explicada en el art. 18 *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*: “La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales”. La motivación, señala enseguida, consiste en expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión (art. 19). Ver, ATIENZA, MANUEL, “Reflexiones sobre la Ética Judicial”, en *Serie Ética Judicial*, 17, México, SCJN, 2008, p. 17.

otra forma, sin justicia y sin un compromiso real por cumplirla simplemente el juez no tendría razón de ser. Si el juez está para algo es —como dice José Gabaldón— para aplicar el derecho con la intención de aproximar las relaciones humanas a la justicia.<sup>(85)</sup>

Lo último se encuentra estrechamente ligado con la motivación judicial, pues si bien el juez en su sentencia ha de ofrecer razones jurídicamente válidas que sostengan su decisión, estas razones son ofrecidas por un fin muy específico, este es, “determinar lo justo”, es decir, la “justicia”. Con lo cual, la legitimidad judicial —en la que está en juego la credibilidad de juzgador y la confianza social en todo el poder judicial—, depende de una buena motivación que concrete la justicia. El juez aplica el derecho, pero su objeto específico es la justicia, como nos recuerda el *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* en su artículo 35: “El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho”.

Para los efectos de lo que tratamos de decir aquí conviene recordar lo que la tradición jurídica enraizada en Aristóteles y Tomás de Aquino han señalado. Dice el doctor Angélico que la justicia no está en el aparato cognitivo del hombre, sino en la facultad apetitiva del mismo. Tampoco está en el apetito sensitivo, “De ahí que la justicia no pueda hallarse en lo irascible o en lo concupiscible, sino únicamente en la voluntad”.<sup>(86)</sup> La justicia, sin duda, procede de la voluntad, pero una voluntad orientada por la recta razón pues sin ella se encontraría extraviada.

Que la justicia se ubique en la voluntad significa también que para ser un juez justo es necesario, primeramente, “querer serlo”, es decir, **poseer buena disposición de querer** dar, restituir, compensar, reconocer, etcétera, lo que es justo de las personas. Tomás de Aquino expresó esta buena disposición diciendo: “Por eso se pone en primer lugar, en la definición de la justicia, *la voluntad*, para mostrar que el acto de la justicia debe ser voluntario; y se añade lo de la *constancia* y *perpetuidad*, para designar la firmeza del acto”.<sup>(87)</sup>

Un juez cultivado en la justicia debe tener una buena disposición de ánimo, no cualquiera. Desde luego no es un ánimo irascible, pero tampoco concupiscible, tiene que ser un ánimo mesurado, sereno, respetuoso, incluso

(85) GABALDÓN LÓPEZ JOSÉ, “Reflexiones sobre la ética judicial”, en AAVV, *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología II*, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003, p. 787.

(86) TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II a, q. 58, a.4.

(87) TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, op. cit., a.1.

afable. De ahí que al juez virtuoso la justicia le imponga siempre una introspección, una interiorización continuada, es decir, una cierta serenidad del ánimo y del carácter que permitan dar lo justo (ni más ni menos) a cada una de las partes para no cometer injusticia. Ha señalado quien fuera vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional y exmagistrado del Tribunal Supremo español, José Gabaldón: “al juez le es especialmente exigible una conciencia de actuación justa que, manifestada en los principios jurídicos que rigen su función (imparcialidad, independencia...) se extienda también a la esfera íntima y personal que les da fuerza”.<sup>(88)</sup>

Recordemos, igualmente, que según la explicación que nos da la tradición aristotélico-tomista, la justicia ordena al hombre en relación con otro, conocida como **alteridad**, pero del mismo modo comporta **igualdad**. La esencia de la justicia es la igualdad, que el juez virtuoso debe buscar tanto en la versión conmutativa (la cual ordena las relaciones entre los particulares, es decir, lo debido entre ellos), como distributiva (la cual ordena las relaciones de la comunidad con los particulares, es decir, lo debido por la comunidad al particular). Sin esa buena disposición de ánimo, sin esa introspección necesaria difícilmente se podrá conseguir esa igualdad en una u otra especie de justicia.

### 9.5.3. La virtud de la fortaleza o valentía

La relación entre las dos virtudes anteriores y de estas con la fortaleza, templanza, y humildad, la ha puesto de relieve Pieper al señalar: “La prudencia y la justicia preceden a la fortaleza (...).<sup>(89)</sup> En una frase muy elocuente dirá: “solo aquel que sea prudente y justo, puede además ser valiente”.<sup>(90)</sup> Así, mientras la prudencia y la justicia ayudan a determinar lo “bueno” y lo “justo”, la fortaleza y la templanza ayudan al juez a protegerlo de todos aquellos peligros que pueden amenazarlo.

La virtud de la fortaleza también puede ser llamada “valentía” y según el Diccionario de la RAE, valiente es el hombre “esforzado, animoso y de valor”,<sup>(91)</sup> en otra acepción, quien es “eficaz y activo en su línea, física o moralmente”.<sup>(92)</sup>

(88) GABALDÓN LÓPEZ, JOSÉ, “Reflexiones sobre la ética judicial...”, *op. cit.*, p. 784.

(89) PIEPER, JOSEF, *Las virtudes fundamentales...*, *op. cit.*, p. 191.

(90) *Ibid.*

(91) RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, p. 1539.

(92) RAE, *Diccionario...*, *op. cit.*

Como sabemos, una de las condiciones para que la acción sea virtuosa es que esta sea hecha con ánimo firme. Pues bien, que la valentía en el juez sea una virtud depende en gran medida de que conozca cuáles son los peligros que entraña su actividad, los asuma y llegado el momento los afronte. Por eso el Aquinate señalará que la fortaleza es “una firmeza de ánimo para afrontar y rechazar los peligros en los cuales es sumamente difícil mantener la firmeza”.<sup>(93)</sup>

Siendo la fortaleza una virtud también es un término medio entre dos excesos, en este caso la “cobardía” y la “temeridad”, “es cobarde huir de cualquier peligro; no obstante, es temerario arriesgar demasiado”.<sup>(94)</sup>

¿Qué peligros son los que el juez virtuoso puede llegar a enfrentar? En rigor, para responder a esta pregunta tendríamos que hacer una distinción entre los peligros que el juez puede sufrir como cualquier otra persona, y aquellos otros que en su específico desempeño profesional pueden llegar a encontrarse. En el caso de los primeros, dice el profesor Peter Geach, todos al final necesitamos de la fortaleza, porque todos tenemos un cuerpo vulnerable, los obreros, los pescadores, los camioneros, etc.<sup>(95)</sup> Y es importante recordarlo porque como el mismo profesor señala, “todos hemos de morir y no puede excluirse para ninguno de nosotros la posibilidad de una muerte horrible: con grandes dolores o después de una larga enfermedad incapacitadora”.<sup>(96)</sup>

El juez tiene que ser consciente de ello porque no está exento de padecer una grave enfermedad que lo pueda incapacitar para su trabajo, con la eventual pérdida de lo que ello significa. Aquí también tiene que afrontar con valentía ese riesgo que como tal está siempre presente.

Igualmente en el ámbito personal interno, el juzgador debe ser un hombre valiente cuando, al verse en la necesidad de cuestionar su forma de pensar el derecho —la cual probablemente tuvo profundamente arraigada durante una larga vida de ejercicio judicial—, por las circunstancias del caso —por ejemplo, una nueva consideración sobre los derechos humanos o un nuevo modo de emplear la jurisprudencia internacional— haya que cambiarla.<sup>(97)</sup>

(93) TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-IIb, q. 123, a.3.

(94) RACHELS, JAMES, *Introducción a la filosofía...*, op. cit., pp. 278/279.

(95) GEACH, PETER, *Las Virtudes*, J. V. Arregui y C. Rodríguez, Lluésma (trads.), Pamplona, Eunsa, 1993, p. 25.

(96) GEACH, PETER, *Las Virtudes*, op. cit., p. 177.

(97) AMAYA NAVARRO, M. AMALIA, “Virtudes judiciales y argumentación...”, op. cit., pp. 28/29.



Sin embargo, los principales riesgos que el juzgador puede enfrentar son externos a la función judicial, y son de dos clases. Unos que pueden provenir de las partes involucradas en el proceso y aquellos otros procedentes de la sociedad misma. No olvidemos que en la función jurisdiccional entran en juego intereses de todo tipo que dividen a las personas y a la propia sociedad. Así tenemos que, en uno u otro supuesto, el juez virtuoso no cambiaría su decisión por las amenazas contra su integridad física o la de sus familia, o por las presiones a las que puede verse sometido. El juez valiente ha de mantenerse firme en sus resoluciones sin temer a las consecuencias, o temiéndolas, intentar superarlas.

La otra fuente de transgresión puede provenir de la misma institución en la que trabaja, es decir, del propio Poder Judicial. En el supuesto de que los riesgos o amenazas vinieran del propio Poder Judicial —por ejemplo de sus superiores—, el juez virtuoso debe resistir y denunciar las mismas ante las instancias correspondientes. En este tipo de situaciones, el juez virtuoso no violentaría el derecho de las personas aunque lo ordenen sus superiores.

El juez virtuoso también tiene que demostrar su fortaleza ante las insinuaciones o actos de corrupción que puedan ofertarle. Es claro que un juez cobarde es mucho más fácil que pierda su independencia o su imparcialidad ante la corrupción. Como dice Tomás de Aquino, esta firmeza de ánimo “ayuda a resistir los ataques de todos los vicios, porque quien puede mantenerse firme en situaciones difíciles de resistir, lógicamente estará mejor preparado para resistir otras situaciones que ofrecen menor dificultad”.<sup>(98)</sup>

En definitiva, con la fortaleza dice Vigo, “se trata de una exigencia ética íntimamente vinculada con un cierto talante psicológico frente a los riesgos y las incertidumbres, que reclaman el perseverar a pesar de los mismos y también en enfrentarlos”.<sup>(99)</sup>

Una última cosa conviene decir sobre la valentía, y es que no debe confundirse con no sentir miedo.

Esta valentía no es la ausencia de miedo: es la capacidad de superarlo, cuando está ahí, a través de una voluntad más fuerte y más generosa. Y eso ya no es (o no solamente) fisiología, sino

---

(98) TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-IIb, q. 123, a.3.

(99) VIGO, LUIS RODOLFO, *Ética y responsabilidad judicial...*, op. cit., p. 78.

fortaleza de ánimo frente al peligro. Ya no es una pasión, sino una virtud, la condición de todas las virtudes. Ya no es la valentía de los duros, sino la de los afables y de los héroes.<sup>(100)</sup>

#### 9.5.4. La virtud de la templanza

Una función análoga a la virtud de la fortaleza es la realizada por la virtud de la templanza, la cual, a pesar de no estar enunciada profusamente en los trabajos de ética judicial, es igualmente importante para las funciones que desempeña el juzgador. La templanza, igual que la fortaleza, no busca tanto la determinación del bien o lo justo, sino la protección y defensa del mismo. Esta virtud tiene como objeto primario mantener la tranquilidad de espíritu, tan necesario para la actividad jurisdiccional, expuesto a perturbarse por las inclinaciones humanas más fuertes y más elementales. Parece claro que si un juez no es capaz de controlar y orientar tales inclinaciones, la ecuanimidad y sensatez necesarias para realizar bien la función judicial no podría lograrse.

La templanza indica la moderación de “los apetitos y el uso excesivo de los sentidos, sujetándolos a la razón”.<sup>(101)</sup> Esta es la noción central que la tradición realista explica al tratar la templanza. Tomás de Aquino, por ejemplo, dirá que esta aparta al hombre de aquello que le atrae en contra de la razón,<sup>(102)</sup> como, por ejemplo, los bienes sensibles y corporales, no porque estos sean malos en sí, sino cuando éstos no se encuentran sometidos a la razón, o van en contra de ella. Dice el doctor Angélico: “La oposición de estos bienes a la razón radica en el hecho de que el apetito sensitivo los busca de un modo irracional”.<sup>(103)</sup>

La falta de templanza puede observarse en una gran variedad de ejemplos, algunos de estos los ha referido el profesor Jorge Malem.<sup>(104)</sup> Por sólo señalar un par de ejemplos, pensemos en el tema del acoso sexual, el que por desgracia se da y con bastante frecuencia en los poderes judiciales mexicanos.<sup>(105)</sup>

(100) COMTE-SPONVILLE, ANDRÉ, *Pequeño tratado de las grandes virtudes*, B. Corral, y M. Corral (trads.), Barcelona, Paidós, 2005, p. 58.

(101) RAE, *Diccionario...*, op. cit., p. 1957.

(102) TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, II-II, q 141 a. 1.

(103) *Ibid.*, II-II, q 141 a. 3.

(104) MALEM SEÑA, F. JORGE, “Pueden las malas...”, op. cit., pp. 24/33; “La vida privada de los jueces”, op. cit., pp. 163/179.

(105) HIGUERA CORONA, JORGE, “El hostigamiento o acoso sexual desde la óptica de sus variados aspectos ético-culturales”, en *Serie Ética Judicial*, 27, México, SCJN, 2013, pp. 73/76.

Otro ejemplo es el consumo de ciertas sustancias como el tabaco, el alcohol u otras drogas, que “hacen que quienes los padezcan pierdan el control sobre sí mismos y puedan tomar decisiones injustificadamente nocivas para terceros. Por eso motivo —dice Malem— quienes sufren tales adicciones deben ser apartados de su cargo”.<sup>(106)</sup>

#### 9.5.5. Otras virtudes judiciales

Hay otro tipo de virtudes con las que el juez virtuoso debe contar en la realización de su trabajo. La presencia de estas puede observarse también en relación a las partes, porque no olvidemos que la resolución final que tome el juez afectará de manera directa y personal a los justiciables. Piénsese por ejemplo, en la humildad, la cual le permitiría al juez virtuoso cambiar su criterio ante las observaciones que sus pares le pudieran formular en la deliberación de un órgano colegiado. Quien no posea esta virtud se obstinara en la decisión tomada, sin considerar que con tal actitud violaría derechos de los justiciables. Igualmente un juez virtuoso haría suya la virtud de la piedad de la que habla Zagrebelsky, ante la rigurosidad de la aplicación de la ley tendría la sensibilidad de que su cumplimiento no trajera mayores desgracias y sufrimientos que los debidos. La generosidad o el modo de vida basado en la austeridad le haría al juez no ser ambicioso y no ver la función judicial como un medio antes que como un fin. Esta virtud permitiría alcanzar un grado de congruencia con la posibilidad de guiar su vida en forma mínimamente satisfactoria.<sup>(107)</sup> La solidaridad institucional comprometería al juez virtuoso con todos aquellos fines que el Poder Judicial como institución del Estado se ha propuesto, tales como la transparencia, la responsabilidad por las decisiones que toma para la estabilidad social, la consolidación del Estado y su compromiso con los acuerdos internacionales, entre otros.

## 10. Virtudes y principios judiciales

### 10.1. Principio de independencia judicial

Que un juez haga suyas las virtudes anteriores le permite estar en mejores condiciones de “ser” y “parecer” realmente un juez independiente. En definitiva, de ser un juzgador que no ve a la carrera judicial ni el puesto que tiene como un privilegio, sino que la posesión de tales virtudes asegura

---

(106) MALEM SEÑA, F. JORGE, “La vida privada de los jueces”, *op. cit.*, pp. 170/171.

(107) RACHELS, JAMES, *Introducción a la filosofía...*, *op. cit.*, p. 281.

que la determinación del derecho será hecha únicamente desde las herramientas que el derecho le ofrece, y no desde sus intereses políticos, económicos, o de cualquier índole. Difícilmente se podría pensar que un juez es independiente cuando no cuida verse sometido a las influencias del poder político, dadas sus constantes relaciones con gente de este ámbito en el lugar donde trabaja. De ahí que las virtudes judiciales de algún modo imponen al juez evitar situaciones en las que se vea comprometida su independencia y de generar alguna sospecha que termine desprestigiándolo a él y al Poder Judicial.

Lo mismo sucedería en el caso de los superiores del juzgador cuando estos trataran de influir en sus decisiones. Un juez independiente rechazaría esas influencias y denunciaría tales injerencias.

### 10.2. Principio de imparcialidad

La imparcialidad trata —dice Aguiló— "... de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso".<sup>(108)</sup> En forma específica se refiere por tanto a las influencias o móviles que pueden provenir del interior mismo del proceso, y más específicamente de las partes, las cuales pueden influir en la deliberación y resolución a la que llegue el juez.

La conciencia moral del juzgador reflejada en su razonamiento prudencial, ha de estar inmune de cualquier influencia o motivo externo que provenga del proceso mismo. De este modo, el juez virtuoso evitaría que tales factores puedan llegar a determinar de manera sustancial y definitiva en su decisión final, violentando con esto el derecho desde el que tiene que juzgar.

Un juez que no se cultiva en la virtud de la prudencia y de la templanza, deliberará incorrectamente, favoreciendo a alguna de las partes. Los motivos pueden ser muchos y de muy diversa índole, desde aquellos estrictamente personales (amistades, confesión religiosa, intereses políticos, etc.), hasta los que puede provenir por influencias de las partes (ofrecer dinero al juez o cualquier otra prebenda). Un juez virtuoso sería capaz de identificar estos problemas y estaría mejor dispuesto a abstenerse de juzgar.

Como en el caso de la independencia, el juez no solamente debería ser imparcial, sino también debería evitar toda apariencia de un trato preferencial o especial a cualquiera de las partes o a sus abogados. El juez

(108) AGUILÓ REGLA, JOSEP, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", en *Isonomía*, 6, México, 1997, p. 77.

cultivado en la virtud de la templanza tendría la sensibilidad para darse cuenta cuándo las deferencias, regalos o actitudes que le ofrezcan las partes tienen la intención de desviar la imparcialidad para que los favorezca.

### **10.3. Principio de motivación judicial**

Las virtudes judiciales juegan igualmente un papel muy significativo a la hora de que el juez motive sus sentencias. Si la motivación significa expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas aptas para justificar su decisión, entonces el equipamiento moral que posee el juez virtuoso le tendría que servir para ser claro en sus sentencias, para preocuparse mucho más por aquellos asuntos donde están en juego derechos humanos, especialmente los que protegen bienes básicos tan fundamentales como la vida o la libertad de las personas, y realizar un ejercicio mucho más profundo de motivación, es decir, no ver estos asuntos con indolencia.

En una apreciación general del asunto, un juez virtuoso se comprometería a realizar una motivación que abarcara tanto a los hechos como al derecho; no haría una valoración ligera de las pruebas que las partes ofrecen en el proceso, y se referiría en su sentencia a cada uno de los alegatos de las partes para que su decisión no fuera arbitraria.

Lo dicho hasta acá nos ofrece bastantes elementos para pensar que la ética judicial basada en virtudes, posibilita de mejor manera la capacidad que debería tener el juez para ser y parecer realmente independiente, imparcial y que sabe motivar mejor las sentencias. Sin este equipamiento moral difícilmente se podría lograr la actualización de estos principios de ética judicial.

## **11. Funciones de las virtudes judiciales**

Lo expuesto hasta ahora nos permite observar, quizá con un poco más de claridad, cuáles podrían ser algunas de las más significativas funciones que la ética judicial basada en virtudes nos ofrece. Enumeremos algunas:

- Función "personalista": como se puede deducir de los argumentos señalados, una de las más importantes funciones de la ética basada en virtudes es la de poner mayor atención en la persona del juzgador, en reconocerlo como ser humano, estableciendo esto como condición de una mejor función jurisdiccional. A decir de Atienza, que cita a Caenegán, "el Derecho es tan bueno como los jueces que lo aplican (...) o, por lo menos en que no cabría hablar de un buen Derecho con malos jueces".<sup>(109)</sup>

---

(109) ATIENZA, MANUEL, *Cuestiones judiciales...*, op. cit., p. 120.

- Función “abarcativa o incluyente”: la ética de la virtud es abarcativa y, por tanto, mucho más integradora de los deberes y consecuencias que el juez ha de considerar a la hora de decidir. Presentándose por tanto como un modelo ético mucho más rico que el consecuencialismo y el deontologismo.
- Función “cognitiva”: en tercer lugar, el juez que posea prudencia, justicia, fortaleza y templanza estará mejor condicionado para hacer una correcta deliberación, para informarse de manera más precisa de las circunstancias del caso. También estará en mejores condiciones para saber cuál es el mejor derecho aplicable al asunto, es decir, el que más le ayude a justificar su decisión.
- Función de “garantía en sus decisiones”: el juez virtuoso, de algún modo, nos otorga una cierta garantía de que la decisión que tome es la correcta, porque el bagaje moral que posee le permite decidir con un criterio más certero y preciso, y en consecuencia su decisión estará mejor fundamentada, mucho más que quien desestima la ética.
- Función “orientativa”: esos hábitos, habilidades y disposiciones que el juez virtuoso poseería, ayudarían evidentemente a orientar de mejor manera la actividad judicial, particularmente por lo que se refiere a su discrecionalidad, reduciendo de este modo el margen de arbitrariedad o de irracionalidad que de otra manera podría ser mayor.
- Función “constitutiva”: las virtudes judiciales no son solamente “auxiliares” de la labor judicial, son una condición necesaria para desempeñar de la más excelente manera su trabajo. Así, una buena sentencia judicial está en correspondencia con las virtudes que posee el juez que la otorga. Se argumenta contra esta tesis que un juez corrupto puede dar una buena sentencia, y que puede condenar a quien cometió un delito porque la familia de la víctima le ofreció dinero cuando todas las pruebas lo incriminarían de cualquier modo.<sup>(110)</sup> Esto es verdad: una mala persona puede dar buenas sentencias, pero la poca altura moral que posee no asegura que en casos futuros decida del mismo modo.
- Función de “corrección de apariencia”: a la ética judicial basada en virtudes no solo le importa que los jueces **sean** independientes, imparciales, etc., sino que además lo **parezcan**, con lo cual, el juez virtuoso no solo tiene que serlo sino también parecerlo a los ojos de todos los justiciables (víctimas y victimarios), y en general de toda la sociedad.<sup>(111)</sup> Como sostiene Malem: “Una apariencia de impropiedad afectaría de tal manera la creencia de la población en el aparato judicial que tendría un efecto desestabilizador de incalculables consecuencias negativas para el régimen político y jurídico vigente”.<sup>(112)</sup>

(110) AMAYA NAVARRO, M. AMALIA, “Virtudes judiciales y argumentación...”, *op. cit.*, p. 35.

(111) MALEM SEÑA, F. JORGE, “Pueden las malas...”, *op. cit.*, p. 22.

(112) *Ibid.*, p. 33.

- Función “preventiva”: la ética de la virtud previene contra malos jueces y malas resoluciones. Lo más probable es que un juez sin virtudes no de buenas sentencias en casos futuros, o todo dependerá de los benéficos que pueda obtener. Un juez acostumbrado a ser corrupto seguirá siéndolo, trasladando su desprestigio personal al de la judicatura. Porque la percepción social de un mal juez se generaliza respecto de todos los jueces. Esto quiere decir que la sentencia del juez estará mejor justificada cuando posea las virtudes judiciales. Así, las sentencias serán buenas porque el juez virtuoso se encuentra en mejores condiciones de identificar los mejores argumentos para dictar una buena sentencia que otro juez con esas mismas condiciones dictaría.

## 12. Conclusiones

Llegados a este punto quizá sea conveniente formular una serie de comentarios conclusivos, que no tienen la pretensión de ser definitivos sino de motivar nuevas líneas de investigación para el futuro:

1. En el Estado liberal de derecho sustentado en la idea de que entre el juez y la ley no hay nada que pueda desviar la vinculación directa de uno a otro, difícilmente habrá cabida para un estándar de ética judicial exigible al juzgador.
2. Hay una mayor presencia de la ética judicial en el actual Estado constitucional de derecho, en el que se reconoce que el juez tiene una función protagónica y que, por tanto, su función no puede circunscribirse a la mera subsunción.
3. La presencia de la ética judicial en el Estado actual de derecho, hace innegable la estrecha vinculación entre la moral y el derecho, estableciéndose entre ellos una relación necesaria, la cual debilita la tesis separacionista propuesta por el positivismo.
4. Los modelos éticos del consecuencialismo y del deontologismo resultan insuficientes para dar cuenta cabal de las trascendentales funciones que hoy están llamados a realizar los jueces. La necesidad de que el juez cuente hoy con este “equipamiento” moral, nos lleva a establecer la tesis de que la ética que mejor sirve a la función judicial para cumplir con las nuevas tareas encomendadas es la ética de las virtudes.
5. Las virtudes judiciales no pueden ser distintas de las virtudes de la moral general. La ética mantiene una unidad en sí misma, estableciéndose así una línea de continuidad entre las virtudes de la moral general y las virtudes de los jueces.
6. Los principios de independencia, imparcialidad y motivación tienen como dato antecedente las virtudes del juzgador. Así, un juez cultivado en las virtudes ofrece mayores garantías de realmente ser independiente, imparcial y estar mejor capacitado para desarrollar una mejor motivación judicial.

7. Las virtudes judiciales ponen atención en la persona del juez, son incluyentes, le ayudan a conocer y a aplicar mejor el derecho, garantizan —y de algún modo actúan— como constitutivas de las buenas decisiones, orientan de mejor manera el trabajo judicial, sirven para la corrección de apariencia y, previenen que haya malos jueces y sentencias deficientes.
8. Un juez comprometido con la ética judicial puede ofrecer mejores sentencias, porque cualquier juez con esas virtudes podría ser capaz de identificar aquellos argumentos que mejor le puedan servir para ofrecer mejores decisiones.







# Diez tesis sobre la función de los tribunales en el Estado democrático de derecho

OSCAR SARLO<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** Estado democrático de derecho - civilización jurídica - tribunales - realidad latinoamericana.

## 1. Introducción

El lema de este Primer Congreso Iberoamericano de Filosofía Jurídica y Social nos propone reflexionar sobre las decisiones judiciales en el marco de la relación funcional de tribunales y Estado democrático de derecho. Esa temática podría abordarse de infinitas maneras. En mi enfoque pretendo establecer un diálogo entre las perspectivas teóricas más abstractas sobre esa relación (las cinco primeras tesis) y algunas miradas empíricas (las cinco últimas tesis) sobre la realidad latinoamericana.

Con ello pretendo mostrar la inadecuación de las teorías elaboradas en los países centrales para explicar o comprender la situación latinoamericana. Me permitirá, además, fundar la conclusión de que esa situación se debe fundamentalmente al predominio del paradigma dogmático en las escuelas

---

(1) Catedrático de Filosofía y Teoría del Derecho (UdelaR, Uruguay), en Régimen de Dedicación Total (CSIC, UdelaR). Investigador Nivel II (SNI, ANII). Académico de Número (Academia Nacional de Letras).

de derecho latinoamericanas y al manejo acrítico de las teorías de los países centrales.

El contraste entre hipótesis teóricas y empíricas no supone postular que tendríamos que corregir unas u otras, sino que solo con propósito descriptivo quiere mostrar que quizás el uso de teorías inadecuadas, o directamente la falta de una auténtica teorización de la situación latinoamericana en la teoría del derecho, sea la razón para que no logremos un desarrollo institucional más efectivo y satisfactorio.

## 2. La institucionalidad jurídica como parte de un proyecto civilizatorio

### 2.1. El proyecto civilizatorio de la modernidad europea

Situados en el máximo nivel de abstracción, la discusión de las cuestiones institucionales solo puede entenderse cabalmente en el marco de un proyecto, paradigma o modelo civilizatorio como, por ejemplo, el de la modernidad europea, el que inspiró al socialismo real, y el que pretenden construir quienes piensan que "otro futuro es posible".<sup>(2)</sup>

Con esa perspectiva, necesariamente filosófica, Bobbio plantea claramente que en la historia del pensamiento político la cuestión planteada se vincula al problema de "cuál es el mejor **gobierno** ¿el de las leyes o el de los hombres? Las respuestas alternativas a esta pregunta constituyen uno de los capítulos más significativos y fascinantes de la filosofía política", advirtiéndole que la pregunta refiere al **modo de gobernar** y no a la **forma de gobierno**.<sup>(3)</sup> Más precisamente, esa pregunta por el mejor gobierno es con referencia a un valor principal: la libertad de quienes carecen de poder, de los débiles y de las minorías, cuya mayor amenaza es el poder que ejercen los gobernantes, que siempre tenderán a abusar de su poder.

Quienes confían en la posibilidad de seleccionar hombres buenos y sabios para gobernar (o simplemente ya disponen del poder) siempre preferirán **el gobierno de los hombres**. Y es natural. Por el contrario, los pensadores que desconfían de la naturaleza humana han preferido **el gobierno de**

---

(2) Ver documento "Otro futuro es posible", textos elaborados a partir de los Grupos Temáticos del "Foro Social Temático, Crisis Capitalista, Justicia Social y Ambiental", 2012.

(3) BOBBIO, NORBERTO, "¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?", en *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985, p. 195 y ss.

las leyes que sería la justificación última para evolucionar hacia las formas jurídicas de la política.

La institucionalización —que de eso se trata— de un determinado orden normativo solo es posible cuando un grupo logra monopolizar la violencia, y a partir de entonces logra ser reconocido simbólicamente (ideológicamente) como poder legítimo; la fuerza de los demás quedará en la zona de la “violencia” (política o particular) ilegítima. Este es el argumento civilizatorio que se conoce desde Aristóteles<sup>(4)</sup> y que aceptarán Maquiavelo,<sup>(5)</sup> Hobbes<sup>(6)</sup> —quizás su más elocuente expositor—, Montesquieu,<sup>(7)</sup> Marx,<sup>(8)</sup> Freud,<sup>(9)</sup> Weber,<sup>(10)</sup> Kelsen<sup>(11)</sup> en el campo específico de la teoría del derecho, y muchos otros

(4) “Lo que prueba claramente la necesidad natural del Estado y su superioridad sobre el individuo es, que si no se admitiera, resultaría que puede el individuo entonces bastarse a sí mismo aislado así del todo como del resto de las partes; pero aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades no puede ser nunca miembro del Estado; es un bruto o un dios”, en ARISTÓTELES, *Política*, Libro Primero, Capítulo Primero: Origen del Estado y de la sociedad.

(5) “Obsérvese bien que (...) los hombres (...) son malos”, en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El Príncipe*, 1532.

(6) HOBBS, THOMAS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, FCE, 1998 [1651], especialmente p. 102. La idea de Hobbes ya estaba presente en el “*lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit*” (Plauto, *Asinaria*, ca. 195 a.C.), vulgarizado luego como el “*homo hominis lupus*” en el siglo XVII, por Hobbes, por la misma época que GRACIÁN, BALTASAR, en *El Criticón* (1651-1657).

(7) “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”, en MONTESQUIEU, CHARLES, *El espíritu de las leyes* (1748).

(8) Marx y Engels denuncian la constante “explotación del hombre por el hombre” en la historia humana, en MARX, KARL y ENGELS, FREDERICK, *Manifiesto Comunista* (1848).

(9) Para Freud, el prójimo es la “tentación para satisfacer en él la agresión, explotar su fuerza de trabajo sin resarcirlo, usarlo sexualmente sin su consentimiento, desposeerlo de su patrimonio, humillarlo, infligirle dolores, martirizarlo y asesinarlo”. Ver FREUD, SIGMUND, *Malestar de la cultura*, 1929; ver también su muy elocuente carta a Einstein, “El porqué de la guerra”, en *Obras Completas*, cap. CLXVII, 1932.

(10) “El Estado, al igual que todas las agrupaciones políticas históricamente anteriores, es una relación de dominio de unos hombres sobre otros hombres, relación mantenida por la violencia legítima (o considerada como tal). Necesita, pues, para sostenerse, que los dominados se sometan a la autoridad que reclaman como propia los dominantes del momento.”, en WEBER, MAX, *La política como vocación*, Madrid, Alianza, 1980, p. 84.

(11) KELSEN, HANS, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1949 [1945], p. 223. Kelsen había desarrollado explícitamente el argumento “hobbesiano” en “El derecho como técnica social específica” [1941], en KELSEN, HANS, *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 152/182. Pero ya antes, el mismo autor había señalado la invariable “protesta contra la coacción resultante del estado social, la reacción contra la voluntad extraña”, en KELSEN, HANS, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934.

pensadores. Incluso, O. W. Holmes recomienda adoptar la perspectiva “del hombre malo”<sup>(12)</sup> como criterio técnico para diseñar instituciones.

### 2.1.1. Características de la “civilización jurídica”

Suponiendo que el monopolio de la violencia fuera un gran paso civilizatorio porque controla eficazmente la violencia de todos contra todos, ello no termina con el problema porque el ejercicio de ese poder monopólico plantea el problema de su uso ilegítimo (exceso, arbitrariedad, corrupción), el cual ahora está necesitado de generar legitimidad (moral) y no mera legitimación (eficiencia funcional). Allí se plantean problemas acerca de cómo ese poder puede verse como legítimo o hasta dónde es legítimo ejercerlo y de qué manera. Correlativamente, surge la cuestión de cuándo es legítimo recurrir a la violencia contra el poder institucionalizado.

De ahí que ya no baste con señalar que el Estado (el derecho) representa el monopolio de la violencia, primer paso en el proceso de control (reducción) de la violencia en las sociedades humanas; es preciso, además, plantear cómo puede reducirse al mínimo su empleo sobre los grupos y personas que integran esa sociedad.

Si bien la tesis “pesimista” ha sido controvertida, especialmente desde visiones **optimistas** de la humanidad, vemos que en condiciones de incertidumbre las personas tienen la posibilidad de participar en el diseño de las instituciones que han de gobernarlos; evitan la retórica del **optimismo**, y adoptan un punto de vista institucional cauteloso.<sup>(13)</sup>

### 2.1.2. Evolución de la civilización jurídica

Situados dentro de la tradición de la modernidad, los científicos sociales se preocupan por establecer una periodización en el desarrollo de las funciones judiciales.

En este sentido, Boaventura de Sousa propone una reconstrucción histórica de la trayectoria que ha seguido el proyecto de la modernidad europea<sup>(14)</sup>

---

(12) El “hombre malo” es aquel que, sin consideraciones morales, examina fríamente las ventajas y desventajas de cumplir o violar el derecho, esto es, hace un uso estratégico de las reglas, y por consiguiente debería tomarse en cuenta por el jurista, en HOLMES, OLIVER. W., *La senda del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1897.

(13) RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1979.

(14) Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas, en de SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. 1, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2004, p. 89 y ss.

distinguiendo tres grandes períodos en el significado sociopolítico de la función judicial en las sociedades modernas:

- a. el período del Estado liberal;
- b. el período del Estado bienestar; y
- c. el período actual que comienza como crisis del Estado bienestar y se orienta hacia un neoliberalismo.

El propio de Sousa Santos tiene el cuidado de señalar que esa periodización corresponde a los países centrales fundamentalmente europeos. Sin embargo, advierte que en los países periféricos o semiperiféricos esos procesos pueden presentar variantes; cuando veamos las hipótesis empíricas sobre la experiencia latinoamericana tendré oportunidad de señalar que no podemos encarar esta cuestión sin elaborar previamente las características del proyecto civilizatorio y los desarrollos institucionales en América Latina.

Por consiguiente, no resulta sencillo hablar de una caracterización global de los regímenes de gobierno actuales, ni siquiera en Europa, pero si retomamos la consigna de este Congreso no cabe duda de que sea cual sea su referencia empírica la idea de un Estado democrático de derecho se sitúa dentro de la civilización jurídica occidental, en la tradición del “gobiernos de las leyes”.

### 3. Ligazón de los tribunales a la política como parte de la institucionalidad

Importa rescatar esta tesis en el contexto del proyecto civilizatorio del gobierno de las leyes o Estado de derecho, ya que fuera de ese contexto resulta evidente.<sup>(15)</sup>

(15) En efecto, en aquellos regímenes que deliberadamente se apartaron del proyecto civilizatorio occidental —como, por ejemplo, el nazismo y los regímenes comunistas— las diferencias entre el aparato político-partidario y la justicia se borran casi por completo. En muchos regímenes occidentales puede aparecer un cierto control partidario de la justicia, pero siempre será negado formalmente, y por consiguiente es posible la crítica pública. Sin embargo, un importante teórico del último período soviético ya comienza su aproximación al modelo occidental afirmando que “el derecho tiene dimensión política, refrenda la política, representa el medio, el instrumento, la forma de su realización y, por último, que el derecho lo caracterizan los factores jurídicos **relativamente independientes**, que no coinciden directamente con la política, aunque esta tiene un campo de acción y manifestación más amplio”. Pero marcando un giro hacia la apertura, se agrega que “no solo la política influye directamente sobre el derecho, sino que este a su vez configura las principales líneas de la política del Estado” convirtiéndose así en “la realización más consecuente y racional de la política estatal, refrendada por el derecho”, en KERIMOV, DZHANGIR, “La política y el derecho”,

El carácter político del derecho —o su conexión íntima— es generalmente obliterado por la dogmática jurídica latinoamericana entre invocaciones retóricas a la imparcialidad, la independencia o la neutralidad de la justicia que nunca se definen en términos analíticos y, por ende, resulta muy difícil de corroborar en los hechos.

Sin embargo, la función política del derecho y de los tribunales está presente en las principales corrientes teóricas de los países occidentales. Para empezar, la tesis ha sido tradicionalmente admitida en el pensamiento jurídico norteamericano.<sup>(16)</sup> Está presente también en las teorías críticas originadas en el neomarxismo europeo que ven en el derecho a una práctica social específica un discurso del poder<sup>(17)</sup> o la posibilidad de una praxis política alternativa desde el mismo derecho.<sup>(18)</sup>

Pero esta tesis está presente también en un autor como Kelsen, paradigma del formalismo epistemológico, cuando afirma que si alguien preocupado por el fundamento último de la validez del derecho “busca una respuesta, no encontrará —me temo— ni la verdad absoluta de una metafísica ni la justicia absoluta de un Derecho natural: quien alza el velo y no cierra los ojos es deslumbrado por la Gorgona del poder”;<sup>(19)</sup> tras esa bella figura retórica se afirma la estrecha conexión entre política y derecho. La tesis aparecerá enfatizada al tomar contacto con la cultura jurídica norteamericana en un texto de 1941.<sup>(20)</sup>

---

Moscú, Editorial Progreso, 1992, p. 62, [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1014/15.pdf>

(16) Para no remontarnos a los representantes del realismo norteamericano bastaría citar a Dworkin, para quien la política forma parte de la normatividad del derecho a través de lo que denomina “policies”, que deben orientar la interpretación del derecho y guiar la solución de un caso; ver DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1982 [1977], pp. 72, 147.

(17) RUIZ, ALICIA E., “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en MARI, ENRIQUE et. al. *Materiales para una teoría crítica de derecho*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1991, p. 157.

(18) LÓPEZ CALERA, NICOLÁS; SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO e IBÁÑEZ, PERFECTO, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Editorial Fernando Torres, 1978; BARCELONA, PIETRO y COTTURRI, GIUSEPPE, *El Estado y los juristas*, España, Ediciones Fontanella, 1976.

(19) KELSEN, HANS, *Ansprache [contribution to the discussion of Kaufmann's lecture]*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 3, 1927, pp. 53/55, citado por PAULSON, STANLEY L., “Some issues in the exchange between Kelsen and Kaufmann”, en *Scandinavian studies in law* 48, 2005, p. 279.

(20) KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979 [1944], p. 22. Poco antes había publicado “El derecho como técnica social específica” [1941], en *¿Qué es Justicia?*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1992, pp. 152/182 y 169.

Autores que de una u otra manera desarrollan la matriz kelseniana son más claros aún en señalar la conexión entre política y derecho, sea en la dirección analítica,<sup>(21)</sup> sea en la realista.<sup>(22)</sup>

Sin embargo, la ignorancia de esa conexión entre derecho y política se mantiene en la dogmática europea —cada vez menos—<sup>(23)</sup> y en la dogmática latinoamericana que sigue cultivando —salvo raras excepciones—<sup>(24)</sup> un ocultamiento interesado de la conexión entre derecho y política.

Más allá de ese paulatino reconocimiento académico, la tesis resulta obvia dado que el poder judicial es parte del sistema político-institucional de cualquier Estado, y por consiguiente, los jueces ejercen dentro de su ámbito de competencias una cuota parte del poder político del Estado. Solo una hábil retórica de la dogmática logró instalar la creencia de que los jueces ejercen ese poder sin decidir, cumpliendo una labor meramente técnica muchas veces revestida de “autonomía técnica”.

Ahora, bien, al decir que la función judicial ejerce parte del poder político no estamos diciendo que practique siempre una política partidaria, ni que ejerza el poder político del mismo modo que los demás poderes políticos del Estado. El **modo de ejercer el poder político** hace a la especificidad funcional del derecho y de los jueces, y resulta de interés para nuestro tema, explicando así la relativa autonomía del derecho.

#### 4. El carácter simbólico de la funcionalidad específica del derecho y los tribunales

La casi totalidad de los estudios sobre las **funciones del derecho** refieren al derecho como si fuera un sujeto que “hace” tal o cual tarea, “quiere” tal o cual resultado, o “persigue” tal o cual fin: la paz, la integración social, la

(21) Para Nino, “el derecho es un fenómeno esencialmente político, es decir, que tiene relaciones intrínsecas con la práctica política. Algunas de estas relaciones son directas y otras se dan a través de la moral”, en NINO, CARLOS S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2014, p. 15.

(22) ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., Eudeba, 1963.

(23) Por ejemplo, en la dogmática constitucional francesa a comienzos de los años 60, una reforma curricular había dispuesto que el derecho constitucional se estudiara junto con las instituciones política, al respecto ver, por ejemplo: DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962.

(24) BOVINO, ALBERTO y COURTIS, CHRISTIAN, “Por una dogmática conscientemente política”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001.



resolución de controversias, ordenación, etc. Pero no es necesario **hipostasiar** el derecho, pues si ya sabemos que es una técnica instrumental, un modo de ejercer el poder político, entonces, en ese sentido cumplirá todas las funciones que la voluntad política —de quienes tengan autorizado el uso de esa técnica—<sup>(25)</sup> quiera llevar a cabo. Lo que llamamos derecho es una modalidad de la acción política: un modo de practicar la controversia por intereses y la competencia por el poder, un modo de dominar y de resistir a la dominación, un modo de dar sustentabilidad temporal y homogeneidad a una comunidad política, etc. Por ello es fundamental identificar las especificidades del modo jurídico de ejercer la dominación —y de resistirla— que lo diferencia de otros instrumentos de legitimación de que se ha servido el poder, como la religión o la moral.

Cuando nos acercamos al fenómeno jurídico, vemos que la funcionalidad del derecho —y por consiguiente de los tribunales— se sitúa fundamentalmente en el nivel simbólico, más específicamente en la capacidad de los seres humanos para interactuar simbólicamente gracias a la mediación del lenguaje. Si no tuviéramos esa capacidad (no todas las especies la tienen) no tendría sentido hablar de derecho. El derecho es —pues— una representación producida en las mentes humanas cuando interactúan simbólicamente. A esta conclusión se llega tanto desde las corrientes críticas<sup>(26)</sup> como desde las analíticas.<sup>(27)</sup>

---

(25) Con esta aclaración, pretendo ser lo suficientemente abarcativo como para incluir no solo la utilización del derecho por los grupos dominantes, sino también —en los Estados democráticos de derecho consolidados— por ciudadanos comunes, aún para transformar el orden establecido.

(26) Sintetizando bien las conclusiones de esta corriente se ha dicho que “El derecho es una práctica social específica que supone más que su materialidad. Esa práctica es, además, representativa. El derecho asume un papel simbólico: significa más que el conjunto de actos, discursos, elementos normativos que servirían para ejemplificarlo. Lo significado por él no está, o no está únicamente, en esos actos discursos y normas. Buena parte del imaginario social está puesto en el derecho. El lugar que ocupa y determina está poblado de mucho de lo no dicho, no actuado, no expresado. El derecho no permite ni prohíbe de manera casual, ni tampoco lo hace como un mero reflejo de la estructura de dominación social y económica que integra. Las razones de las prohibiciones en el derecho obedecen tanto a criterios racionales, de previsibilidad, de establecimiento de reglas de juego que hagan factible la subsistencia del sistema social, cuanto a elementos vinculados a aspectos más primitivos y básicos de los hombres que lo construyen”, en RUIZ, AUCIA E., “La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas”, en *Crítica jurídica*, n° 4, p. 161 y ss.

(27) Raz, por ejemplo, registra las funciones simbólicas dentro de las que denomina “indirectas”, como “... aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones

Esa interacción humana produce todo ese mundo que llamamos cultura, entramado de normas, valores, conceptos, teorías, recuerdos, deseos, artes, imaginarios, etc.<sup>(28)</sup> Esto explica que en la actualidad sean dominantes las visiones que sitúan al derecho en la dimensión de los fenómenos discursivos, lo que convoca necesariamente a disciplinas como la hermenéutica, la lingüística, la teoría del discurso, los estudios culturales, etc. Hoy es usual hablar del "derecho como lenguaje",<sup>(29)</sup> "el derecho como semiótica",<sup>(30)</sup> "el derecho como discurso",<sup>(31)</sup> "el derecho como hermenéutica",<sup>(32)</sup> "el derecho como experiencia interpretativa",<sup>(33)</sup> "el derecho como construcción social",<sup>(34)</sup> "el derecho como argumentación",<sup>(35)</sup> etc.

La función simbólica del derecho alude a la aptitud que tiene para movilizar a la gente en el sentido de una idea o imagen; este "... no siempre funciona a través de la fuerza impositiva o facultativa de sus contenidos sobre la conducta de los ciudadanos, también lo hace a través de las fuerzas legitimadoras de sus formas y contenidos sobre las representaciones de los ciudadanos".<sup>(36)</sup>

---

jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación", en RAZ, JOSEPH, "Las funciones del derecho", en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1985, pp. 212/213.

(28) Cabría aquí incluir la novedosa concepción de Luhmann, quien entiende la cultura como memoria del sistema en el marco de su teoría de los sistemas sociales; para ello remito a la excelente síntesis, bien aplicada al tema de las funciones judiciales, que realiza DOUGLAS PRICE, JORGE E., *La decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2012, pp. 165/169.

(29) CAPELLA, JUAN R., *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1968.

(30) WARAT, LUIS ALBERTO, *Semiótica y derecho*, Bs. As., Eikon, 1972; *Elementos de semiótica: conceptos básicos, proyecciones jurídicas, ideología y comunicación social*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

(31) GESSO, ANA M. y CORREAS, OSCAR, "Presentación", en *Sobre el derecho como discurso*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 14, México, UNAM, 1990; HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta, 1998.

(32) OSUNA FERNÁNDEZ-LAGO, ANTONIO, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992; VIOLA, FRANCISCO y ZACCARIA, GIUSEPPE, *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.

(33) CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992.

(34) SEARLE, JOHN, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

(35) ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 2006.

(36) GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Ediciones Unian-des, 1993, p. 3.

Si observamos la dimensión institucional de esos fenómenos veremos que lo que hace el derecho consiste en institucionalizar instancias discursivas que legitiman y condicionan el ejercicio del poder social.<sup>(37)</sup>

Si esta clave epocal logra captar del derecho lo esencial, entonces aparece claro que las funciones del derecho —y los tribunales— consisten en motivar, forzar, condicionar o provocar resultados como:

- formación de creencias colectivas, fundamentalmente acerca de autoridades y normas, que podríamos denominar “instituciones”;
- involucrar a los individuos en procesos argumentativos destinados a legitimar intereses, decisiones y el ejercicio de la violencia de unas personas sobre otras;
- institucionalización de comunidades interpretativas que sustenten intersubjetivamente esas construcciones, porque todo ese aparato institucional solo puede sustentarse si existe una comunidad que garantice una mínima caridad interpretativa hacia el orden normativo;
- legitimación del orden establecido, posibilitando la paz social, la gobernabilidad, la justicia social, etc. Un sistema institucional que no satisfaga mínimamente estas exigencias tenderá inevitablemente a colapsar.

En síntesis, podemos decir que el proyecto civilizatorio de la modernidad, toda esa ingeniería social,<sup>(38)</sup> ha estado al servicio de esta sola idea central: que la pulsión más dañina que anida en la especie humana es la voluntad de dominación; de ella surgen la guerra (el mayor crimen internacional) y la represión política (el mayor crimen nacional). La razón práctica ha creado y perfeccionado instituciones para controlar y disuadir esas pulsiones destructivas de la especie humana. Esta es la gran idea que alienta la filosofía del republicanismo, presente en el proyecto emancipatorio de los próceres latinoamericanos.

---

(37) He tratado el punto más extensamente en: “La legislación como fenómeno institucional discursivo”, en CAETANO, GERARDO y SARLO, OSCAR (COORDS.), *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, Montevideo, Parlamento del Uruguay/PNUD, 2010, pp. 43/58.

(38) “Pensemos en la Jurisprudencia por un momento como una ciencia de ingeniería social que tiene que ver con [...] la ordenación de las relaciones humanas a través de la ordenación de la sociedad políticamente organizada. Esta ingeniería es pensada como un proceso, como una actividad, no meramente como un cuerpo de conocimiento o como un orden fijo de construcción”, en POUND, ROSCOE, “*An engineering interpretation*”, en *Interpretations of legal history*, Cambridge, Harvard University Press, 1923, p. 141 y ss. De esta manera, Pound se oponía a la interpretación económica mecanicista del derecho como resultado de factores físicos y técnicos que atribuye a Carlos Marx y Brooks Adams.

Si esa ingeniería social se constituye y construye con interpretaciones, argumentos, utopías, narraciones, retórica y todo cuanto esté al alcance de nuestra capacidad de “hacer cosas con palabras”, entonces podemos decir que las funciones simbólicas son funciones latentes de los tribunales<sup>(39)</sup> porque no están establecidas en ningún texto normativo, no son escritas sino que son implícitas y, por consiguiente, no son controladas ni evaluadas formalmente. A pesar de lo cual —o quizás, precisamente por eso— pueden ser más eficaces que las funciones manifiestas de las instituciones.

Ahora bien, situadas las funciones específicas de los tribunales en el plano simbólico, es claro que no se puede postular un modelo universal para las decisiones judiciales porque la legitimación está condicionada por la cultura política (y legal) de cada sociedad.

En este sentido, Rorty<sup>(40)</sup> ha dicho que la justificación es siempre relativa a un auditorio, y además no podemos excluir la posibilidad de que exista, o llegue a existir, un auditorio mejor para el cual no fuera justificable una creencia que nosotros tenemos por tal, con lo cual se excluye la existencia de un auditorio ideal universal.

Todo este mundo simbólico queda abarcado con la expresión “cultura jurídica” o “cultura de la legalidad”.

Al respecto, Häberle señala que:

La cultura jurídica es de por sí el resultado de desarrollos generalmente **largos** (factor temporal) y, en el actual grado de desarrollo del Estado constitucional, es parte de ella el que, por su parte, se desarrolle en determinados procedimientos de determinados participantes (actores) (...) la “cultura jurídica” resulta ser un concepto pleno de valores, orientado a la justicia y al bien común, referido a la realidad.<sup>(41)</sup>

(39) Toda institución, como son los tribunales, cumple funciones manifiestas (formalizadas) y funciones latentes (informales) que responden a normas no jurídicas, en MERTON, ROBERT K., *Teoría y estructura sociales*, México, FCE, 1992, p. 132; BERGER, PETER, *Introducción a la sociología*, México, Limusa, 2001, p. 63.

(40) RORTY, RICHARD, *Verdad y progreso. Escritos filosóficos 3*, Madrid, Paidós, 2000, p. 35.

(41) HÄBERLE, PETER, “Cultura jurídica y desarrollo”, en *Diálogo Científico*, vol. 15, n° 1/2, 2006, pp. 19/20.

Importa agregar que en “la vieja Europa” esa cultura “se desarrolló paulatinamente en períodos temporales largos y con muchos contratiempos y errores”.<sup>(42)</sup>

Finalmente, este jurista alemán hace una advertencia que convendría tener presente entre nosotros:

El término “cultura jurídica” exige manifiestamente un nivel cualitativo, si bien no debe inducir a la desmedida, a la arrogancia y al aprecio excesivo (eurocéntrico) del valor propio. También los llamados “países en desarrollo” poseen una cultura jurídica (con frecuencia distinta a la de Europa y Norteamérica, pero digna de todo respeto).<sup>(43)</sup>

En suma, la cultura remite a los valores y actitudes compartidas en una sociedad. Los valores, creencias y actitudes no son similares en todas las sociedades.

El estudio de las culturas legales ha pasado a ser un campo de investigación en expansión y muy prometedor por los resultados que arroja.

## **5. Dependencia de la funcionalidad de los tribunales respecto de los controles sistémicos. Cultura legal y proyecto civilizatorio**

Las instituciones jurídicas manifiestas, como los tribunales y los procedimientos, son en lo fundamental fruto de diseños deliberados. Pero que ese diseño luego coincida en general con las prácticas sociales depende de muchos factores, de los cuales el más importante es la existencia de una cultura de legalidad acorde al diseño institucional.

Para satisfacer las funciones simbólicas (credibilidad, legitimidad, confianza) que requiere el proyecto civilizatorio jurídico es necesario que los jueces aparezcan decidiendo sin subordinación alguna, como no sea a las leyes (incluida la Constitución).

La gran paradoja —entonces— es esta: ¿cómo controlar a unos funcionarios que deben aparecer solo controlados por su sola representación de la ley?

Para esto, la única respuesta es generar en otros cuerpos difusas actitudes y aptitudes críticas respecto de la función judicial. Dado que un sistema

---

(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*

judicial desarrollado solo tiene sentido en una sociedad democrática, entonces debemos pensar que él también está sujeto a legitimación como todas las instituciones.

Entonces, tendrían que institucionalizarse auditorios en condiciones de evaluar racionalmente las funciones judiciales; tales auditorios son normalmente —amén de la opinión pública— la prensa, las academias de derecho, las asociaciones profesionales, ONG vinculadas a las prácticas judiciales, etc. Es lo que surge de la anterior cita de Rorty: cabe conformar unos auditorios calificados para exigir la efectiva satisfacción de esas expectativas.

Si no existiesen esos controles entonces es muy probable que la funcionalidad judicial termine orientándose a cumplir funciones latentes que le demanden otros sistemas sociales. ¿Cuál será el caso en nuestras repúblicas latinoamericanas?

## **6. Transformación de la cultura legal a partir de su tematización académica, la revisión crítica y la adopción de políticas públicas**

La cultura legal, como vimos, es un factor determinante de las funciones del derecho y de los tribunales. Sin embargo, como es posible que esa cultura no acompañe los propósitos de quienes han diseñado las instituciones, para evitar la disfuncionalidad o anomia solo cabrían dos alternativas racionales: adecuar las instituciones o transformar la cultura legal de la sociedad.

La adecuación de las instituciones solo es pensable, a su vez, en sociedades que aceptan verse “tal cual son”, pero es difícil en sociedades acostumbradas a la hipocresía de sus gobernantes y complacientes con las imágenes engañosas de la retórica del derecho.

A su vez, la cultura legal no puede modificarse a voluntad, sino que es el fruto de largos períodos en los que se acumulan experiencias que hacen a un aprendizaje social, como señalaba Häberle en la anterior cita.

Esto no quiere decir que las sociedades no puedan reaccionar sobre esa cultura; en realidad, siempre lo están haciendo, pero esos procesos pueden intentar controlarse u orientarse. Para ello es preciso, en primer lugar, tematizar el problema, tomar conciencia de su significación, sus causas, sus objetivos, etc. Para ello es fundamental la investigación académica,

muchas veces anticipada por la literatura y otras expresiones artísticas. Mientras el sistema académico del derecho siga clausurado para observar la conexión derecho-política o derecho-cultura no podrá incidirse demasiado en los resultados actuales.

Para la tematización del problema vimos que la labor de las corrientes críticas ha sido fundamental, interesadas más en desencubrir sentidos y significados de la cultura jurídica que en ocultar y naturalizar sus prácticas. Pero todo ello no sería suficiente si, además, no se logran consensos fuertes y amplios en torno a una política pública de fortalecimiento de la cultura legal porque, como bien advierte Douglas Price, el solo ejercicio de la crítica "en numerosas ocasiones se vuelve un *boomerang* para quienes la ejercen, desde que la descalificación del Derecho como sistema del actuar suele devenir en una facilitación de la ideología del poder monocrático".<sup>(44)</sup>

## 7. El proyecto civilizatorio en América Latina como objeto de disputa política

Si tomásemos en cuenta la acción, los documentos y las fuentes de inspiración de los patriotas que llevaron adelante la emancipación latinoamericana y fundaron nuestros Estados, no hay duda de que se inscribían en el proyecto civilizatorio occidental.<sup>(45)</sup> Y si solo leyésemos la mayoría de las constituciones latinoamericanas tendríamos la impresión de que el proyecto sigue en pie.

Sin embargo, 200 años después, comienzan a manifestarse cuestionamientos y dudas fundadas.

---

(44) DOUGLAS PRICE, JORGE E., *La decisión judicial*, op. cit., p. 488.

(45) Me permito recordar aquí el pensamiento de uno de uno de esos caudillos, José Artigas, por su claridad: "Ciudadanos: los pueblos deben ser libres. Ese carácter debe ser su único objeto, y formar el motivo de su celo. Por desgracia, va a contar tres años nuestra revolución, y aún falta una salvaguardia general al derecho popular. Estamos aún bajo la fe de los hombres y no aparecen las seguridades del contrato. Todo extremo envuelve fatalidad; por eso una desconfianza desmedida sofocaría los mejores planes, ¿pero es acaso menos terrible un exceso de confianza? Toda clase de precaución debe prodigarse cuando se trata de fijar nuestro destino. Es muy veleidosa la probidad de los hombres, solo el freno de la Constitución puede afirmarla. Mientras ella no exista, es preciso adoptar las medidas que equivalgan a la garantía preciosa que ella ofrece. Yo opinaré siempre, que sin allanar las pretensiones pendientes, no debe ostentarse el reconocimiento y jura que se exigen. Ellas son consiguientes del sistema que defendemos y cuando el ejército las propuso, no hizo más que decir quiero ser libre", en ARTIGAS, JOSÉ G., *Oración de abril*, 04/04/1813.

Ya no es la vía planteada por la Revolución Cubana en 1959 que quedó clausurada por los acontecimientos históricos de las décadas de los 70 y los 80. Ahora es el resurgir de las culturas indígenas sometidas por el proyecto político poscolonial<sup>(46)</sup> y la conformación de un proyecto civilizatorio alternativo.<sup>(47)</sup>

A la luz de las consideraciones teóricas que expusimos en la tesis 1, pensamos que no es posible especular sobre la funcionalidad de los jueces ante el sistema político en América Latina porque tal cosa supone cierta homogeneidad cultural en la sociedad respectiva, o en todo caso, pensar un nuevo modelo de juez para sociedades con proyectos civilizatorios en disputa.

## 8. El desarrollo del Estado latinoamericano como diferente del de los Estados centrales

Los estudios comparativos sobre el Estado señalan algunas particularidades del aparato estatal latinoamericano que tienen consecuencias importantes para nuestro tema.

Para empezar, cuando se considera quién ocupa el papel central en la sociedad como oferente de bienes y servicios, se observa que en América Latina, desde el período de entreguerras, las sociedades se articularon dentro de lo que puede llamarse matriz **Estado céntrica**,<sup>(48)</sup> mientras que en los países centrales predomina una matriz **mercado céntrica**.

Otro rasgo es la ineficacia de sus burocracias, la ineffectividad de su sistema legal y la escasa credibilidad de Estado y el gobierno, lo cual es un grave impedimento para avanzar en la democratización de los respectivos países;<sup>(49)</sup> todo ello puede atribuirse a un trasplante impuesto por las élites que sucedieron a la colonización ibérica, sin tomar en cuenta la cultura sobre la cual habrían de operar y sin tener un plan para adecuarla. Por ello

(46) Refiero a la irrupción de un nuevo constitucionalismo en los proclamados “Estados plurinacionales”, como son los casos de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

(47) Ver, por ejemplo, “Otro Futuro es Posible”, *op. cit.*

(48) CAVAROZZI, MARCELO, *El capitalismo político tardío y su crisis en América Latina*, Rosario, Homo Sapiens Ediciones, 1996.

(49) O'DONNELL, GUILLERMO, “Acerca del Estado en América Latina contemporánea. Diez tesis para discusión”, en *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, Panamá, PNUD, 2004.



"[l]a exitosa implantación de autoridad política [por parte del Estado central] sobre grandes territorios ha sido la excepción, no la regla".<sup>(50)</sup>

Lechner agrega como característica diferencial del Estado latinoamericano:

... el modo en que este se erige como 'interés general' de la sociedad capitalista, vale decir, como una síntesis de las racionalidades contrapuestas que operan en la sociedad (...). En este sentido, en virtud de la heterogeneidad estructural característica de las sociedades latinoamericanas, no surge de la práctica social una racionalidad que exprese una unidad superadora de los conflictos de la sociedad civil —ya que estos son irreductibles entre sí— y que se exprese bajo la forma general de Estado (...) Este no expresa una hegemonía preexistente ni alcanza un valor normativo moral, sino que es una racionalidad que se impone entre otras, pero que es la posibilidad misma de articulación de las sociedades latinoamericanas, en tanto asegura la unidad territorial-administrativa, la dinámica económica, la representación política y el "cemento ideológico".<sup>(51)</sup>

No obstante esas dificultades estructurales y funcionales del Estado latinoamericano, el juicio parece más favorable si tomamos en consideración sus aspectos más político-legitimatorios. En este sentido se afirma que la democracia constituye un principio estructural de las constituciones latinoamericanas, sobre todo si consideramos que ni los brotes de autoritarismo, ni la inestabilidad política, ni las convulsiones económicas, ni los huracanes que azotaron Centroamérica, ni alguna guerra fratricida han desembocado en la abolición de la forma republicana, de las elecciones libres o de los demás elementos de la democracia representativa: "Por lo menos desde el punto de vista formal, la democracia parece consolidarse como un triunfo del constitucionalismo latinoamericano, como una conquista irreversible que impedirá el resurgimiento de regímenes militares y que guiará cualquier proceso de integración regional".<sup>(52)</sup>

(50) CENTENO, MIGUEL A., *Blood and debt. War and the nation-State in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2002, citado por O'DONNELL, GUILLERMO, *Acerca del Estado...*, op. cit.

(51) LECHNER, NORBERT, *La crisis del Estado en América Latina*, Caracas, El Cid Editor, 1977.

(52) BERNAL PULIDO, CARLOS, "La democracia como principio constitucional en América Latina", en *Cuestiones Constitucionales*, n° 17, julio-diciembre, 2007, p. 31 y ss.

Sin embargo, no debe olvidarse que en Latinoamérica predomina el llamado "modelo de **democracia delegativa**", según el cual:

... la persona que gana la elección presidencial está autorizada a gobernar como crea conveniente, solo restringida por la cruda realidad de las relaciones de poder existentes y por la limitación constitucional del término de su mandato. El presidente es considerado la encarnación de la nación y el principal definidor y guardián de sus intereses. Se trata de una figura paternalista que toma a su cuidado el conjunto de la nación.<sup>(53)</sup>

Y agrega:

... las nuevas democracias presentan una gran brecha entre las reglas formales y el funcionamiento de la mayoría de las instituciones políticas [que] tiene fuerte afinidad con concepciones y prácticas delegativas, no representativas, de la autoridad política. Con ellas se refiere a una visión cesarista, plebiscitaria, de un ejecutivo que se cree investido del poder de gobernar como cree conveniente.<sup>(54)</sup>

Buscando explicar la debilidad del Estado latinoamericano, diversos autores señalan que su papel ha sido atacado desde dos concepciones importantes y opuestas: la izquierda y la liberal, generando así una fuerte presión deslegitimatoria. De un lado, el llamado "retorno de la sociedad civil o la sociedad civil frente al Estado" ha reivindicado un espacio autónomo en su lucha contra el Estado autoritario y la violación de los derechos humanos mediante una crítica moral de la política donde el Estado es presentado como un enemigo a derrotar, y por consiguiente, no podía ser referente de identidad común y portador del interés público. De otro lado, el ataque de corrientes tecnocráticas de mercado que responsabilizan al Estado de la corrupción y la ineficiencia derivada de su intervención en la economía. En el primer frente se trataba de limitar y controlar al Estado, en el segundo de desmantelarlo y despolitizarlo.<sup>(55)</sup>

(53) O'DONNELL, GUILLERMO, "¿Democracia delegativa?", en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Bs. As., Paidós, 1997, p. 293.

(54) O'DONNELL, GUILLERMO, "Otra institucionalización", en *Contrapuntos...*, op. cit., pp. 324/325.

(55) VÁZQUEZ CALERO, FEDERICO, "México en el espejo latinoamericano: política, Estado y ciudadanía", en Rodolfo Mariani (coord.), *Democracia/Estado/Ciudadanía: Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, Lima, PNUD, 2007, p. 206.

## 9. La cultura legal latinoamericana: sus anomias y anomalías

### 9.1. Creencias y actitudes sobre el derecho

La cita de Lechner antes mencionada resalta la importancia que tiene el hecho de que el Estado latinoamericano no exprese una hegemonía preexistente ni logre tener un valor normativo moral porque ello es demostrativo, precisamente, de fracturas en la cultura que lo sustenta. Como vimos, en la medida en que la experiencia jurídica radica en la esfera simbólica, el contexto cultural adquiere una importancia decisiva.

Este “giro culturalista” llama la atención sobre algunos rasgos característicos de la cultura legal latinoamericana. Con carácter general, se señala que la normatividad formal (la ley) no tiene el mismo sentido en los países centrales que en Latinoamérica donde domina la cultura del incumplimiento de las reglas, la viveza y las leyes “de papel”.<sup>(56)</sup> Pero además se han identificado manifestaciones específicas de esa cultura:

- a. sociabilidad con alta tolerancia a la violencia y ausencia de reglas mínimas de convivencia ciudadana, o que existiendo estas, pueden ser violadas con plena impunidad;<sup>(57)</sup>
- b. la creencia en que el derecho se hace en beneficio exclusivo de las minorías privilegiadas;<sup>(58)</sup>

(56) Coinciden en este diagnóstico expertos de diversas disciplinas, orientaciones y niveles de teorización: NINO, CARLOS S., *Un país al margen de la ley*, Bs. As., Emecé, 1992; O'DONNELL, GUILLERMO, “Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencia a países poscomunistas”, en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 33, n° 130, 1993; DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Uniandes, 1998; WALDMANN, PETER, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, especialmente Capítulo 6; MANN, MICHEL, “La crisis del Estado-nación en América Latina”, en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 44, n° 174, 2004; WAISMAN, CARLOS, “Autonomía, autorregulación y democracia: sociedad civil y Estado bifurcado en América Latina”, en *PostData. Revista de Reflexión y Análisis Político*, n° 11, abril de 2006; GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (comp.), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010; MENDONCA, DANIEL, *Democracia vulnerable. Un estudio sobre el sistema político paraguayo*, Asunción, Intercontinental, 2010; DURANTE, ALFREDO L. *Contravenciones y anomia: ¿Reforma Jurídica o Revolución Cultural?*, Bs. As., Dunken, 2013, entre otros.

(57) DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, vol. 1, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Univ. de los Andes, 2001, p. 52.

(58) GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica...*, op. cit.

- c. "metonimia fundacional" cultivada por quienes razonan de la siguiente manera: puesto que la corrupción está en todas partes (todo), los individuos (parte) no pueden ser acusados de corrupción;<sup>(59)</sup>
- d. tolerancia de la impunidad que ejercen los otros;<sup>(60)</sup>
- e. legitimación de la impunidad privada reflejada en el "hecho que ciertas personas o grupos, en ciertos contextos de interacción, tienen un poder coercitivo ilegal, un auténtico poder de *imperium*, que pueden ejercer de manera imprevisible y sin resistencia";<sup>(61)</sup>
- f. renuncia a la justicia por las víctimas de delitos;<sup>(62)</sup>
- g. fascismo de la inseguridad que alude a la estrategia de provocar sentimientos de inseguridad en las personas y grupos sociales vulnerables para generar ansiedad crónica e incertidumbre frente al presente y el futuro, reduciendo así sus expectativas y disponiéndolos a soportar enormes cargas para conseguir reducciones mínimas de riesgo e inseguridad";<sup>(63)</sup>
- h. "una larga tradición de ignorar la ley o, al reconocerla, de torcerla a favor del poderoso y para la represión o contención del débil";<sup>(64)</sup>
- i. creencia en que la obediencia voluntaria de la ley es cosa de idiotas y que "estar sometido a la ley no significa ser portador de derechos exigibles sino más bien una clara señal de debilidad social".<sup>(65)</sup> Cuando se generaliza la violación de la ley sin que implique costo alguno, "la lección que se extrae erosiona aún más la predecibilidad de las relaciones sociales; la ilegalidad y el oportunismo generalizados aumentan toda clase de costos de transacción y la texturización de la sociedad por el estado en tanto ley se debilita con cada vuelta de la espiral";<sup>(66)</sup>
- j. "fetichismo legal", o eficacia simbólica del derecho, designa a la legitimación que la producción legislativa otorga a los gobiernos y la forma en la que estos

(59) GUTIÉRREZ, FRANCISCO, "¿Ciudadanos en armas?", en *Las violencias: inclusión creciente*, Bogotá, Centro de Estudios Sociales, 1998, p.188.

(60) DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, *op. cit.*

(61) URIBE, M. VICTORIA, "Desde los márgenes de la cultura", en *Arte y violencia en Colombia desde 1948*, Museo de Arte Moderno de Bogotá y Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1999, pp. 25 y 276/286.

(62) DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, *op. cit.*

(63) *Ibid.*, p. 32.

(64) O'DONNELL, GUILLERMO, *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America*, Estudio/ Working Paper 1998/125, Madrid, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales de la Fundación Juan March, 1998, p. 12.

(65) *Ibid.*

(66) O'DONNELL, G., "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencia a países poscomunistas", en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 33, n° 130, 1993.

se aprovechan de la distancia que media entre la promulgación de una ley y su aplicación para posponer indefinidamente los costos de su implementación. Esto solo puede explicarse por el fetichismo legal que cultivan los movimientos sociales.<sup>(67)</sup> El fetichista tiene la absurda creencia de que el derecho cambia la realidad social, o sea una especie de “legalismo mágico”.<sup>(68)</sup>

Respaldando estas observaciones, se señala que:

Los ejemplos más banales son los más elocuentes: la fila es un comportamiento que pone de presente reglas sociales de respeto y justicia elementales. En la gran mayoría de las sociedades no se requiere de ningún aparato represivo institucional para lograr que la fila funcione ya que la simple sanción moral basta para disuadir al potencial evasor de la regla. En Colombia la regla de la fila es violada permanentemente: en el tránsito, en el cine, en el paradero del bus, en la ventanilla pública, en la sala de espera, en el establecimiento comercial. Una causa reciente de este fenómeno es el miedo, el temor de que la protesta de quien exige verbalmente el seguimiento de la fila obtenga una respuesta excesivamente agresiva para el caso, por ejemplo, un disparo con arma de fuego. Este salto de escala es muy frecuente en los problemas de tránsito y estuvo inicialmente ligado al narcotráfico.<sup>(69)</sup>

## 9.2. Confianza en las instituciones

En consonancia con esas características, en América Latina existe una muy baja confianza en las instituciones que es, quizás, uno de los indicadores más fuertes de la funcionalidad simbólica del derecho. Una encuesta a nivel continental publicada en 2006 permitió tener una aproximación a la opinión pública:

- a. **confianza en la justicia:** de los 19 países encuestados, solo en seis se registra una confianza promedio que supera el 50%, de los cuales dos son EEUU y Canadá, y solo 4 son latinoamericanos. La explicación tradicional en la teoría dice

---

(67) GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica... op. cit.*

(68) LEMAITRE, JULIETA, “Fetichismo legal, derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia”, en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA, Puerto Rico, 2007; *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, 2009, Siglo Del Hombre Editorial / Uniandes.

(69) DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *El caleidoscopio de las justicias...*, op. cit., p. 53.

que el bajo nivel de confianza en el sistema judicial —una institución democrática por excelencia— es un reflejo de fallas en la cultura;<sup>(70)</sup> se afirma que si los ciudadanos de América Latina y el Caribe confiaran más en sus instituciones democráticas, la democracia se consolidaría y los gobernantes podrían gobernar.<sup>(71)</sup>

Si alguna evidencia hiciera falta, mencionaré la experiencia en Uruguay, uno de los países que exhibe buenos indicadores de confianza. Sin embargo, dos episodios históricos demuestran que la confianza en el Poder Judicial puede estar asociada también a su fuerte irrelevancia en el imaginario social. En tres oportunidades el Poder Judicial estuvo paralizado por largos períodos,<sup>(72)</sup> lo cual, sin embargo, no acarreó ninguna reacción importante ni en la población ni en el gobierno; muy por el contrario, muchos conjeturaron que unos y otros tenían buenas razones para beneficiarse con la demora de los juicios que pudieran perjudicarlos.<sup>(73)</sup>

- b. **confianza en la democracia:** es “la confianza importante” porque “se muestra la relación entre la confianza en el sistema judicial y satisfacción con la democracia” dado que “entre los países que muestran un nivel de confianza promedio en el rango positivo de la escala (es decir, 50 o más), los entrevistados también se mostraron satisfechos con la manera en que la democracia funciona en su país” y viceversa.<sup>(74)</sup>

Todas estas experiencias e indicadores resultan impensables en los países centrales en los cuales los ciudadanos consideran que los jueces son la efectiva garantía de sus derechos.

(70) ALMOND, GABRIEL A. y VERBA, SIDNEY, *The civic culture*, Princeton University Press, 1963. Esta interpretación es todavía popular y se refleja en una variedad de publicaciones basadas en la Encuesta de Valores Mundiales (Inglehart, 1999; Inglehart, 2000; Inglehart y Welzel, 2005). Desde esta perspectiva, solo si los latinoamericanos/as tuvieran una “actitud correcta”, todos los problemas se solucionarían.

(71) SELIGSON, MITCHELL, El Estado, la gobernabilidad y la legitimidad política en América Latina, en PNUD, *Democracia-Estado-Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, Serie Contribuciones al debate, vol. II, Lima, PNUD, 2008, p. 190 y ss.

(72) En el año 1985 una huelga de funcionarios paralizó el servicio por 57 días; en 1995 otra huelga de funcionarios paralizó el servicio durante casi cuatro meses; y recientemente —fines de 2014 y comienzos de 2015— un nuevo conflicto de los funcionarios incluyó también a los jueces que decretaron la posibilidad de ir a la huelga.

(73) Por ejemplo Enrique Véscovi, un prestigioso procesalista uruguayo, se lamentaba de que “Estuvimos prácticamente sin justicia por meses y nadie, empezando por la Suprema Corte, responsable del servicio, tomó ninguna medida. Los verdaderos perjudicados fueron, como gremio, los abogados y algún justiciable aislado. Los demás no extrañaron que su asunto demorara unos meses más, dado que todos duran varios años. Es decir que la Justicia, en este país, no resultó ser un servicio esencial”, en *Diario El Día*, 03 de septiembre de 1989.

(74) SELIGSON, MITCHELL, *op. cit.*, p. 193.

## 10. La dogmática jurídica en América Latina: un obstáculo para comprender el papel de la cultura legal, su revisión crítica y la formulación de políticas públicas

Si las creencias y actitudes acerca del derecho se han mantenido tan constantes en América Latina, se debe no solo a la herencia hispánica —como señalan algunos—, sino además a que con posterioridad la mayoría de las escuelas de derecho continuaron transmitiendo modelos dogmáticos de aprender y razonar el derecho. *Grosso modo*, la red de universidades católicas difundían el tomismo, y las nuevas universidades públicas adoptaron el modelo de origen napoleónico. Y no es que esos modelos no pudieran tener cierto valor en la matriz europea, sino que por su carácter dogmático desconocían las realidades de nuestro continente.

Hay que tener presente que la matriz dogmática no solo domina la formación de los profesionales del derecho (jueces, abogados, fiscales, notarios), sino que también suele inspirar los cursos de “educación cívica” y otros por el estilo que incluyen el currículum de la enseñanza media y que, por consiguiente, configuran la forma en que la ciudadanía en general percibirá al derecho.

Pese a que el estatuto teórico-científico de la dogmática ha sido cuestionado,<sup>(75)</sup> y ya existe disponible una teoría suficientemente sólida como para abordar los problemas del derecho, la dogmática latinoamericana se sigue construyendo —salvo excepciones, naturalmente— al viejo estilo de la dogmática continental europea, donde ya casi no se practica,<sup>(76)</sup> todo lo cual configura una situación ciertamente escandalosa.

La formación de operadores jurídicos bajo el paradigma dogmático constituye un serio obstáculo para cualquier cambio, sea de las instituciones, sea de la cultura de la legalidad en América Latina. Y ello es así por la sencilla razón de que cualquier revisión de la realidad debe partir de la formación de una masa crítica capaz de llevar adelante las acciones que demanda semejante tarea.

Más allá de esa recepción distorsionada —y quizás por ello mismo— se observa en la doctrina jurídica latinoamericana una enorme ajenidad con

---

(75) Para las referencias del tema, remito, *brevitatis causa*, a CURTIS, CHRISTIAN (comp.), *Observar la ley*, Madrid, Trotta, 2006.

(76) Piénsese, por ejemplo, en *el sólido fundamento teórico de obras dogmáticas como El Estado Constitucional de Häberle* (2003), o el papel otorgado al teórico Guastini en el clásico *Trattato di diritto civile e commerciale* iniciado por Antonio Cicu y Francesco Messineo, y continuado por Luigi Mengoni; o el nivel epistemológico de la obra de un procesalista como Michele Taruffo. Este tipo de obras en Latinoamérica son todavía excepcionales.

respecto a la teoría crítica del derecho. No estoy diciendo que nuestros dogmáticos no conozcan algunas obras importantes de la teoría crítica del derecho, sino que en la construcción de sus trabajos (en sus diversas materias) no se advierte la utilización de la teoría jurídica.

La matriz dogmática solo se propone la formación de abogados patrocinantes, desentendiéndose de las funciones de investigación empírica, abordajes críticos, trabajo interdisciplinario, etc.

A eso debemos quizás que hasta hace poco no teníamos en América Latina estudios sobre la historia política de nuestros sistemas judiciales.<sup>(77)</sup> En cambio, Europa y EEUU corren con ventaja en la materia pues hace ya tiempo que cuentan con una historia política de sus instituciones judiciales.

Aludiendo al fenómeno, se ha dicho que:

Ello obedece a que en el mundo central se ha tratado la cuestión judicial como problema de poder y se han elaborado los discursos pertinentes, es decir, el discurso del "sistema" o conservador, y el discurso alternativo o dinamizador, con sus distintas variables, en tanto que en América Latina nunca se planteó el problema desde ese ángulo, llegándose al extremo de borrar la memoria histórica de nuestros poderes judiciales. En nuestra región no hay historia judicial, al menos si por tal entendemos la historia política, con adecuado análisis de la función real que cumplió en cada período.

Nuestros países son muy ricos en episodios y en muchos de ellos ha profundizado singularmente la historia política y social, particularmente contemporánea, pero casi no hay trabajos en los que se haya profundizado la función que cumplió la jurisdicción en cada uno de sus períodos políticos.<sup>(78)</sup>

## 11. El modelo de juez latinoamericano: todavía una tarea pendiente

De todo lo que vimos hasta ahora, creo que resulta claro que no disponemos aún de una tipología de modelos de juez apta para interpretar la realidad latinoamericana.

(77) Para Uruguay, hemos hecho los primeros intentos de presentar una "historia política" del sistema judicial en diversos trabajos, entre ellos ZAFFARONI, E. RAÚL, *Estructuras judiciales*, Bs. As., Ediar, 1994.

(78) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Estructuras...*, *op. cit.*



Las importantes diferencias con la cultura legal de los países desarrollados que han producido los modelos conocidos nos llevan a cuestionar su uso sin más.

Para la perspectiva liberal, dominante en los países desarrollados, y muchas veces presupuesta en algunos organismos internacionales, el sistema judicial tiene la función primordial de garantizar el Estado de derecho (*rule of law*): el sometimiento de todos —gobernantes y gobernados— a la ley, que es interpretada por un sistema judicial independiente, sustentado por una poderosa cultura jurídica en la sociedad civil.<sup>(79)</sup>

Por el contrario, para O'Donnell —que piensa una funcionalidad judicial adaptada a las “democracias delegativas” latinoamericanas— la función primordial del sistema judicial consistiría en jugar como contrapeso del Poder Ejecutivo o del Parlamento, y constituirse en una instancia facilitadora de la rendición de cuentas horizontal entre los poderes.<sup>(80)</sup>

Disponer de modelos permitiría mejorar el desempeño de los jueces, su formación, su funcionalidad y su control social a partir del sentimiento de los ciudadanos que justifique moralmente su actuación, porque de ello dependerá su eficiencia. Pero en América Latina esto es un problema general dado que los sistemas judiciales gozan de una valoración muy baja cuando la ciudadanía en general muestra poca confianza en él,<sup>(81)</sup> y los empresarios lo consideran un impedimento para hacer negocios, según una encuesta latinoamericana realizada por el Banco Mundial en 1996.<sup>(82)</sup>

## 12. Conclusiones

Planteada la cuestión de la relación entre decisión judicial, función de los tribunales y Estado democrático de derecho, me ha parecido una buena oportunidad para formular algunas observaciones sobre el modo en que muchas veces abordamos estos problemas en América Latina. Para ello he propuesto cinco tesis teóricas, contrastadas con cinco hipótesis, con algunas evidencias empíricas referidas al contexto latinoamericano.

---

(79) LINZ, JUAN J. y STEPAN, ALFRED C., *Problems of democratic transition and consolidation: southern Europe, South America, and post-communist Europe*, Baltimore, J. Hopkins U. Press, 1996, p. 248.

(80) ANSOLABEHERE, KARINA, *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLACSO-Fontamara, 2007, p. 35.

(81) CAETANO, GERARDO, “Apuntes para un diagnóstico de las instituciones democráticas en el Mercosur”, en Gerardo Caetano y Rubén M. Perina (eds.), *La “segunda generación” de reformas parlamentarias. Teorías, prácticas y estrategias de cambio*, Montevideo, OEA, CLAEH, 2004, p. 159.

(82) ANSOLABEHERE, *La política...*, op. cit., pp. 37/39.

Ese desarrollo pretende servir de fundamento para algunas conclusiones:

- Describir las funciones que realmente cumplen los tribunales (enfoque descriptivo) solo puede hacerse con relación a una determinada sociedad política, pues el modo de decidir y fundar sus decisiones es funcional al contexto institucional (al cual legitiman) y cultural (del cual obtienen legitimidad).
- Para comprender las funciones que los tribunales cumplen en una determinada sociedad política se requieren estudios culturales aplicados a la interpretación de prácticas, valores, actitudes y creencias en torno al poder. De esa manera han procedido los teóricos de los países centrales al elaborar modelos e interpretaciones.
- Por consiguiente, podemos aprovechar la metodología utilizada por esos teóricos, pero difícilmente podamos aplicar los modelos elaborados por ellos para analizar o evaluar nuestras prácticas.
- En ese sentido me parece importante tener presente las enormes diferencias culturales que median entre los países centrales y los latinoamericanos, más allá del espejismo que genera la existencia de élites urbanas ilustradas que asimilan los modos de pensar y actuar centrales.
- En consecuencia, y para ejemplificar concretamente sobre el tema que nos convoca, creo que analizar las funciones judiciales en América Latina tomando como referencia los “modelos de juez” provenientes de los teóricos centrales no es pertinente pues en sus trabajos no han considerado siquiera la posibilidad de sociedades anómicas como las nuestras. Tampoco tiene mucho sentido discutir si nuestros tribunales deberían utilizar la ponderación de principios o el cálculo de eficiencia sin antes saber cuál es la cultura que legitimará esas decisiones o el proyecto civilizatorio que serviría como criterio.
- Lo que muestra la práctica judicial en países donde no está arraigada la cultura de la racionalidad discursiva —como es el caso de Uruguay— es que la fundamentación de los fallos judiciales es un mero juego retórico que encubre muchas veces la más cruda arbitrariedad. Esto es así, sencillamente, porque (salvo escenificaciones muy excepcionales en tribunales superiores y en casos de gran trascendencia) jueces y abogados no están formados en el paradigma discursivo del derecho, y además, no existen auditorios institucionalizados capaces de controlar la calidad argumentativa de las sentencias.
- Si esto es un “déficit” o una “precariedad” de nuestra cultura legal o si es una virtud funcional solo podría dirimirse si fuésemos capaces de reconstruir el sentido que para nosotros, latinoamericanos, tiene lo institucional, y definir reconstruir el proyecto civilizatorio a cuyo servicio está, cosa que —como muestro en el texto— es aún tema en disputa. En esto creo que la filosofía del derecho debería dar el primer paso de manera de habilitar luego un debate con fundamentos entre las fuerzas que conducen los procesos políticos.





# Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones

RODOLFO LUIS VIGO<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** constitucionalización - derecho constitucional - neoconstitucionalismo - poderes del Estado.

## 1. Palabras preliminares

Nos proponemos, en el presente trabajo, analizar críticamente el proceso desencadenado en Europa a partir de la última guerra mundial, especialmente por la presencia gravitante que han tenido las nuevas constituciones en el terreno jurídico y también político-institucional. Al mismo tiempo resulta forzoso vincular esa inquietante y actual realidad con la llamada teoría neoconstitucionalista que le sirve de respaldo y desarrollo. Si bien apuntamos centralmente a Europa, lo hacemos pensando en la tradicional y siempre fuerte influencia que despierta el viejo continente en el nuestro. Somos herederos de aquella cultura y los cambios que ella vive no nos pueden resultar indiferentes.

---

(1) Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (Argentina). Catedrático de Filosofía del Derecho. Primer Secretario de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

## 2. Los cambios en la Europa del siglo XX

La segunda mitad del siglo XX en Europa marca el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional; o sea, el paso —al decir de Ferrajoli— del Estado de derecho “débil” al Estado de derecho “fuerte”. Así, la realidad jurídica europea se transforma en sus líneas fundamentales, pero sintéticamente esos cambios suponen superar la sinonimia entre ley y derecho que había impulsado el siglo XIX a partir de la Revolución Francesa, lo que queda receptado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que se refiere a aquellas realidades (“ley” y “derecho”) como distintas. Precisamente ese derecho que antecede, excede y controla a la ley, es el que las nuevas constituciones reconocen bajo el rótulo —explícito o implícito— de valores, principios, fines o derechos humanos; consecuentemente, se encomienda a tribunales constitucionales que velen para que aquel “higher law” prevalezca sobre todos los intentos de su violación a través del resto de las normas infraconstitucionales. Así, Europa deja de lado la matriz política-jurídica revolucionaria que se respaldaba en la confianza absoluta de la “soberanía popular”<sup>(2)</sup> canalizada a través de sus representantes legislativos, y se arrima a la matriz inventada del otro lado del Atlántico que imponía a esa soberanía ciertos límites consagrados en la Constitución. En ese nuevo marco ya los jueces no pueden quedar reducidos a ser la “boca inanimada de la ley”, sino que se les reclamará que, al decir el derecho (*iurisdictio*), digan también el derecho constitucional y no solo el legal. No obstante, en lugar de encomendar esa función a jueces ordinarios, se crean o “inventan” jueces especiales o constitucionales cuya tarea específica será que la Constitución sea un límite a toda decisión y producción normativa. Ese control constitucional jurisdiccional no coincide con el que había auspiciado y protagonizado Kelsen en la primera parte del siglo XX, dado que no se reduce a ser un legislador negativo que solo controla formas y procedimientos sino que avanza sobre el contenido material o sustancial de las leyes, todo lo que resulta potenciado a tenor de que los textos constitucionales —a pesar de las advertencias kelsenianas— se cargan de referencias axiológicas.

Así, 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,

---

(2) Acerca de la importancia de la “soberanía” en la configuración de la “constitución de los modernos” y la tensión respectiva entre soberanía y constitución, puede consultarse: FIORAVANTI, MAURICIO, *Constitución (de la antigüedad a nuestros días)*, Madrid, Trotta, 2001, p. 71 y ss.

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. Tal el caso del 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, que deja 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 muchos otros.

Pero en esa quiebra de convicciones iuspositivistas, 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 su propia materia con mayor realismo, coherencia y consistencia. 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 Constitución, convirtiéndose esta en el disparador de sus tesis y el banco de pruebas de las mismas. Por sobre diferencias, especialmente de presupuestos, esos autores —que comienzan a ser adscriptos al “neo-constitucionalismo”, entendido como una nueva teoría del derecho— coinciden en respaldar la “constitucionalización” del derecho vigente y las consiguientes derivaciones que esta conlleva, criticando las limitaciones, riesgos y errores que suponía el Estado de derecho legal o débil —como su rígida teoría iuspositivista, que le servía de soporte y difusión teórica—.

### 3. Teoría y autores neoconstitucionalistas

Por supuesto que sería muy difícil y de escaso interés elaborar una lista muy completa de autores neoconstitucionalistas; sin embargo, la doctrina especializada ha configurado una nómina de autores representativos del neoconstitucionalismo. En ella, pacíficamente se incluyen: Alexy, Ferrajoli, Dworkin, Nino y Zagrebelsky. Pero también pensamos que la lista puede ampliarse en el ámbito español con autores como Pérez Luño, Prieto Sanchís, Peces Barba u Ollero. De todas maneras, repasemos con la autoridad de aquellos juristas algunas de esas típicas tesis neoconstitucionalistas.

Por ejemplo, Robert Alexy<sup>(3)</sup> ha planteado:

- a) que frente a la alternativa entre el constitucionalismo y el legalismo (esta rechaza valores y principios, y solo apela a normas; descarta la ponderación y recurre a la subsunción en la aplicación del derecho; reivindica la autonomía del legislador democrático y no acepta la omnipresencia de la Constitución sino la independencia del derecho ordinario) corresponde optar por un constitucionalismo moderado;
- b) que en el derecho hay, junto a las normas, presencia de principios, y que estos están asimilados con los valores en tanto su contenido es moral y su forma jurídica;
- c) que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral;
- d) que la aplicación del derecho debe estar guiada por la respuesta correcta para cada caso como idea regulativa;
- e) el límite de la injusticia extrema para que exista el derecho; etc.

Entre las afirmaciones de Luigi Ferrajoli dignas de ser subrayadas, nos parece que pueden mencionarse:

- a) el renunciamiento a la epistemología kelseniana y a la iusfilosofía analítica italiana de la posguerra, y la propuesta de una ciencia jurídica funcional al paradigma constitucional con un "papel crítico y constructivo" y "descriptiva del ser del derecho

---

(3) Ver mi libro *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., UBA/La Ley, 2004, pp. 25 /73.

y prescriptiva de su deber ser jurídico”,<sup>(4)</sup> comprometiendo a los juristas a asumir la responsabilidad cívica y política de superar las antinomias y lagunas;

b) una nueva noción de validez de las normas no circunscripta a análisis meramente formales, sino interesada por “la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales (...) como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales”;<sup>(5)</sup>

c) su definición de los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”,<sup>(6)</sup> que las normas de un determinado ordenamiento jurídico reconocen, indicando entre los rasgos estructurales de aquellos la forma universal de imputación y el carácter indisponible e inalienable;

d) su “teoría de la justicia” de los derechos fundamentales abocada —“entre iuspositivismo e iusnaturalismo”—<sup>(7)</sup> al fundamento axiológico de los mismos e identificando “cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana entendida como fin y nunca como medio (...) igualdad, democracia, paz y ley del más débil”;<sup>(8)</sup> y

e) la dimensión sustancial de la democracia, superadora de la “dimensión política o formal”, en donde los derechos fundamentales ponen límite a lo decidible por la mayoría y hasta por la unanimidad.<sup>(9)</sup>

Recuperemos de la teoría de Ronald Dworkin<sup>(10)</sup> lo siguiente:

a) el reconocimiento de que en el derecho están los principios dado su contenido, y de que, por ende, estos exceden

(4) FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad de Externado de Colombia, 2000, p. 60.

(5) FERRAJOLI, LUIGI, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Miguel Carbonell (ed.) Trotta, 2003, p. 18.

(6) FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), Madrid, Trotta, 2001, p. 19 y ss.

(7) *Ibid.*, p. 314.

(8) *Ibid.*, p. 315.

(9) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Madrid, 1995, p. 864 y ss.

(10) Ver mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Bs. As., LexisNexis, 2006.



- a) al test de pedigree u origen al que puede someterse a las normas;
- b) esos principios son definidos como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral”, y también pueden ser asimilados a los derechos individuales;
- c) el juez Hércules está posibilitado de descubrir racionalmente la única respuesta correcta que tiene cada caso jurídico;
- d) son los jueces quienes deben apelar a “argumentos de principios” posibilitando que se tomen en serio los derechos individuales y que ellos triunfen contra el Estado y los objetivos comunitarios; y
- e) la promoción de una imprescindible “lectura moral de la Constitución”.

En Gustavo Zagrebelsky encontramos:

- a) que la distinción entre regla y principios puede ser identificada con la ley y la Constitución, respectivamente;
- b) que el iuspositivismo es incompatible con visiones o comprensiones de principios, en tanto “no sería posible pensar en una ‘recuperación’ positivista de la temática de los principios mediante el paso de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios”;<sup>(11)</sup>
- c) que en tiempos de constitucionalismo, como los actuales, es propicio volver a auspiciar la *juris prudentia* en lugar de la *scientia juris* (“en términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio práctica*”);<sup>(12)</sup>
- d) el reclamar para las sociedades pluralistas “valores que no tienen precios”;<sup>(13)</sup> y
- e) el auspicio para que el Estado recupere competencias de protección activa en orden a determinados principios de justicia.

---

(11) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 118.

(12) *Ibid.*, p. 123.

(13) *Ibid.*, p. 126.

Del pensamiento de Carlos Nino recuperemos:

- a) sus críticas a los modelos epistemológicos prescindentes de valores y contrarios a concretar propuestas superadoras de *lege ferenda*, como los de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron;<sup>(14)</sup>
- b) el reconocimiento de que la justificación jurídica no es auto-suficiente, por lo que requiere abrirse a la justificación moral;
- c) que los derechos humanos, como derechos morales, en su justificación remiten a los principios morales de autonomía de la persona, de la inviolabilidad de la persona y de la dignidad de la persona;
- d) el poner distancia entre el escepticismo ético y la democracia (“... que no haya una verdad moral objetiva...excluye la justificación de la democracia, o de cualquier otro arreglo social...”);<sup>(15)</sup>
- e) haber puesto en dudas el control judicial de constitucionalidad de leyes originadas a través de un proceso democrático, excepto cuando su objeto es la determinación de si la ley respeta los presupuestos de la democracia, cuando las leyes se fundan en razones perfeccionistas o cuando la ley afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable.<sup>(16)</sup>

Las tesis reseñadas dan pie para reconocer algunos rasgos centrales del “neoconstitucionalismo”, que terminan impactando en diferentes problemas:

- a) el derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores;
- b) la epistemología jurídica se ve problematizada, en tanto ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador sino que se reclama prescripción y valoración;

(14) NINO, CARLOS, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, México, Fontamara, 1993.

(15) NINO, CARLOS, “La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 3, 1983, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 174.

(16) NINO, CARLOS, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 292.

- c) la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva, como en Kelsen, o de fácil desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para requerir de la razón práctica 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.

#### 4. La constitucionalización del derecho

Valiéndonos, con libertad, de un influyente artículo de Riccardo Guastini,<sup>(17)</sup> nos proponemos identificar algunas características que permitirían reconocer en la actualidad cuándo un ordenamiento jurídico se encuentra efectivamente “constitucionalizado”, o sea cuándo el derecho vigente en esa sociedad le ha reconocido a la Constitución una función jurídica peculiar que lo torna peculiar y distintivo —lo que, a su vez, impone que solo aquellas teorías que aceptan ciertas tesis estarán en posibilidad de comprender a ese nuevo derecho constitucionalizado—. Si bien Guastini reconoce hasta siete requisitos para ese test de la “constitucionalización”, nos parece que son centralmente cuatro:

##### 4.1. La Constitución como “norma jurídica superior” o “higher law”

Ella no se reduce a ser un programa político que limite y estructure el poder del Estado, sino que tiene todas las características de una regla jurídica —aunque cuantitativamente superior— que, por estar en ese lugar jerárquicamente superior, logra imponerse a cualquier otra norma del derecho vigente que preside. Siendo la Constitución la “norma fundamental”, prevalece sobre cualquier otra, por eso coherentemente es “rígida” dado que no puede ser cambiada por ningún otro poder constituido a través de las normas que tienen competencia ordinaria para dictarlas. La Constitución

(17) GUASTINI, RICCARDO, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Ferrajoli, Luis, en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit.

pretende una permanencia prolongada y sus cambios suponen una justificación especial como un tratamiento particular. Ese lugar superior impone, de todos los operadores y creadores de derecho, un conocimiento y respeto apropiado para con la Constitución, que por eso deja de ser materia exclusiva de “constitucionalistas” y se convierte en campo de atención de todos los juristas.

#### 4.2. *La Constitución cargada de valores o principios*

Las Constituciones contemporáneas han dejado atrás aquel modelo que que auspiciaba Kelsen —que Loewenstein llamó “utilitario”—,<sup>(18)</sup> y han optado por cargarse de exigencias que remiten a la moral en tanto suponen preferencias sobre lo “bueno” o lo valioso que merecen ser consagradas jurídicamente. Por supuesto que esas apelaciones constitucionales a lo que “debe ser” no siempre se rotulan de la misma manera, e incluso pareciera prevalecer contemporáneamente el lenguaje de los derechos humanos en tanto “reconocidos”, “inalienables” y “universales”. El lugar tradicional en donde se encuentra la “moralidad constitucional” es en la parte dogmática, pero ella también abunda en los Preámbulos, y recordemos que en Francia —quizás el país europeo menos generoso con la constitucionalización— el Consejo Constitucional en 1971 reconoció la operatividad del contenido en la Constitución francesa con su invocación a las Declaraciones de derechos.

#### 4.3. *La Constitución como norma jurídica eficaz*

Aunque puede comprenderse esta característica en la primera, pensamos que conviene distinguirla dado que es posible admitir aquel lugar jurídico privilegiado para la Constitución pero retacearle operatividad directa. Con esta característica apuntamos a que toda la Constitución cuenta con eficacia, más allá de los distintos modos en los que ella puede entenderse (directa o indirecta), pero lo decisivo es que no hay normas constitucionales estrictamente programáticas, si con este calificativo se quiere hablar de normas que no rigen jurídicamente mientras no lo haya así dispuesto algún otro poder constituido. Manifestaciones de esta eficacia directa son las “omisiones constitucionales”<sup>(19)</sup> o el cuestionamiento al que se han sometido las “cuestiones políticas” en tanto se pretendían ajenas al control

(18) LOEWENSTEIN, KART, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 211.

(19) CARBONELL, MIGUEL (coord.), *En busca de las normas ausentes (ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

de la Constitución, y también el reconocimiento creciente de que todos los jueces son de la Constitución y no solo de la ley, por lo que están obligados a aplicarla sin obstáculos formales.

#### **4.4. La Constitución con garantía de control jurisdiccional**

Quizás sea este rasgo el que más acerca el sistema europeo al modelo norteamericano, en tanto son jueces los encomendados para velar por la prevalencia sustancial y formal de la Constitución. El tribunal que asume esa trascendente función no es un mero legislador negativo según el modelo kelseniano, sino que despliega un creciente abanico de soluciones orientadas no solo a hacer triunfar a la Constitución sino a procurar mantener la norma infraconstitucional: así, los jueces constitucionales consagran “una” interpretación de la ley que permite conservar su validez (sentencias interpretativas), le agregan o le suprimen algo a la ley de manera tal de salvarla de la invalidez (sentencias aditivas o abrogatorias parciales), invalidan la ley pero sin que ello implique automáticamente que se produzcan los efectos consiguientes de manera inmediata, peticionan al legislador para que reaccione modificando la ley cuestionada (sentencias admonitorias), etc. De todas maneras, el tribunal constitucional es el poder constituido que tiene la última palabra en nombre del poder constituyente.

Es importante destacar que las notas señaladas precedentemente, que caracterizan a la “constitucionalización” de un ordenamiento jurídico, se dan con intensidad variable, por lo que podríamos decir que es un concepto analógico en tanto admite mayor o menor claridad o perfección de su presencia. Incluso si bien hay una cierta conexidad entre ellas de manera que se alimentan y reclaman recíprocamente, también se advierte una creciente acentuación o profundización de esos rasgos, a punto tal de que podría constatarse una cierta regla a tenor de la cual, una vez que se inicia el proceso de constitucionalización, pareciera desatarse una cierta lógica que conduce a su reforzamiento con cierto automatismo difícil de controlar o limitar. Como lo reconocen los mismos autores neoconstitucionalistas, esa constitucionalización lleva implícita una cierta política constitucional que les corresponde desplegar a todas las autoridades y responsables institucionales. Así, Ferrajoli no duda en concluir que el “constitucionalismo es un programa para el futuro”; un programa que debe avanzar en el sentido de abarcar a todos los derechos—no solo a 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. Zagrebelsky también convoca a la construcción del constitucionalismo: “el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de materiales”.<sup>(20)</sup>

## 5. Algunos riesgos de la constitucionalización y del neoconstitucionalismo

Compartimos muchas de las tesis neoconstitucionalistas; sin embargo, no podemos dejar de coincidir con autores que alertan sobre la existencia en ellas de una serie de peligros potenciales, o ya actuales, que incluso llegan a ser visualizados como preocupantes por los mismos impulsores de aquel proceso. Dicho de otra manera, hay un riesgo en la constitucionalización y en los teóricos neoconstitucionalistas de promover una especie de inercia o ritmo difícilmente controlable que termine convirtiendo a muchos de sus aspectos ventajosos característicos, en signos fuertemente negativos o criticables. No se trata de descartar irracional o nostálgicamente la constitucionalización o el neoconstitucionalismo, sino de mantener una actitud crítica para que el remedio no resulte peor que la enfermedad.

Como se comprobará, la nómina que sigue de las consecuencias riesgosas o peligrosas que pueden traer aparejadas la constitucionalización y el neoconstitucionalismo se podrían reducir y elaborar una lista menos extensa, dado que podrían muchas ellas fundirse entre sí o extender algunos de los riesgos de manera que absorba a algún otro; sin embargo, preferimos mantener esa cierta redundancia no solo por razones pedagógicas sino también por los matices que puede señalar o sugerir la detallada nómina que sigue.

### 5.1. La sobreinterpretación de la Constitución o “sobreconstitucionalización”

Ya hemos señalado que una de las tesis propias de la constitucionalización es la eficacia jurídica de la totalidad de las normas constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico en orden a la resolución de los concretos problemas jurídicos que en la vida social van surgiendo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico implica reconocer ese “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) que produce la Constitución, y por ende todo el derecho queda teñido por el color de la misma, pero la

(20) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 13.

“sobreinterpretación” consistiría en pretender que en la Constitución están todas las soluciones jurídicas, y por ende se impone su aplicación, sin que quede margen para la creación discrecional de otras normas. El mismo Alexy no solo opta por un “constitucionalismo moderado”, sino que se hace cargo tanto del peligro de una “infraconstitucionalización” como de la “sobreconstitucionalización”, e intenta elaborar una respuesta a ambos errores. Advirtamos que ese reconocimiento a la posibilidad de inferir todas las respuestas jurídicas desde el texto constitucional se amplía notablemente si la apelación a este último incluye el Preámbulo constitucional con sus típicas apelaciones a valores y fines; de ahí la comprensible resistencia entre los mismos juristas y los tribunales a reconocerle una eficacia jurídica directa. Los temores a que todas las soluciones jurídicas estén en la Constitución se refleja en la irónica acusación que formula Forsthoff de que ella sería “un huevo jurídico originario”, y también en la advertencia que plantea Böckenforde de convertir al Estado en jurisdicción constitucional si la Constitución deja de ser un “marco fundamental” y se convierte en “un orden jurídico fundamental del ente social”.<sup>(21)</sup> Recordemos, asimismo, que el temor no solo se puede incrementar desde la amplitud de la materia constitucional a interpretar, sino también cuando vemos un notable enriquecimiento de sentencias atípicas que transitan lejos de la rígida alternativa clásica de admisión o rechazo de la inconstitucionalidad; ejemplifiquemos este punto con la posibilidad del dictado de sentencias que declaran la “mera inconstitucionalidad” de una ley, pero que no importa su automática nulidad, y con las sentencias que suplen las omisiones constitucionales en las que incurre el legislador. Un ejemplo de estas últimas en la jurisprudencia constitucional argentina puede ser “Ekmekdjíán”, donde la mayoría la Corte reconoce la vigencia del derecho réplica, no obstante que el Pacto de San José de Costa Rica disponía que él regiría en los casos y modos que estableciera la ley, y precisamente uno de los argumentos fue que se había esperado más de siete años al legislador.

## **5.2. La irrelevancia o debilitamiento del Poder Legislativo y de la ley**

La Revolución Francesa acuñó un modelo de Estado y de derecho absolutamente original e inédito, y a tales fines le reconoció un papel central y configurador al Poder Legislativo. La obra de Rousseau expresa con elocuencia ese papel de la ley que “reúne la universalidad de la voluntad y la

---

(21) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 50 y 51.

del objeto”, al tiempo que su creencia en la “voluntad general” le permite afirmar: “Es solo a la Ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 seguirá aquella enseñanza y el único límite a la libertad solo podrá ser establecido por la ley; por eso el art. 5 reza: “Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena”. En 1790 se instaura en Francia el *référé législatif* como mecanismo que impedía a los jueces la osadía de interpretar a la ley. Napoleón no cesará en ese entusiasmo por crear el nuevo derecho y, a tales fines, de 1804 a 1810 se promulgarán los Códigos: Civil, Comercial, Penal, Procesal Civil y Procesal Penal. Beccaria proyecta con fidelidad esas ideas al delicado campo del derecho penal y por eso no solo rechaza el “peligroso” recurso al espíritu de la ley, sino que concluye sin ambages: “Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”.<sup>(22)</sup> En síntesis, el derecho era lo contenido en la ley y esta era el resultado libérrimo e infalible de la voluntad general. En América Latina los grandes profesores y académicos que se habían formado en Europa no se hicieron cargo de la juridicidad de la Constitución que los constituyentes habían traído del país del norte, y optaron por silenciar o disimular su esquizofrenia y repetir el sistema jurídico legalista y no constitucional aprendido en el viejo continente y consagrado en nuestros Códigos. Es obvio que en el marco de un Estado de derecho constitucional entran en crisis aquellas tesis acerca del papel de la ley y de su órgano productor. Y a ese respecto es de justicia reconocer que fue Kelsen uno de los que no se entusiasmaron con las constituciones cargadas de valores indeterminados dado que ello generaría el riesgo de desbalancear el juego de poderes a favor del tribunal constitucional. Por eso, coherentemente, proponía un tribunal constitucional en el ámbito del Poder Legislativo y como un mero legislador negativo. La constitucionalización puede derivar en un nuevo tipo de Estado que es el Jurisdiccional, donde los nuevos señores del derecho ya no sean los legisladores sino los jueces constitucionales. Ya Bachof, a finales de la década del 50, hablará de la superioridad jurídica del juez sobre el legislador al momento de la

(22) BECCARIA, CESARE, “Tratado de los delitos y de las penas”, cit. por Bartolomé Clavero en “Imperio de la ley, regla del derecho y tónica de constitución”, en *La vinculación del juez a la ley*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 48.



realización del derecho, y en la actualidad Alexy plantea igualmente la preferencia por la capacidad argumentativa dialógica judicial frente a la alternativa de la generada en el ámbito legislativo. Esa crisis de la ley sobre la que la Europa académica reflexiona, tiene diversas y amplias expresiones, que incluso impactan en el derecho penal donde las exigencias típicas del principio de legalidad (*lex praevia, scripta, certa y stricta*) encuentran excepciones que pueden reflejarse en la sentencia condenatoria de la Corte Constitucional alemana de los "guardianes del Muro de Berlín" y en la tesis radbruchiana en la que se apoya de "la injusticia extrema no es derecho". En la Argentina, el fallo Priebke de la Corte Suprema donde la mayoría amplía los tipos penales recurriendo al *ius cogens*, o la sentencia en la causa "Simón", donde se declaran inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final, son apropiados ejemplos de aquel debilitamiento de la ley penal.

### 5.3. El debilitamiento de la democracia

La democracia, por sobre precisiones conceptuales e históricas, remite al gobierno del pueblo que elige a través del sufragio a quienes serán sus gobernantes, los que quedan sujetos a la periódica revisión popular. No hay dudas de que el Poder más inequívoca y directamente democrático es el Legislativo, y que el Poder Judicial es el menos democrático en tanto en su elección no interviene directamente el pueblo, que ella se concreta entre los que cuentan con un título profesional específico y que tales designaciones son vitalicias. Precisamente en torno a esta debilidad democrática de los jueces encontramos en la doctrina constitucional norteamericana el difundido tópico de la "dificultad o argumento contra mayoritario" (Bickel). La experiencia norteamericana del gobierno de Roosevelt, con su enfrentamiento con la Corte Suprema de su país por el New Deal, y su resolución final, es buena expresión de las implicancias democráticas de la tarea judicial en temas constitucionales, que algunos identifican con los políticos. La obra de Roaul Berger de 1977 "*Government by Judiciary*" refleja contundentemente el perfil desequilibrante que pueden asumir los jueces ejerciendo el *judicial review*. Nino, además de recordar que no es forzoso que el control de constitucionalidad se asigne a jueces, denuncia el carácter "misterioso" que inviste el control judicial de constitucionalidad. Gargarella,<sup>(23)</sup> con insistencia, ha denunciado la

(23) GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

usurpación judicial de la voluntad popular bajo el ropaje de la interpretación constitucional. Desde la lógica del constitucionalismo, la voluntad popular y las mayorías circunstanciales que se van configurando electoralmente quedan condicionadas a la aceptación y voluntad de los tribunales constitucionales, que incluso están autorizados para respaldarse con la voluntad originaria de los padres de la Constitución por sobre los cambios históricos. Ferrajoli, desde el neoconstitucionalismo, ha elaborado su teoría del garantismo jurídico que incluye un límite para la regla de la mayoría, en tanto hay cosas que ella no puede decidir. Esos nuevos “señores del derecho”, que son los jueces con su impronta profesionalizante e inamovilidad en sus cargos, pueden llegar a imponer una prevalencia aristocrática en los gobiernos estatales. Por supuesto que la orientación que imponga finalmente la jurisprudencia constitucional puede ser tanto de sesgo conservador como progresista, pero en todo caso quedará determinada por los propios talentos e inspiraciones ideológicas de los jueces y no por las decisiones populares. Advierte Aragón que en el Estado constitucional “la democracia de la ley estaría templada (corregida) por la aristocracia de los jueces... nueva *noblesse de robe*”.<sup>(24)</sup> En definitiva, al hilo de la constitucionalización importa más lo que piensan y deciden los jueces que lo que piensa y decide el pueblo, y ello implica forzosamente poner en interrogantes a la democracia misma.

#### 5.4. Un nuevo iuspositivismo ideológico constitucional

En la clasificación de Bobbio se incluía al iuspositivismo ideológico como aquella versión que postulaba, sin discusión, el juicio axiológico favorable de toda norma jurídica positiva; consecuentemente, la actitud exigible al operador o destinatario del derecho debía ser la “dogmática” en cuanto inhibición de toda capacidad crítica respecto al valor implicado infaliblemente en aquella. El neoconstitucionalismo encierra el riesgo de un nuevo dogmatismo en tanto afirma —explícita o implícitamente— que todo lo dispuesto por el constituyente es intrínseca y necesariamente bueno o justo, o mejor aún, replica las exigencias incluidas en la exegética “presunción del legislador racional”, pero ahora respecto del texto constitucional, y en consecuencia concluye que todo lo dispuesto por el constituyente es claro, coherente, justo, útil, completo, etc. No parece demasiado difícil y

(24) ARAGÓN REYES, MANUEL, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en J. Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro, Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y Derecho*, México, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 158.

extraño que la matriz exegética con la que se interpretaron los códigos se proyecte a la Constitución y que, así, se hable de que los métodos para ello son los típicos enseñados por Savigny: el literal, el lógico, el sistemático y el histórico. Precisamente, Forsthoff insistirá en esa visión formalista de la Constitución y Chierchia privilegiará el método sistemático en la interpretación de la misma. Manifestación de ese dogmatismo constitucional puede ser la resistencia a reconocer lagunas, jerarquías o contradicciones en la Constitución, y a postular que ella constituye un "sistema fuerte". Aragón habla de "fetichismo constitucional";<sup>(25)</sup> y ello puede ser una realidad si la palabra del constituyente se asimila a una palabra jurídicamente "revelada". En esa religión por supuesto que serían los constitucionalistas, y más específicamente los jueces constitucionales, los encargados de administrar la palabra y oficiar el culto en el que deben creer todos los juristas, cualquiera sea la especialidad que tengan. La jurisprudencia o doctrina constitucional muchas veces auspicia esa mirada ficticia o irreal sobre la Constitución que no deja margen para detectar insuficiencia alguna; e incluso, el "originalismo" norteamericano en materia de interpretación constitucional<sup>(26)</sup> o el "patriotismo constitucional" de Habermas<sup>(27)</sup> pueden dar pie a ese nuevo dogmatismo irracional. Zagrebelsky, aludiendo a la sugerencia de la "soberanía de la Constitución" en reemplazo de la "soberanía de los Estados" como pieza central del derecho público europeo, manifiesta que "puede ser (...) una importante novedad, siempre que no se espere que el resultado haya de ser el mismo de otro tiempo, es decir, la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegure la unidad política estatal".<sup>(28)</sup>

### 5.5. La des-normativización del derecho

El neoconstitucionalismo ha insistido y potenciado con provecho teórico toda la carga "principlista" que caracteriza a las constituciones contemporáneas. La alternativa que propone Dworkin al "modelo de reglas" hartiano será precisamente un sistema centralmente constituido por "principios". Alexy, cuando contrapone el "legalismo" al "constitucionalismo", reconocerá que aquel —a diferencia de este— enarbola las normas y

(25) *Ibid.*, p. 167.

(26) SCALIA, ANTONIN, *A matter of interpretation*, New Jersey, Princeton University Press, Princeton, 1997.

(27) HABERMAS, JÜRGEN, *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991, y *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Barcelona, Paidós, 1999.

(28) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 13.

rechaza principios y valores. Zagrebelsky, en la misma sintonía, concluye que “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”. Las normas, con su previsión de la hipótesis fáctica y la consecuencia jurídica respectiva, son devaluadas como recurso para el intérprete constitucional frente a las posibilidades que conllevan los principios en tanto derecho concentrado y necesitado de explicitación por medio del juicio creado por el operador en donde se subsuma el hecho que se resuelve apelando al principio en cuestión. Los principios definitivamente amplían la capacidad de respuesta jurídica y permiten no solo entender mejor lo que las normas con su tipicidad disponen, sino ordenarlas y hasta invalidarlas en tanto incurran en contradicción con los principios de donde derivan. La presencia de “principios fuertes”<sup>(29)</sup> remitidos a los derechos fundamentales implica debilitar o poner en interrogantes a las normas, dado que en definitiva ellas se visualizan como medios para satisfacer a aquellos, y coherentemente se sostiene que, en caso de contradicción, deberán prevalecer los principios. El entusiasmo por los principios pregonado por el neoconstitucionalismo puede llevar a marginar a las normas, en tanto que si el jurista se limita a ellas, sabrá menos derecho y tendrá menos capacidad crítica respecto de las mismas. El proceso de desnormativización se revela junto al de descodificación o al de principalización del derecho, y todo el texto constitucional es un buen ejemplo de las posibilidades que ofrece un derecho que se formula a través de principios. Es evidente que el principalismo implica un cambio radical o revolucionario en nuestros sistemas jurídicos de raigambre europea.

### 5.6. La hipermoralización del derecho

La teoría jurídica decimonónica proclamaba un rígido juridicismo en tanto pretendía que el derecho solo se explicaba desde el derecho y, consecuentemente, el jurista no necesitaba, para cumplir su oficio, de moral, economía o política. En particular, esa mirada alentadora de autonomía científica se obsesionaba con separarse de la moral, y bastaba el cuadro clásico tripartito de distinciones (autonomía-heteronomía, unilateral-bilateralidad, incoercibilidad-coercibilidad) para lograr ese objetivo. La pureza juridicista alcanzará un punto culminante con la propuesta científica de Kelsen. Es indiscutible que las constituciones contemporáneas se cargan de principios y valores, y cuando estos se juridizan, una avalancha de moral

(29) Ver mi libro *Los principios jurídicos*, Bs. As., Depalma, 2000.

se introduce al derecho. Recordemos una vez más que para Dworkin los principios son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral”, y que están en el derecho porque cuentan con una validez *per se* o *proprio vigore*, resultando innecesario —como concluye Nino—<sup>(30)</sup> que alguna fuente de autoridad lo consagre explícitamente. Coherentemente Dworkin propone leer la Constitución moralmente. Alexy no solo asimila principios a valores, sino que reconoce que en aquellos hay contenido moral y forma jurídica, y que esa dimensión moral juega cotidianamente en el derecho, amén de reconocer el límite excepcional de “la injusticia extrema” dentro del requerimiento de validez jurídica. El profesor de Kiel no duda en reconocerse no-positivista defendiendo una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, proponiendo en el campo de la operatividad del derecho la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Nino ha rechazado aquella “insularidad” del derecho, y en su última obra procura mostrar el “vínculo justificatorio que el derecho tiene ineludiblemente con la moral: el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral. El reconocimiento de esta última conexión interpretativa entre el derecho y la moral implica descalificar el encubrimiento que la dogmática jurídica y otras alternativas de reconstrucción teórica (...) hacen de la dimensión valorativa de su empresa teórica”.<sup>(31)</sup> A la luz de estas propuestas típicas del neoconstitucionalismo que se complacen en reconocer cuánta moral hay en el derecho, el alerta que se formula es en torno al riesgo que la moral fagocite al derecho o que los juristas se conviertan en moralistas si pretenden entender y operar el derecho conforme a la Constitución, dado que en la moral está el núcleo del derecho. Más allá del espacio institucional que supone el derecho, a la hora de su aplicación, este se torna irrelevante o termina de explicitarse a tenor de la moral. Del imposible sueño de la pureza kelseniana y los distingos tajantes entre derecho y moral, se corre el riesgo de terminar sin distingio ninguno.

### 5.7. La prescindencia del silogismo deductivo judicial

La principalización del derecho ha conllevado una fuerte crítica a las visiones logicistas formales, desde autores como Perelman, que reducen la interpretación jurídica a una lógica no formal o material, o simplemente

(30) NINO, CARLOS S., *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea, 1985, p. 153.

(31) NINO, CARLOS S., *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 128.

retórica, a las nuevas teorías argumentativas en la operatividad del derecho —tan apreciadas por los neoconstitucionalistas—, que sustituyen al silogismo por la ponderación racional. Enseña Dworkin que cuando dos normas entran en contradicción, la elección por una de ellas supone la extinción o invalidación jurídica de la otra, pero que cuando el intérprete opta por uno de los principios que están en tensión procurando su aplicación, el principio desplazado para la resolución del caso no queda afectado en su vigencia jurídica y puede el intérprete recurrir a él en otro caso; no obstante, precisamente el intérprete para poder concretar su opción debe “pesar” a los principios dado que ellos cuentan con la “dimensión de peso (i.e. “*dimension of weight or importance*”). La peculiaridad clásica de la teoría dworkiniana se apoya en el mandato al intérprete para que descubra la “única respuesta correcta” que tiene el caso y que está presente en el derecho vigente. Expresamente Alexy se ha ocupado del modelo de deducción, al que descarta por negar el carácter creativo del que aplica la norma y porque esta muchas veces no existe para el caso; en otros casos, existe más de una norma: a veces la que está disponible resulta vaga y el resultado al que llevaría la norma resulta axiológicamente deficitario. Por eso, en el campo de la interpretación, la propuesta de Alexy es “argumentación”. Pero no se trata de una teoría “analítica” que intente clasificar los argumentos y analizar su estructura, sino de una “teoría normativa que permita por lo menos una cierta valoración de la fuerza o peso de los distintos argumentos y de la racionalidad de la argumentación jurídica”.<sup>(32)</sup> Esa teoría del discurso conduce a la institucionalización del sistema jurídico y a la autoridad del derecho positivo que exige “que se dé prioridad a las razones constitucionales sobre las sustanciales. Sin embargo, solo se trata de una prioridad *prima facie*. Las razones sustanciales pueden tener tal peso en las causas individuales que prevalecen sobre las constitucionales”. Los principios alexyanos son “mandatos de optimización”, en tanto exigen una realización lo más completa posible, según “posibilidades fácticas y jurídicas”, por eso en su aplicación se requiere apelar al principio de proporcionalidad y a sus tres subprincipios: de adecuación y de necesidad —referidos a las posibilidades fácticas— y el de proporcionalidad —en sentido estricto, proyectable al campo de las posibilidades jurídicas—. Es cierto que la conversión del derecho en una práctica argumentativa no implica forzosamente expulsar del derecho a

(32) ALEXY, ROBERT, “La argumentación jurídica como discurso racional”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 231.

la lógica formal y sus silogismos, pero la importancia de ellos se reducen significativamente, pues la atención se desplaza desde la “justificación interna” a la “justificación externa”, y lo decisivo es encontrar soluciones correctas. Los neoconstitucionalistas —como Zagrebelsky— retoman las enseñanzas clásicas de la prudencia y promueven una fuerte desconfianza a la formalización del derecho apegada a los silogismos, dado que el derecho debe ajustarse a las peculiaridades del caso y ello supone la presencia de valoraciones. El entusiasmo argumentativo extendido entre los neoconstitucionalistas puede llevar al olvido del silogismo y sus reglas, lo cual supone un marginamiento injustificado de estructuras que controlan formalmente al razonamiento, incluido el prudencial o el retórico.

### 5.8. La prescindencia de la ciencia jurídica

El modelo de ciencia jurídica que se promovió en el siglo XIX, y que encontrará su matriz definitiva en las enseñanzas del Círculo de Viena, precisó como su objeto el describir y sistematizar al derecho positivo vigente, excluyendo las tentaciones no científicas de valorar o proponer soluciones jurídicas de *lege ferenda*. Ya hemos recordado que Nino ha denunciado con fuerza la esterilidad de ese modelo científico que siguieron Kelsen, Ross o Alchourrón-Bulygin, y propone admitir en la mirada epistemológica las dimensiones axiológicas o críticas. El saber jurídico consistente con las tesis neoconstitucionales encuentra su mejor lugar en la perspectiva iusfilosófica o en el ámbito de la aplicación o determinación racional del derecho para los casos concretos. El juez y filósofo Hércules propuesto por Dworkin se constituye en el mejor paradigma para conocer el derecho, y los restantes neoconstitucionalistas también privilegian el punto de vista interno a la hora del conocimiento integral y correcto del derecho. Un propósito cognoscitivo reducido a describir “objetiva y exactamente” al derecho positivo, como pretendió la teoría pura kelseniana, no dejaba lugar para miradas propiamente iusfilosóficas; tampoco le quedaba mucho espacio a esta disciplina en la teoría científica de Ross reducida a “precisar el lenguaje de la ciencia jurídica”.<sup>(33)</sup> El momento aplicador o interpretativo del derecho entendido como mero acto de voluntad —según Kelsen— o fruto de la ideología irracional —en Ross— es otro de los tópicos que combatirán los neoconstitucionalistas enarbolando la bandera

(33) Ver mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey)*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1991 (2ª ed.), *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis)*, Bs. As., LexisNexis, 2006.

de la razón práctica argumentativa capaz de encontrar la “única respuesta correcta” (Dworkin) o apostar a la “única respuesta correcta como idea regulativa”(Alexy). Zagrebelsky —como vimos— plantea explícitamente la contraposición de la “*scientia juris*” con la “*juris prudentia*”:

... 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.<sup>(34)</sup>

También Ferrajoli se ensaña con aquel tipo de ciencia jurídica neutral y descriptiva, y promueve una ciencia activa, crítica y promotora de cambios. Desde la perspectiva epistemológica auspiciada por el neoconstitucionalismo ha quedado muy poco de aquel modelo de saber definido en el Círculo de Viena, y consiguientemente se impone al jurista un trabajo de dilucidación de valores, funciones o finalidades que requiere el tránsito por la filosofía jurídica que se torna inescindiblemente y genéricamente práctica, pero además exige del jurista propuestas de cambio y reforma que implican instalarlo racionalmente en el ámbito de la creación del derecho. El riesgo es que todo el empeñoso esfuerzo por sistematizar y describir al derecho positivo vigente que caracterizó a nuestros grandes maestros universitarios, quede arrumbado como un saber carente de interés cognoscitivo jurídico. Aunque no se adhiera al reductivismo científicista, no caben dudas de que la ciencia jurídica es un abordaje necesario y posible para conocer el derecho, y precisamente el neoconstitucionalismo, con su preocupación principialista y por la equidad o justicia del caso, puede generar rechazo o distanciamiento a ese nivel noético.

### 5.9. La pérdida de seguridad jurídica

Este valor tan típicamente decimonónico desaparece o se diluye fuertemente en las teorías neoconstitucionalistas en tanto ellos optan privilegiadamente por la equidad o la justicia. Es cierto que Kelsen también había despotricado contra la seguridad jurídica, pero el fundamento era

(34) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 123.



el decisionismo volitivo o irracional por el que transitaba la resolución judicial. En el neoconstitucionalismo hay una apuesta muy confiada en la razón práctica del operador del derecho capaz de operar con los principios y valores en tensión y buscar la correcta solución que exige cada caso. Alexy, más allá de que rechaza en nombre de la seguridad jurídica a un eventual derecho constituido solo por principios y promueve la presencia también de reglas, no se amilana en suscribir la fórmula radbruchiana de la "injusticia extrema no es derecho", y consiguientemente, adhiere a la posibilidad de que ciertas normas —incluidas las constitucionales— que han cumplido todas las exigencias formales previstas en el sistema jurídico vigente no logren nacer al derecho. La presencia necesaria en el derecho de este límite para el derecho positivo, explica que no haya problemas de retroactividad de las leyes en el caso de la legislación nazi o de las que autorizaban a matar a los guardianes del muro de Berlín, dado que estas reglas por su "injusticia extrema" no habían llegado a nacer al derecho, no obstante su consagración formal. La razón práctica "neoconstitucionalista" está en condiciones de ponderar o valorar y encontrar o confiar en lograr la mejor respuesta para cada caso, y por eso la posibilidad de regular anticipadamente la solución que tiene cada caso es olvidarse de la presencia de los principios indeterminados y de lo que aportan los casos al contenido de las normas. A la pretensión propia de la seguridad jurídica de conocer anticipadamente las consecuencias que pueden derivarse de los comportamientos que realicemos a tenor de las normas vigentes, se la condiciona a que ellas no superen el umbral de la injusticia extrema porque, en tal supuesto, aplicarlas implica asumir un "riesgo" (Alexy) que consiste en la posibilidad de que nos hagan responsables jurídicamente con posterioridad, y también a la posibilidad de obtener plurales y diversas respuestas a partir de distintos principios jurídicos. Una buena prueba de hasta donde impera hoy en la cultura judicial la necesidad de buscar soluciones justas en cada caso puede ser el art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano aprobado por las 22 Cortes Supremas de Ibero América en tanto ahí se dice que los jueces "sin perjuicio del respeto a la legalidad estricta deberán resolver los caso con equidad procurando atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables". Podemos coincidir en no reducir la axiología jurídica a la seguridad jurídica,<sup>(35)</sup> pero nos parece casi una renuncia a las conquistas de

---

(35) Ver mi artículo "Aproximaciones a la seguridad jurídica", en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de España, año III, n° 6, febrero 1998.

la modernidad suprimir directamente ese valor y confiar dogmáticamente en la razón justa del juzgador, aunque este sea el constitucional.

### 5.10. La jurisprudencia como única fuente del derecho

El “desbordamiento de las fuentes del derecho” denunciado por Pérez Luño<sup>(36)</sup> es puesto de relieve y también promovido en la jurisprudencia constitucional. Si en la Constitución está todo el derecho, el mejor “Boletín oficial” que garantice la publicidad del derecho y su prohibición de alegar la ignorancia, se convierte en esa jurisprudencia constitucional; de ese modo, las restantes fuentes son apenas proyectos de derecho vigente condicionado a la confirmación o corrección que le formulen los jueces constitucionales. En sintonía con las tesis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, las sentencias constitucionales han ido creciendo en variedad y audacia dejando muy atrás la propuesta kelseniana del “legislador negativo”. Así —recordemos una vez más— es posible encontrar sentencias que dan la única interpretación constitucional posible para la impugnada ley, que le agregan o suprimen texto a la ley, que le reclaman al legislador cambios en contenido o directamente su derogación, que distinguen entre declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que confieren plazos para la vigencia de una ley luego de haber sido declarada inconstitucional, o que no declaran la inconstitucionalidad solo atento a las consecuencias económicas o sociales que puede acarrear esa declaración, etc. La conclusión de la escuela de la jurisprudencia sociológica norteamericana de que el derecho es lo que los jueces dicen que es, ya no está tan lejos del derecho europeo continental. Incluso autores como Aarnio reformula la definición de fuentes del derecho como “toda razón que puede ser usada como base justificatoria de la interpretación”,<sup>(37)</sup> lo que refuerza el riesgo de reductivismo jurisprudencial en tanto el derecho o sus fuentes se asimilan a los argumentos que justifican las decisiones judiciales válidas. La doctrina constitucional norteamericana que postula una “constitución viviente” (*living constitution*) implica ir a reconocer en la jurisprudencia constitucional lo que ella va siendo “al ritmo de los tiempos y cambios generacionales”. Si aplicar el derecho es descubrirlo “en la perspectiva hermenéutica de Kaufmann, suena coherente la visión

(36) PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

(37) AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 123.

lagunosa que Larenz tiene del sistema jurídico en tanto cada caso cuenta con una especificidad que descarta la ilusión de una previa respuesta completa y claramente dada. La tarea del jurista se sintetiza en encontrar respuestas correctas justificadas argumentativamente, con la advertencia que fuera de aquellas soluciones necesarias o las racionalmente imposibles, queda un amplio espacio para aquellas simplemente posibles. Desde esa perspectiva, Andrés Ollero, preocupado por los iusnaturalistas que piensan con un modelo que pone en paralelo al derecho natural, los convoca a “desdramatizar el positivismo jurídico” e incluso se atreve a postular cierto “iusnaturalismo inclusivo” porque, en definitiva, el derecho sin más, es algo concreto e histórico mientras que la ley es una medida abstracta y suprahistórica.<sup>(38)</sup> En ese marco teórico parece ausplicable que los juristas se dedican a estudiar el derecho jurisprudencial y constatar en qué medida el caso que los convoca guarda analogía con algunos de los casos ya resueltos. También aquí podemos advertir que por el camino de la constitucionalización podemos estar produciendo subrepticamente una verdadera revolución jurídica y política en el Estado de derecho que Europa ha construido y nosotros heredado.

### 5.11. La supresión o el debilitamiento del Estado

El iuspositivismo decimonónico encontró en el Estado soberano un apoyo decisivo para su teoría, y en particular las constituciones nacionales fueron la piedra basal por excelencia desde la cual se forjaron y se expresaban los Estados. La asimilación kelseniana del Estado al orden jurídico total, viene a inscribirse en sintonía con aquella visión de los derechos positivos adscriptos a determinados Estados nacionales. Sin embargo, es evidente el proceso creciente de globalización o fortalecimiento del derecho que surge más allá de sus fronteras y que no pide autorización expresa a ningún órgano para su entrada en vigencia o que incluso corrige a las decisiones jurídicas generadas en el intérprete final de la Constitución nacional. Ferrajoli preguntándose por el futuro del Estado de derecho entiende que uno de los desafíos

... es el dirigido a la dimensión constitucional del Estado de Derecho por la pérdida de soberanía de los Estados por el desplazamiento de las fuentes del Derecho fuera de sus confines y por el

---

(38) OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados 1996, p. 306 y *Derechos Humanos (entre la moral y el derecho)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 315 y ss.

consiguiente debilitamiento del papel garantista de las Constituciones nacionales. Frente a estos procesos, la única alternativa al ocaso del Estado de Derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se ha desplazado el poder y las decisiones: por un lado, un constitucionalismo europeo y, por el otro, un constitucionalismo internacional, idóneos para limitar el absolutismo de los nuevos poderes.<sup>(39)</sup>

El “derecho constitucional común europeo”, integrado por “un conjunto de principios constitucionales particulares que resultan comunes a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivizados como si no”, tiene en Peter Häberle un decidido impulsor: lo complementa con su método interpretativo “comparativo” orientado a descubrir la matriz común europea.<sup>(40)</sup> Esa quiebra tan visible de los Estados al ritmo de globalización e integración, se refleja en el elocuente dato que el 80% del derecho vigente en los Estados europeos proviene de órganos comunitarios, y en nuestro continente, al menos en materia de derechos humanos es claro que la última palabra jurídica ya no la tienen nuestras Cortes Supremas sino la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que es desde esa jurisprudencia que cabe interpretar los textos constitucionales en esa materia. La idea de la soberanía, centrada en Bodin en la “*potestas legibus solutus*”, resulta resistida claramente por el neoconstitucionalismo; por eso, Ferrajoli impugna la noción de soberanía y plantea tres cuestiones a su propuesta de un “constitucionalismo global”:

- 1) la ausencia de garantías judiciales en el nivel internacional;
- 2) el cambio de lugar de las respectivas garantías constitucionales como consecuencia del debilitamiento de la soberanía estatal; y
- 3) la posibilidad de un derecho de asilo como contrapeso de la concepción estatista de los derechos humanos derivada de la ciudadanía.

(39) FERRAJOLI, LUIGI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)* op. cit., p. 24.

(40) HABERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Zagrebelsy plantea que, en los Estados pluralistas actuales, "antes que de soberanía de la Constitución sería más adecuado hablar de Constitución sin soberano". Han ido apareciendo, como una consecuencia lógica del constitucionalismo, constituciones supranacionales o transnacionales con tribunales respectivos con competencia para decir la última palabra jurídica. La crisis de la supremacía de la Constitución es el fortalecimiento de las constituciones regionales o comunitarias, pero esto puede ser peligroso en las relaciones internacionales en tanto posibilite la prevalencia de los Estados poderosos.

### **5.12. La absorción por el derecho de toda ética social**

El pluralismo es un dato de las sociedades contemporáneas, y ello conlleva un politeísmo axiológico o la pérdida de valores comunes. El riesgo es que se avale que no hay espacio para otra ética social que la consagrada por el derecho, y en especial aquella consagrada por la Constitución. Ese juridicismo ético implica pedirle demasiado al derecho y a los juristas, pues la experiencia confirma que, para que funcione el derecho y se logre el "buen vivir social", es necesario consolidar en los comportamientos sociales voluntarios valores que se orienten al más integral respeto y cooperación. Es ingenuo pretender que las normas jurídicas se van a respetar solo por la amenaza de la coerción; por eso, incluso para la mayor eficacia jurídica se requiere una educación ciudadana que aporte consenso al mismo derecho. Pero además, si bien el derecho es un instrumento poderoso para la vida social, se requiere la colaboración de la ética social o aplicada a punto tal de que, si se logra que esta sea aceptada, seguramente se tornará menos importante el papel del derecho. Este es un mínimo ético y tiene básicamente por objeto las conductas más trascendentes para la vida social posibles de ser impuestas coercitivamente, pero la ética, al buscar excelencia o máximos, no solo reclama que cumplamos las conductas jurídicas con intención acorde, sino que además pretende otras conductas más exigentes que al derecho no le corresponde ni puede prescribir. La tarea del derecho es procurar "buenos ciudadanos", mientras que la moral busca "buenas personas". Dice Habermas, peligrosamente, que la moral ya no flota fuera del derecho sino "emigra al interior del derecho positivo",<sup>(41)</sup> y entonces el riesgo es que la moral permitida sea aquella consagrada por la Constitución,

---

(41) HABERMAS, J., "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Paidós, 1991, p. 168.

o sea una especie de juridicismo ético donde los problemas éticos se resuelven a través de normas jurídicas u órganos con competencia jurígena. Prieto Sanchís se hace cargo de que algunos neoconstitucionalistas ven en la Constitución “el compendio de la moral pública de la modernidad”.<sup>(42)</sup> Así, bastaría que se dicte una norma constitucional que fije una opinión ética para que esta, y solo esa, quede respetada jurídicamente, y para que, por ende, quien opine lo contrario, asuma el riesgo de la ilegalidad o, mejor dicho, de la antijuridicidad. Las opciones morales pueden quedar en manos del derecho, o de la Constitución y sus intérpretes, lo cual puede implicar una grave afectación a la libertad ciudadana en aras de la uniformidad axiológica constitucional o del “nacionalismo cívico” (Rawls).

### 5.13. El hiperrealismo jurídico

A la constitucionalización, al “rematerializar” el derecho impregnándolo de valores y moral, le cuesta digerir aquellas respuestas jurídicas que solo se apoyan en valores formales y que son fuente muchas veces de injusticia o incompreensión para el ciudadano común ajeno a las formas, pero preocupado por respuestas justas sustancialmente. En sintonía con el neoconstitucionalismo, es probable que los juristas busquen debilitar o superar todo el capítulo de ficciones o presunciones en tanto creaciones o mentiras consagradas por el derecho, pero carentes de apoyo en la realidad. Un ejemplo paradigmático de lo que decimos es la presunción *jure et jure* —que el derecho es conocido luego de ser publicado—, respecto de la cual se levantan críticas muy fuertes, que reclaman un derecho más humano y realista. Seguramente la Constitución posibilita variedad de argumentos para poner en crisis aquella presunción y otras consagradas en nuestros clásicos Códigos, que se orientan a brindar respuestas generales y previsibles evitando que el derecho caiga en un casuismo judicial. La ley, con su propósito generalizador, impone soluciones que llegan a ser irracionales o dogmáticas en ciertos casos, y precisamente, el neoconstitucionalismo puede convertirse en un llamado inflexible e intransigente con respuestas que no superen el test de realismo o de razonabilidad intrínseco a toda Constitución axiológizada. Mientras que nuestros Estados de derecho legal se forjaron y consolidaron con presunciones como la presunción del conocimiento de la ley publicada, a los que los respectivos jueces ordinarios aplicaban sin

(42) PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 105.

demasiados reparos teóricos, los jueces constitucionales movilizados por la equidad y la justicia, tan íntimamente impulsadas por las constituciones, fueron sensibles a ese llamado de la realidad. Buen ejemplo de lo que decimos puede ser el de la Corte Constitucional Italiana que, por sentencia N° 364/1988, archivó la ignorancia *legis* en materia penal.

#### 5.14. El derecho asistemático o aporético

La ciencia jurídica moderna propuesta por Savigny reclamó centralmente un derecho normativo fuertemente sistémico, que:

- a. defina con claridad sus límites o unidad;
- b. consagre la jerarquía normativa;
- c. incluya todas las respuestas jurídicas necesarias para la resolución de los casos a presentarse;
- d. carezca de antinomias o estas sean fácilmente solucionables, en los casos en los que eventualmente pudieran aparecer;
- e. luzca económico o sin redundancias normativas.

Ese sueño sistémico alcanzó una notable perfección teórica con Kelsen y su exitosa pirámide. El neoconstitucionalismo se preocupa por encontrar la mejor respuesta jurídica para cada caso apelando para ello a los indeterminados valores, principios o derechos fundamentales, y por ende, no suscribe los intentos de sistemas apriorísticos o fuertes que supongan respuestas no ajustadas al problema jurídico. En definitiva, es una teoría que tiene fácil sintonía con las visiones débiles o abiertas de los sistemas (Canaris), en tanto lo que se privilegia es el problema y su solución, a partir de los cuales es posible que quede delineada una perspectiva sistémica modesta de todo el derecho, pero que sin embargo sufrirá todas las modificaciones que impongan los otros casos. El juez Hércules dworkiniano, cuando se enfrenta al problema, debe enfrentar la sobrehumana tarea de reconstrucción ordenadora del derecho generado a lo largo del tiempo en su sociedad procurando que triunfen los principios y ocultando (“mintiendo”) aquellas soluciones que resulten incoherentes. Los principios alexyanos resisten un orden apriorístico y requieren ser ponderados en cada caso. Los principios están en colisiones y no hay solución fija ni puntos de equilibrio (Zagrebel'sky), porque lo decisivo será el caso. Así, a fuerza de neoconstitucionalismo —y, consiguientemente, de prudencia—, principios y equidad, puede diluirse totalmente aquella visión ordenada del derecho vigente alentada desde nuestros ámbitos académicos y profesionales, quedando

el derecho vigente peligrosamente reducido a una sumatoria de soluciones jurisprudenciales paralelas idóneas para resolver casos análogos.

### **5.15. La concreción institucional de "reformas" constitucionales**

Las constituciones rígidas contemporáneas incluyen formas o procedimientos preestablecidos especiales que las resguardan de "reformas" diseñadas por los poderes constituidos, pero contrarios o no aceptados por el poder constituyente. Es indudable que el camino de la interpretación constitucional es muy apto, y fácil para su desborde e introducir cambios en la Constitución marginando el procedimiento previsto a tales fines. Incluso la línea interpretativa del "no originalismo" norteamericano auspicia aquel derecho que tiene cada generación de darse su propia Constitución, lo que se facilita si es que "la Constitución es lo que los jueces dicen que es". La distinción dworkiniana entre concepto y concepciones por supuesto que es muy difícil de proyectar en concreto, y ofrece la alternativa de posibilitar que el intérprete no solo imponga su concepción, sino que esta impacte en el mismo concepto en juego. Las teorías procedimentalistas, al contemplar exigencias formales que preserven la racionalidad de los resultados interpretativos, brindan un camino generoso para los cambios sustanciales en la Constitución. Es muy peligrosa la idea auspiciada por cierta doctrina norteamericana de que la Corte es una especie de poder constituyente permanente, lo que posibilita que la Constitución se torne algo viviente y que cada generación tenga la mejor Constitución. Por supuesto que el intérprete conoce y recurre a un gran repertorio de medios para que su tarea quede cubierta bajo el legítimo manto de la interpretación, pero que a poco se profundice la mirada sutil o no dogmática podrá descubrirse frecuentes alteraciones creativas y no meramente interpretativas. Esas posibilidades se incrementan si el intérprete constitucional queda habilitado para suplir lagunas constitucionales o declarar inconstitucionales ciertas normas constitucionales.

### **5.16. La politización del Poder Judicial**

Los poderes judiciales establecidos en el marco del Estado de derecho legal se integran por profesionales del derecho a los que se les reclama conocer el derecho, estableciendo, además, diferentes y terminantes incompatibilidades con la actividad política. Si es cierto que la Constitución encierra "mundos constitucionalmente posibles", como señala Zagrebelsky, es muy importante quien tiene el poder de elegir e imponer entre esas



alternativas. De ahí que se ha señalado que una Corte constitucional es algo demasiado trascendente como para dejarla en manos de “burócratas forenses”, como ha afirmado Vanossi, y se pretende que sus miembros tengan visión de Estado. Las interferencias y criterios de afinidad políticas en la elección de los jueces constitucionales se toleran y justifican, incluso se llega a auspiciar que se hagan explícitas esas orientaciones políticas de los jueces como para que en el tribunal quede reflejado el pluralismo de la vida social y política. Ese marco encuentra sintonía con un proceso creciente y cada vez más visible de la llamada judicialización de la política, que torna más sospechoso o desembozado las lealtades o simpatías políticas. Si es verdad, entonces, que jueces y política se encuentran por lo querido por la Constitución, el modelo del juez aséptico y profesional se debilita y deja de ser atractivo por la constitucionalización del derecho vigente. Algunos doctrinarios llegan a reclamar que el juez sincere sus forzosas afinidades políticas para, de ese modo, evitar sorpresas y garantizar limpieza en los procesos de selección. Por sobre miradas académicas, lo que cabe preguntarse es qué piensa el ciudadano común respecto de jueces que hacen explícitas sus preferencias políticas.

### ***5.17. El Poder Judicial como Poder Administrador***

El protagonismo judicial no solo puede afectar al Poder Legislativo sino también alcanzar al otro Poder del Estado, o sea al Poder Ejecutivo. He leído en algún autor una conclusión que, en parte, se pretendía descriptiva, pero que al mismo tiempo traducía cierto auspicio; ella expresaba que el siglo XIX fue el del Poder Legislativo, el siglo XX el del Poder Ejecutivo, pero el XXI sería el del Poder Judicial. Por sobre pronósticos, es evidente que es posible leer en la Constitución requerimientos o modos de actuación del Poder Ejecutivo, y consecuentemente, no es ilógico que se impongan al mismo ciertos deberes o prohibiciones. Ello mucho más cuando se advierte la crisis de las llamadas “cuestiones políticas” exentas del control jurisdiccional, y aumenta la presión para que se satisfagan los llamados derechos humanos económicos, sociales y culturales. Cada vez más se deciden judicialmente problemas que tienen que ver con el manejo del Presupuesto o con lo propio del Poder Administrador, y el ciudadano o el empleado público sabe que a los fines de lograr que se respeten sus derechos o se satisfagan sus pretensiones cuenta con instancias judiciales cada vez más independientes. Incluso, en muchos países de nuestra región, existe una opinión pública que supone que los mejores jueces son aquellos que dictan sentencias contra el Ejecutivo, lo cual

puede generar una tentación de protagonismo judicial a fuerza de condenar a los gobernantes de turno aunque tengan razón. En definitiva, el neoconstitucionalismo puede promover jueces que, en nombre de la Constitución, sustituyan o impongan al Administrador criterios que propiamente no son los aconsejables desde el punto de vista del bien común.

### 5.18. *Etnocentrismo cultural*

La Constitución se ha erigido en Occidente en un signo de civilización; incluso, la misma fórmula del Estado de derecho constitucional o Estado de derecho fuerte encierra un evidente juicio de valor en tanto el gobierno del derecho es muy superior o preferible al gobierno de los hombres (“*Rule of law not of men*”). Y si la Constitución contiene los valores básicos de la vida social, no caben dudas de que ella no solo transmite una forma de gobierno, sino —y especialmente— una cierta cultura (Miguel Carbonel). El mensaje que la opinión pública comparte es que un Estado sin constitución, al modo de las vigentes en Europa o EEUU, es un Estado marginado del progreso y del futuro. El riesgo evidente de esa expansión de un cierto tipo de Constitución y constitucionalización es el de suprimir otras culturas ajenas a la tradición occidental, o sea, el peligro de que aquella se convierta en el arma predilecta para practicar —consciente o inconsciente— un inequívoco etnocentrismo cultural. La Constitución que se difunde es la inventada por Occidente y, por ende, Occidente pretende imponerse por sobre cualquier otra variante de organización social y política. Así, el neoconstitucionalismo, no obstante ser una teoría que responde a un cierto contexto histórico y geográfico, puede llegar a enarbolarse como el modelo imperial a seguir por todos los pueblos que busquen la civilización y no la barbarie. Los constitucionalistas promueven como método interpretativo de sus constituciones el “comparativo”, de manera que deben alentarse las opciones que mejor se concilien con el derecho constitucional de los pueblos con mejor calidad constitucional. También los constitucionalistas, al auspiciar procesos regionales o mundiales de constitucionalización, obviamente que tienen presente sus modelos constitucionales y culturales.

## 6. Algunas prevenciones frente a los riesgos señalados

Ya hemos adelantado que la precedente nómina de riesgos implícitos en la lógica de la constitucionalización y del neoconstitucionalismo no tiene el propósito de alentar la vuelta al Estado de derecho legal; por el contrario, creemos que aquel proceso “descubierto” por Europa en la segunda

mitad del siglo, e incluso nuestra propia práctica profesional como jueces constitucionales, conlleva el firme propósito de que prevalezca la Constitución. Pero de todas maneras nos interesa preservar el diseño democrático constitucional, y estamos convencidos de que no es bueno para la sociedad ni para el derecho que algún Poder prevalezca descontroladamente sobre los otros. Por eso es que nuestra intención es simplemente subrayar algunos potenciales riesgos que pueden concretarse si nos dejamos arrastrar irracionalmente en una lógica inercial desplegada en nombre de la Constitución. Es que nuestros ámbitos académicos se mantienen en sus prácticas habituales y no resulta fácil lograr que las alteren prestando atención a nuevas realidades que exigen otras miradas y lugares. Se torna urgente que en primer lugar nuestros profesores —aunque también todos los actores sociales— reaccionen frente a la realidad a los fines de describirla pero también valorarla y procurar orientar su mejor desarrollo. Parte de la responsabilidad académica incluye esa tarea previsor y orientativa, y para eso no podemos descuidar al derecho vivo y seguir enseñando que el derecho se reduce a normas que se explican con las mismas teorías que se usaron en el XIX. Desde esa perspectiva nos proponemos a continuación indicar algunos remedios o terapias que pueden y deben asumir todos los que tienen responsabilidad social en orden a controlar o superar los riesgos señalados. Se trata también de una lista que podríamos haber simplificado, pero que mantenemos en una versión algo redundante en razón de la variedad de destinatarios y la importancia de la cuestión. Por supuesto que aquí, como en el punto anterior, el orden indicado de los ítems no implica importancia, aunque ellos tengan distinta relevancia.

### 6.1. Mejor técnica legislativa

García de Enterría constata que “la legislación actual tiende a la ocasionalidad y la confusión”<sup>(43)</sup> y Díez-Picazo, además de la inflación legislativa, denuncia: “Son, además, como todos sabemos muy bien, leyes dictadas en ocasiones muy concretas para reponer a estímulos y problemas cotidianos... Son leyes hechas de prisa, con escasa técnica legislativa, de las que puede decirse que no tienen ayer y que no tienen mañana”.<sup>(44)</sup> Por su

---

(43) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La democracia y el lugar de la ley”, en *La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, p. 91.

(44) Díez-Picazo, Luis, “La justicia y el sistema de fuentes del derecho”, en *La vinculación del juez a la ley*, *op. cit.*, p. 216.

parte, Zagrebelsky no duda en concluir: “la época actual viene marcada por la ‘pulverización’ del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal”.<sup>(45)</sup> En 1984 Manuel Atienza, un tanto categóricamente, concluía que había que ayudar a construir “una teoría y técnica de la legislación de la que, hoy por hoy, se carece”;<sup>(46)</sup> la racionalidad integral del legislador seguramente restringirá los márgenes del intérprete, pero para ello se torna urgente trabajarla y ordenarla en sus dimensiones: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. En definitiva hay absoluta coincidencia sobre la “crisis de la ley”,<sup>(47)</sup> que, genéricamente, tiene que ver con el traslado de poder que supuso el nuevo paradigma del Estado social y que, puntualmente, abarca: la falta de funcionalidad de la ley procesal; leyes que no procuran fines generales sino concretos; leyes con “objetos múltiples”; leyes de “partidos políticos”; leyes inestables; leyes contradictorias; etc. El constitucionalismo impone adoptar una racionalidad que compartan legisladores, jueces, doctrinarios y gobernantes en general. El modelo de ley que surge de Francia y que tan paradigmática y extremadamente expusiera Rousseau, es una ficción que se apoyaba en el dogma de un legislador racional que no necesitaba justificarse dado que no tenía posibilidad de equivocarse; pero precisamente la presencia de la Constitución rematerializada, como la de la jurisprudencia constitucional, requiere de una mejor técnica legislativa. El simple y conocido ejemplo antes aludido de la evidente despreocupación por la técnica legislativa lo constituye el recurso de “derogar toda disposición que se oponga” a la ley sancionada, lo cual, más que resolver el problema, lo transfiere a otro momento y a otros responsables.

## 6.2. Leyes más modestas

Desde la perspectiva del dogmatismo exigido al jurista y la prohibición de discrecionalidad para el juez, la ley garantizadora de la seguridad jurídica debía estar constituida por reglas que sirvieran de premisa mayor para el juicio subsuntivo judicial. Sin embargo, la riqueza de los casos y la presencia de principios y valores constitucionales que no cuentan con supuestos de hechos ni jerarquías apriorísticas destruye por inviable aquella

(45) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 37.

(46) ATIENZA, MANUEL, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1984, p. 9.

(47) Para un panorama amplio y actualizado, puede consultarse con provecho MARCILLA CORDOBA, GEMA, “Racionalidad legislativa (Crisis de la ley y una nueva ciencia de la legislación)”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

pretensión de automatismo judicial. Por eso, para proporcionar una seguridad jurídica posible y evitar soluciones que en ciertos casos se tornen groseramente disvaliosas, se requiere de leyes más modestas que no dejen librado a los criterios del juzgador la solución que se le ocurra sino que establezcan márgenes para la misma, de modo de no perturbar que el derecho responda efectivamente al bien o interés de todo hombre. Resulta así irreal y axiológicamente peligrosa la sanción de códigos con más de 4.000 artículos que pretendían contener la totalidad de las soluciones a todos los casos a presentarse, e incluso la paradoja inexorable de esas leyes tan “seguras” era que finalmente aparecía un caso que racionalmente exigía su apartamiento, y quedaba principalmente en manos de la Corte Suprema la trabajosa tarea de “violarla” en nombre de valores o principios, la que fácilmente despertaba adhesión ciudadana. Por eso se requiere de leyes principialistas que, de algún modo, completen la indeterminación del constituyente, pero no con la intención de cerrar toda determinación judicial sino de fijarle límites a la misma. A manera de ejemplo, recurramos a uno de la jurisprudencia argentina en torno al trasplante de órganos entre hermanos que según la ley exigía los 18 años en el donante, pero llegó un caso en el que solo restaban dos o tres meses para cubrir ese requisito legal, y entonces la alternativa absurda era decirle a la donante que soportara la pérdida del hermano en nombre de la salvación del rigor legal, por lo que la Corte Suprema, luego de constatar la libertad psicológica, del donante autorizó la donación. Pues entonces lo mejor no era una ley que diera una solución inequívoca anticipada para todos los casos o que autorizara al juez hacer lo que quisiera, sino aquella que convalidara los pedidos de donación de órgano una vez que se haya acreditado la libertad real del donante.

### ***6.3. Más argumentación justificatoria en la producción autoritaria de las normas***

La cultura jurídica decimonónica prescribió en sus códigos civiles el modo en que debía proceder el juez cuando aplicaba una ley, y concretamente establecía ciertos métodos interpretativos —gramatical, lógico, histórico y sistemático— que garantizarían el “desentrañamiento del sentido de las normas”. Dichas técnicas eran instrumentos para hacer prevalecer la voluntad del legislador por parte del juez que nada creaba para el derecho. Así la teoría interpretativa vigente lucía de una aparente simplicidad y facilidad pero que pecaba de una gran dosis de ingenuidad e irrealdad. Precisamente en la segunda mitad del siglo XX y sobre

todo en las tres últimas décadas, uno de los capítulos de la iusfilosofía que más ha crecido en cantidad y calidad ha sido todo el tema de la argumentación, que, en buena medida, coincide con el viejo tema de la interpretación. Recordemos que Tarello elabora una lista de argumentos que alcanza a los 15, mientras que Perelman los reduce a 13. Más aún, algunos autores (Dworkin, Atienza, etc.) llegan a proponer un concepto interpretativo del derecho o a reducir el derecho a una “práctica argumentativa”: es que en buena medida el derecho ha sido inventado para resolver problemas jurídicos y lo decisivo es la justificación racional que lucen esas soluciones. Validez jurídica remite, en última instancia, a justificación racional, o sea a requerir de la respuesta jurídica que cuente con los argumentos suficientes que la respalden (recordemos una vez más a Aarnio cuando propone un nuevo concepto de “fuentes del derecho” que se asimila a esos argumentos justificatorios utilizados por los jueces). Alexy propone una “teoría de la argumentación jurídica” que contiene 28 exigencias orientadas a asegurar procedimentalmente la racionalidad de la respuesta. En este marco de preocupación por la justificación racional de las decisiones judiciales, cabe destacar el esfuerzo volcado en torno a la “epistemología judicial fáctica” (Taruffo, Gascón Abellán, etc.), un tema que, a fuerza de normativismo, la teoría interpretativa tradicional había ignorado. Todos esos aportes destinados a dotar de racionalidad a la decisión jurídica autoritativa no se reducen al juez sino que pretenden extenderse a toda autoridad, incluso la legal porque de ese modo lo ordenado ganará en firmeza y podrá pretender aceptación racional voluntaria. Es oportuno destacar que la invocación de principios no es sinónimo de arbitrariedad ni de imprevisibilidad; por el contrario, un trabajo apropiado de esclarecimiento y uso de los mismos puede brindar apropiada y anticipada determinación (Prieto Sanchís, Moreso, Ollero, García Entrerría, etc.). En síntesis se requiere que la cultura jurídica —especialmente, la académica y la judicial— asuma con seriedad el tema de la argumentación y le preste la atención que se merece, pero no repitiendo enseñanzas superadas sino enriqueciéndolas con la variedad de propuestas que la doctrina ofrece en la actualidad.

#### ***6.4. Más estudio y control sobre la jurisprudencia***

Si los jueces crean derecho, es evidente que si pretendo conocer el derecho, debo conocer el derecho que sigue después de la ley. El derecho es una obra colectiva que positivamente origina el constituyente pero concluyen los jueces; por eso, una cultura jurídica asimilada a cultura de la ley ignorará al derecho integral. Esta exigencia impone que nuestras

universidades establezcan curriculas en donde se estudie no solo a la ley, sino a la jurisprudencia que es otro modo —mucho más realista— de estudiar a la misma ley en cuanto se la ve en movimiento o en su compleja y potencial capacidad resolutoria. Y este estudio o análisis de la jurisprudencia apela no solo a la jurisprudencia nacional sino también a la supranacional o comunitaria. Recordemos que, según las enseñanzas de la hermenéutica, la norma sin el caso está incompleta y los hechos que son resueltos por esa norma son integrativos de la misma, a punto que, para conocerla totalmente, resulta necesario apelar a su texto normativo y a los casos. Así, por ejemplo, si me limito a conocer el texto de la ley que regula la caducidad de instancia e ignoro cuáles son los actos a los que les reconoce o no capacidad impulsora del proceso, puedo concluir que aún no conozco toda la ley. Esa atención que pretendemos especialmente de nuestras universidades en torno a la jurisprudencia no solo permitirá conocer todo el derecho, sino también posibilitará valorarla y reclamar la responsabilidad a los jueces por lo que “hacen” con el derecho al declararlo. Es un hecho evidente que encontramos distintas líneas jurisprudenciales o votos en mayoría o minoría dentro del mismo tribunal, por lo que se torna urgente que se estudien críticamente esas decisiones como para enriquecerlas y auspiciar rectificaciones o seguimientos justificados. Con el solo propósito de rechazar la ya inconcebible tesis que la jurisprudencia nada crea de derecho, traigamos a colación una aproximación interesante a la jurisprudencia que sugiere Laporta<sup>(48)</sup> —valiéndose de enseñanzas del *common law*— a tenor de la cual distingue entre *ratio decidendi* y los *obiter dicta*, exigiéndose la reiteración no como requisito para la fuerza normativa del precedente sino como medio para identificar la norma creada por el mismo.

### 6.5. *Sistemas jurídicos flexibles*

La idea de sistemas jurídicos fuertes en donde era posible establecer la unidad, completitud, jerarquía, coherencia y economía de cada uno de ellos de una manera clara y definitiva es, a la luz de la realidad jurídica, una ficción manifiesta. Los ordenamientos jurídicos —denuncia Zagrebelsky— se han tornado un “problema”, dado que “son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos menores que viven a la sombra del estatal y no

---

(48) LAPORTA, FRANCISCO J., “Vinculación del precedente judicial en España”, en *La vinculación del juez a la ley*, op. cit., p. 274.

siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano”.<sup>(49)</sup> Un modo de reflejar esa crisis de los sistemas “fuertes” es apelar a la presencia de “principios”, en tanto estos resisten, por ejemplo, a la pretensión de jerarquías apriorísticas o están disponibles para los operadores en una indeterminada y gran variedad de casos. Pero a pesar de esta conclusión, no parece apropiado que renunciemos a esa alternativa en favor del sistema, más bien lo que impone es procurar el más completo sistema jurídico posible con la conciencia que aquel “fuerte” no es alcanzable. Parece innecesario detenernos a justificar la pretensión de ordenar el material jurídico atento a los evidentes beneficios que traería, sobre todo en comparación con la alternativa del des-orden de dicho material. De todas maneras ese objetivo en aras del sistema debe ser planteado de manera modesta, en el sentido de que solo será posible un sistema “débil”, “poroso” o “abierto”, en tanto necesariamente no impedirá que ingrese al mismo directamente material jurídico proveniente desde afuera del mismo. Incluso, ese sistema ausplicable solo podría elaborarse desde el momento final del derecho, o sea desde la jurisprudencia en donde se podrán leer los criterios de ordenación del material que se van confirmando o rectificando. Es en buena medida responsabilidad de doctrinarios y operadores del derecho no seguir proponiendo sistemas irreconocibles en la realidad sino procurar elaborar los mejores ordenamientos posibles del material jurídico, atento a que ello redundará en el mejor y más correcto uso del mismo. Jueces sin la guía de ningún sistema son fuente de mayor discrecionalidad y más difícil control.

### 6.6. Más cultura constitucional

El derecho constitucional en la formación tradicional de nuestros estudiantes de abogacía es una rama más, incluso no es de aquellas de las que goza del mayor prestigio, pues entre estas habitualmente se cuenta el derecho privado. Por otra parte, aquellos cursos generalmente privilegian la parte orgánica de la Constitución y le prestan escasa atención a la parte dogmática. Además, a los fines de completar la visión académica devaluada del derecho constitucional, habría que recordar los golpes militares que pulularon por Latinoamérica y que implicaron un obstáculo central en orden a forjar conciencia constitucional. Es que, en definitiva y como destacáramos arriba, predominaba un cultura jurídica esquizofrénica que si bien no podía negar el papel que la misma Constitución se había

(49) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 38.



asignado siguiendo el modelo norteamericano, en la práctica se inspiraba en el Estado de derecho legal. Un ejemplo de esa desatención a la Constitución podría ser el escaso interés que despertaba la interpretación constitucional, respecto de la cual se intentaba reproducir lo que se enseñaba en materia de interpretación de la ley. En definitiva, nuestras sociedades en general —pero, principalmente, nuestros profesionales del derecho—, carecen de una verdadera cultura constitucional que advierta la especificidad, trascendencia y complejidad de la Carta Magna. Puntualmente, Zaffaroni constata en Latinoamérica un “tremendo descuido de la teoría política y constitucional del Poder Judicial”,<sup>(50)</sup> no obstante la decisividad política y constitucional del problema. Es obvio que el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional supone una nueva cultura jurídica, y para ello se torna imprescindible romper inercias y encontrar nuevos referentes. Esa 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 reconocimiento de los distintos tipos de reglas o normas contenidas en la constitución y como se opera cada una de ellas;
- c) la identificación de los distintos tipos de sentencias constitucionales y de la estructura de las mismas;
- d) el establecimiento, con alguna claridad, de la zona de reserva de los diferentes poderes del Estado;
- e) el reconocimiento de la finalidad y límites del control constitucional; etc.

### **6.7. Más filosofía jurídica**

El modelo dogmático de cultura jurídica redujo la gnoseología jurídica a ciencia y esta se limitaba a describir, sistematizar e interpretar el derecho positivo según los métodos clásicos. El jurista por excelencia era aquel que se limitaba a memorizar o repetir la ley sin introducir perspectivas críticas o valorativas. De algún modo, lo que se alentaba era que se dominara con ese alcance alguna de las ramas del derecho, es decir, se hiciera un especialista

---

(50) ZAFFARONI, E. RAÚL, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en M. Carbonell; H. Fix Fierro; Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y Derecho*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 114.

en lo civil, lo penal, lo laboral, lo administrativo, etc., pero lo que corresponde advertir es que no puede dominar un adjetivo ignorando al sustantivo, o sea, antes de llegar a ser un especialista se requiere apropiarse de alguna noción del derecho, porque es evidente que la caracterización que uno haga del derecho a secas determinará el alcance que luego tendrá esa especialización. Sin embargo, nuestras universidades en aras de la ciencia descriptiva y aséptica, condenaron a la filosofía del derecho a un papel absolutamente marginal e intrascendente. De ahí las esquizofrenias extendidas de autores que se declaraban iusnaturalistas o no positivistas, pero luego explicaban su disciplina codificada de manera absolutamente iuspositivista. Lo que se requiere es volver a la filosofía jurídica como un saber necesario a los fines de comprender a todo el derecho y operarlo con coherencia, integralidad y racionalidad. Precisamente Ferrajoli le asigna a la ciencia jurídica un papel crítico y normativo en tanto debe procurar completar las lagunas y resolver antinomias, pero para ello debe superarse la visión descriptivista de la típica ciencia jurídica que predominó en nuestras Facultades de Derecho. Es evidente que algunos sectores y preguntas claramente hoy suscitadas por el derecho vigente requieren respuestas de la filosofía jurídica: pensemos por ejemplo: a) el campo objetivo o relativo, racional o irracional de los valores; b) la injusticia extrema o la equidad; b) la cualidad teórica o práctica del saber jurídico y, por ende, el método que hay que seguir para alcanzarlo; c) en qué consiste interpretar o aplicar el derecho; d) la nomenclatura exhaustiva o enunciativa de las fuentes del derecho; e) si hay o no un sistema jurídico; f) el concepto sistémico o metasistémico de la validez jurídica de una norma; g) las reglas que regulan el silogismo deductivo; etc. Ya advertía Nino sobre la escasa relevancia de ese modelo iuspositivista de ciencia jurídica que se limitaba a indicar el derecho vigente pero que debía abstenerse de hacer valoraciones o propuestas de *lege ferenda*. Esas respuestas y muchas otras que requieren de la iusfilosofía, son decisivas a la hora de interpretar y aplicar el derecho en general y la Constitución en particular. No se trata de renunciar a la ciencia sino de completarla e integrarla a los demás tipos de saberes jurídicos, especialmente aquel encargado de explicar qué es el derecho y cuáles son sus funciones o fines.

### **6.8. Reformulación de los poderes de Estado**

El modelo de Estado heredado del XIX partía de la base de los tres poderes que centralmente se definía en torno a la ley, dado que el Legislativo la hacía, el Ejecutivo la ejecutaba o ponía en marcha y el Judicial la aplicaba a los casos. Sin embargo, ha pasado demasiada agua bajo el puente no solo

porque desde siempre cada uno cumple funciones que, por definición, son de otro Poder (por ejemplo, el Judicial y el Legislativo es obvio que administran, o el Ejecutivo y el Legislativo cumplen algunas tareas típicamente jurisdiccionales, y también tanto el Ejecutivo como el Judicial dictan normas de alcance general que no ejecutan leyes), sino porque algunos de esos poderes han crecido notablemente (por ejemplo, el Ejecutivo durante el XX) generando administraciones indirectas, descentralizadas o mixtas, y porque además han ido apareciendo órganos o poderes que extraña o paradójicamente son llamados extra-poderes (por ejemplo, Consejos de la Magistratura, procuradores generales, defensores del pueblo, tribunales constitucionales, etc.), a lo que hay que sumar los órganos o poderes comunitarios, regionales, supranacionales o internacionales a partir de la crisis de la noción tradicional de soberanía. El inquietante y distorsionado panorama actual del Estado revela una realidad que poca relación guarda con la de los clásicos manuales de derecho o ciencia política con los que todavía se enseña en nuestras facultades. Yendo específicamente al tema que nos convoca, pensamos que hay muchas preguntas que deben incorporarse a la agenda política y que resultan de enorme importancia. Al solo efecto de mencionar algunas de ellas recordemos:

- a) ¿es posible —como ya se ha establecido en algunos Estados— que luego de la declaración de inconstitucionalidad de una ley pueda el Poder Legislativo insistir en su constitucionalidad a través de una mayoría calificada, o que cinco jueces sobre cuatro pueden hablar en nombre de la Constitución con más autoridad que 2/3 o 3/4 de un Parlamento?;
- b) ¿cabe insistir en declaraciones de inconstitucionalidad para el caso o hay que reconocerle siempre efecto *erga omnes*?;
- c) ¿debe confeccionarse una lista de actos o decisiones de los otros poderes que están sustraídas del control constitucional?;
- d) ¿es mejor en términos de equilibrio institucional un control de constitucionalidad en abstracto y *a priori*?;
- e) ¿debe suprimirse el recurso de amparo (Habermas) o restringirse sustancialmente?;
- f) ¿cabe mantener el Poder Judicial con su Corte Suprema y, por otro lado, el Tribunal Constitucional?;

- g) ¿control constitucional difuso o concentrado?;
- h) ¿es posible mantener la existencia de jueces que no pueden aplicar la Constitución?;
- i) es real la distinción entre ley y Constitución?;
- j) frente a la crisis actual del recurso de casación, ¿cómo hay que reformarlo?;
- k) ¿cabe mantener los Consejos de la Magistratura con las funciones actuales?;
- l) ¿existe la posibilidad de que la Corte se pueda dirigir a las comisiones parlamentarias requiriéndole que expliquen las razones de la falta de legislación? (Nino);
- m) ¿control democrático —referéndum— de declaraciones de inconstitucionalidad de una ley? (Carrió); etc.

A pesar de la relevancia de las preguntas indicadas, y de muchas otras, es visible la escasa atención que se le presta por parte de aquellas autoridades y académicos que deben enfrascarse en el debate para terminar formulando las reformas que sean necesarias a los fines de configurar instituciones que favorezcan el funcionamiento apropiado del Estado. Nuestro tiempo es de aquellos que requieren audacia, imaginación y realismo, pero sin embargo y desgraciadamente predomina la inercia, comodidad y ficción.

### **6.9. Más ética profesional en la función pública**

La discrecionalidad es constitutiva de la tarea del gobernante y el poder con el que cuenta es una fuerte tentación si no es acompañada de una cierta conciencia ética. Por eso, desde campos muy diversos, hoy se vuelve a insistir en la ética aplicada y profesional; es que, si como dice la sabiduría popular “hecha la ley, hecha la trampa”, cabe apostar no tanto o solo al derecho sino procurar elegir autoridades que, además de tener temor al derecho, procuren la excelencia permanente en sus funciones. La propuesta o imagen montesquiana del juez como “ser inanimado” es elocuente de lo que se pretendía de los jueces, pero la realidad de la jurisprudencia revela la discrecionalidad que acompaña a todos los jueces, y especialmente a aquellos que son la última palabra. Por eso hoy se ha reflexionado en particular sobre el perfil del juez, o sea sobre qué idoneidades le exigimos, y está claro que no basta exigirle que sepa el

derecho porque si tiene hábitos propios de corrupto o irresponsable es casi más peligroso, dado que va a contar con más alternativas para elegir. Entre las nuevas idoneidades judiciales se insiste con la "ética", o sea, se procura elegir a aquellos que tienen visibles estándares habituales de conductas que son los propios de un juez. Por supuesto que son los otros los que pueden juzgar sobre nuestra "calidad ética" en tanto constatan en nuestros comportamientos las notas de responsable, razonable, sincero, valiente, transparente, esforzado, etc. o, por el contrario, advierten que somos irresponsables, irrazonables prepotentes, cobardes, tortuosos, acomodaticios, etc. Autores como Atienza<sup>(51)</sup> hablan explícitamente de virtudes judiciales, o el garantismo de Ferrajoli<sup>(52)</sup> depende en última instancia de la "deontología judicial". Desde esa lógica han ido apareciendo en nuestras sociedades códigos de ética judicial, que más allá de las exigencias jurídicas, pretenden convencer íntimamente al juez para que no solo sea de un cierto modo, sino para que se esfuerce por aparecer así a los ojos de la sociedad, la que no tiene por qué soportar a alguien a quien le ha dado poder y le paga un sueldo, pero que no le inspira confianza. También comienzan a delinearse, para aquellos que son candidatos a jueces, procedimientos destinados a corroborar hábitos o actitudes éticas asumidas en los espacios sociales a los que concurren, y entonces, por ejemplo, se procura saber cómo trata a aquellos que trabajan para él, cómo se comporta con sus colegas en la Facultad o en el Colegio de Abogados, cuánto respeto a la ley ha observado habitualmente en la vía pública o en materia de impuestos, qué opinan sus vecinos o las autoridades del colegio al que asisten sus hijos, cuánto compromiso en asociaciones intermedias ha tenido, cómo respeta las reglas que regulan las actividades en el club al que asiste, quiénes están dispuestos a avalarlo éticamente en una audiencia pública, etc. Esos códigos, que resultan ajenos a nuestra tradición legalista, pretenden ser un llamado al compromiso íntimo de los jueces para que, en estos tiempos de crisis de autoridad, procuren ganar la confianza ciudadana no haciendo nada de aquello que la puede perturbar o suprimir. Es obvio que nadie está obligado a ser juez, pero si acepta, debe asumirlo con sus beneficios y restricciones. Donde hay poder y discrecionalidad importa la opinión de aquellos que quedarán sometidos a esas decisiones, y en especial que tengan confianza en la eticidad de sus

---

(51) ATIENZA, MANUEL, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001.

(52) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, op. cit.

conductas. Recordemos que la Cumbre Judicial Iberoamericana, que integran las 23 Cortes Supremas de Iberoamérica, en el 2006 ha aprobado el *Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica* que tuvo el honor de redactar junto a Manuel Atienza: ahí, en 13 principios éticos, se ha intentado delinear aquel compromiso con la excelencia o con máximas que hoy pretende la sociedad de sus jueces.

### 6.10. Más y mejor capacitación judicial

En la visión decimonónica para ser juez solo se requería de una determinada edad y ciertos años de ejercicio de la profesión de abogado. Con el título se acreditaba que sabía el derecho y esto era lo único que debía buscarse en un juez. Así, desde nuestra experiencia personal recordemos que en un momento determinado nos convertimos en jueces, simplemente porque teníamos la edad y los años de ejercicio, y al otro día teníamos que empezar a dictar sentencias sin que nadie nos haya explicado absolutamente nada de la tarea judicial. Es obvio que la licenciatura en derecho se puede ejercer de distintas maneras, y una de ellas es precisamente la judicial, o sea, alguien que es puesto por la sociedad con autoridad para que, como tercero imparcial y en actitud dialógica, diga racionalmente, desde todo el derecho vigente, la solución justa para el caso. Este oficio, como cualquier otro, requiere de hábitos y métodos propios, que genéricamente podríamos reconocer como “prudencial-retórico” en tanto debe contar el juez con capacidad racional y razonable que le permita argumentar y contra argumentar, a partir de los pedidos de las partes y sus respectivas razones, y debe hacerlo persuasivamente en orden al caso que debe resolver. La importancia y especificidad de la capacitación judicial ha quedado receptada en el *Estatuto del Juez Iberoamericano*, aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2001, y ahí se contempla la “obligatoriedad” y “permanencia” de la misma, además de preverse la posibilidad de imponerla como una especie de sanción. Es indudable que no necesitamos convertir al juez en profesor, ni tampoco debemos reproducir en la capacitación judicial lo que se enseña en nuestras facultades de derecho ni cómo se lo hace, pues lo que se pretende es que alguien adquiera los modos de operar con el derecho en orden a casos concretos. Esa lógica academicista promueve explícita o implícitamente un tipo de sentencias “eruditas” y “kilométricas” en donde abundan citas y desarrollos que intentan poner de manifiesto cuánta información tiene el juez, aunque muchas veces ella resulta oscura, redundante, incoherente

o irrelevante para el caso. Pero no solo debe enseñarse al juez a cumplir su oficio decisonal sino que también debe proveérsele de conocimientos vinculados con su función “gerencial”, pues es claro que el juez administrará de algún modo ciertos recursos materiales y humanos, y deberá organizar el tiempo y el trabajo, asignar las funciones en base a posibilidades personales que ofrecen sus empleados, saber cómo debe ejercer su poder disciplinario, etc. Por otro lado, es importante como herramienta de “política judicial” que los poderes judiciales tenga el control —aunque se puedan sumar otros sectores de la vida profesional— sobre los centros de capacitación judicial, y que los cursos que se brinden en los mismos respondan a las necesidades efectivas de sus integrantes.

### **6.11. Mejor publicación del derecho vigente**

Casi todos los códigos civiles heredados de Francia contemplan en sus títulos preliminares una norma que establece dónde se publicarán las leyes y desde cuándo regirán, sin que pueda admitirse como excusa para su incumplimiento la ignorancia de las mismas. Esa presunción *jure et jure* no solo enfrenta problemas muy serios en sí mismos, sino que encubre grandes dificultades, sobre todo nos parece que ha contribuido a no tomar conciencia de la importancia y complejidad que encierra la indispensable publicidad de todo el derecho si pretende obligar al destinatario. Por supuesto que es el ámbito de los poderes ejecutivo y judicial donde se hace más patente aquella despreocupación por brindar la posibilidad del conocimiento oportuno y fácil de las normas que imponen deberes o prohibiciones; así, resoluciones provenientes de la Administración central o descentralizada de enorme importancia cuentan con un más que deficitario canal de publicidad, la jurisprudencia muchas veces se deja librada al esfuerzo comercial privado en cuanto a su efectiva difusión, el ámbito del derecho internacional o supranacional es casi un espacio esotérico al que acceden ciertos privilegiados, no queda claro doctrinariamente cómo se acredita el conocimiento de una costumbre jurídica, los municipios y comunas no revelan gran preocupación por la publicidad de sus ordenanzas o normas jurídicas, etc. Una sociedad cada vez más madura y democrática será menos tolerante con el ocultamiento o dificultades que se le ponen a la hora de pretender conocer sus derechos y deberes. Ya la filosofía jurídica clásica reconocía como la causa formal de la ley su promulgación, dado que no se puede pretender que el incumplimiento de aquello que los destinatarios no pueden conocer, o solo lo logran superando grandes

dificultades u obstáculos, obligue y acarree sanciones. Los medios informáticos brindan hoy un medio poderoso y fácil para hacer circular información, y por eso es imprescindible que el tema de la publicidad de todo el derecho vigente, y no solo la ley, sea asumido con la importancia que se merece.

### 6.12. Una cultura jurídica premial

Ha llamado la atención Bobbio<sup>(53)</sup> respecto de que el derecho tradicional recurre exclusivamente a la sanción negativa que le hace padecer un daño al que incumplió la norma jurídica. Así, los juristas se acostumbran a una mirada hacia atrás a los fines de descubrir cuáles conductas han infringido la ley para así imponerle al infractor la pena respectiva. Por eso, el maestro italiano ha propuesto recuperar para el derecho una función preventiva y premial que aliente el cumplimiento voluntario a través de beneficios o premios. Una sociedad no solo debe contar con cárceles o sanciones para los que conspiran contra la convivencia y armonía social, sino que debe alentar las buenas conductas sociales a través de modelos o paradigmas que se constituyen en dignos de reconocimiento social o de algún beneficio para aquellos que los asumen. Es importante promover esta pedagogía que recurre a poner de relieve o destacar a aquellos que, en sus respectivos ámbitos profesionales, han encarnado la excelencia en el servicio. La filosofía política clásica enseñaba que el premio para el buen gobernante era la amistad (el respeto o reconocimiento) de los ciudadanos, por eso nos parece también importante para el campo de las profesiones jurídicas comenzar con esa galería de los que merecen el aprecio ciudadano por lo que han hecho a lo largo de su vida. En el mundo anglosajón —siempre más cercano al pensamiento clásico o pre-revolucionario—, está más extendido poner de relieve mediante reconocimientos *ad hoc* a aquellos que, en los diversos ámbitos de la vida social o profesional, se han destacado y que pueden ser ejemplos a imitar; así, se atreven a proponer la nómina de los diez mejores jueces en la historia de EEUU. En síntesis, en nuestras sociedades descreídas de la autoridad, y atentas a todo lo que merece reproche y crítica, es importante que recupere la confianza en la misma y, a ese respecto, la técnica premial es apropiada, por supuesto en la medida que se instrumente de manera transparente y participativa.

(53) Ver mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey)*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991 (2da. ed., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*) (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis), Bs. As., LexisNexis, 2006.



### 6.13. Self-restraint judicial

De mil maneras los teóricos en general y los constitucionalistas en particular, especialmente del mundo anglosajón, insisten sobre la importancia del autocontrol de aquellos que ejercen el control jurisdiccional de constitucionalidad. Se trata de un concepto eminentemente operativo aunque difícil de precisar, pero que, sin embargo, ha generado una gran cantidad de reflexión y debate, y es de todas maneras importante que sea tenido en cuenta por los jueces como una pieza clave de su función. Así, elementos importantes en este terreno del *self restraint* son, por ejemplo:

- a) ¿qué valor tiene el precedente por sobre opiniones personales y cuándo procede su cambio?;
- b) ¿cuál es la distinción entre argumento "*obiter dicta*" y considerando propiamente dicho o *ratio decidendi*?;
- c) ¿cuándo el legislador ha optado por una interpretación tolerada por la Constitución aunque no sea la mejor a juicio del controlador?;
- d) ¿qué significa que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*?; etc.

Somos conscientes de que muchas de estas preguntas están implícitas en otras de las prevenciones ya dadas, pero dado que el *self-restraint* tiene una entidad propia en la interpretación constitucional, optamos por este tratamiento diferenciado. En definitiva, una conciencia del auto-control es muy importante y trascendente para la tarea jurisprudencial, por ello, los jueces deben tener la oportunidad de reflexionar y discutir al respecto confrontando opiniones a partir —especialmente— de la jurisprudencia constitucional nacional y comparada.

### 6.14. El pluralismo y sus límites

En el marco de una sociedad democrática y pluralista por supuesto que caben distintas cosmovisiones, más aun, la existencia de esa variedad de perspectivas es un signo de vitalidad y riqueza. En este punto importa promover políticas que promuevan espacios de diálogo racional donde las posibilidades que ofrecen los medios de comunicación social resultan de enorme importancia. Enseñan al respecto las éticas del diálogo que debe darse no solo libertad, sinceridad y pretensión de veracidad entre los interlocutores, sino especialmente igualdad, y la experiencia confirma que

donde se clausura irracionalmente la puerta a la racionalidad se abre una ventana para que entre la reacción irracional. Pero el problema es acerca de los límites de ese pluralismo, o sea si hay algunos puntos de vista que resultan intolerables. Precisamente, Ernesto Garzón Valdés ha reflexionado sobre esos límites llegando a sostener: “La tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura, sin limitaciones, la tolerancia de toda forma de vida, termina negándose a sí misma y, en su versión más radical, equivale a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano. Por ello conviene distinguir entre la tolerancia sensata y la insensata”,<sup>(54)</sup> y una de las claves de esta distinción que permite reconocer la legitimidad moral de una forma de vida es que ella respete y garantice a todos los individuos que la practiquen la posibilidad de satisfacer sus intereses primarios —o sea, los que están vinculados con sus necesidades primarias básicas—, pues el problema en términos de la estructura jurídica es encontrar formas de participación y de interrelación abierta que permita a cada comunidad el acceso a los beneficios de la sociedad nacional, y para ello el punto de partida es el reconocimiento de los derechos fundamentales. El problema del pluralismo y la tolerancia es de una creciente importancia, y atento al papel que desempeñan los tribunales constitucionales en esa materia, resulta imprescindible incorporarlo a su agenda, incluso resultando procedente la vinculación de la integración de los mismos en relación a ese pluralismo social.

### **6.15. La recuperación del Estado y sus competencia**

En los ritmos cambiantes del tiempo, en la década del 90 hemos vivido en nuestro continente una asimilación del Estado a corrupción, ineficiencia, totalitarismo e innecesariedad; incluso existen usinas que, por motivos de intereses y no íntimo convencimiento racional, mantienen aquella propuesta con pretensiones de una verdad revelada apelando a las “manos invisibles” del mercado, capaces de generar el más perfecto orden. Por supuesto que es legítima la opción de alentar un Estado mínimo y procurar, con las armas de la democracia, la instalación del mismo con el respectivo desguace del anterior. Si bien la experiencia latinoamericana confirma muchos de los vicios que ideológicamente se le atribuyen al Estado, ello se explica por razones contingentes, culturales o personales,

(54) GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2001, p. 16.

pero no resulta algo necesario ni forzoso, como lo demuestran otras experiencias comparadas. En sintonía con la filosofía clásica, John Finnis<sup>(55)</sup> no duda en insistir que “el caso central de derecho y de sistema jurídico es el derecho y el sistema jurídico de una comunidad completa”, o sea de lo que llamamos Estados, en tanto comunidad política que pretende ser completa y autosuficiente procurando “asegurar el conjunto total de condiciones materiales y de otro tipo, incluyendo formas de colaboración, que tienda a favorecer, facilitar y fomentar que cada individuo haga realidad su desarrollo personal”. El antiguo profesor de Oxford incluye, entre las exigencias de la razonabilidad práctica, a las exigencias del bien común, y precisamente para resolver los problemas de interacción y coordinación en una comunidad no hay más que dos alternativas: unanimidad o autoridad (el intercambio de promesas es una variante de la unanimidad), por eso la perspectiva finnisiana reivindica a la autoridad como “un bien” en tanto que ella se requiere no solo por egoísmo, malicia o incompetencia, sino incluso cuando “mayor es la inteligencia y la habilidad de los miembros de un grupo”. Insiste Nino en identificar al derecho con una práctica colectiva destinada a cumplir “dos funciones sociales primarias: superar conflictos y facilitar la cooperación”.<sup>(56)</sup> Alexy, luego de reconocer una preferencia *prima facie* de los derechos individuales por sobre los bienes colectivos, abre la posibilidad de una conclusión inversa frente al supuesto de mayores razones a favor de esos últimos. “Ni Estado abstencionista ni mera subsidiariedad del Estado”, concluye Zagrebelsky,<sup>(57)</sup> para proponer el compromiso del Estado en la realización de los principios de justicia frente a la capacidad agresiva de los derechos-voluntad, especialmente en el campo de los derechos económicos y bienes sociales como la vida, la salud y el medio ambiente. En definitiva, un Estado que se niegue a ser mero espectador en la distribución de bienes sociales y defina una estrategia política-institucional, nos remite también a una discusión que debe encuadrarse en el ámbito de la misma Constitución como una decisión fundamental. La aludida experiencia norteamericana entre Roosevelt y la Corte Suprema con motivo del *New Deal* es un buen antecedente de esa dimensión ineludiblemente política que tiene el control jurisdiccional de constitucionalidad.

---

(55) Ver mi libro, *El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)*, México, Fontamara, 2003.

(56) NINO, CARLOS S., *Derecho, Moral y Política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 148.

(57) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 99.

## 7. Conclusión

Nos interesa insistir en que estamos decididamente a favor del Estado de derecho constitucional, pero no podemos silenciar que el proceso desencadenado por el mismo nos genera diversas inquietudes, a las que pensamos resulta imprescindible prestarles atención en orden a procurar su control e introducir los cambios o rectificaciones que estimemos apropiadas. Coincidimos con aquellos que hablan de una profunda crisis y, por ende, de una etapa fundacional en muchas instituciones, aunque rechazamos dogmáticas cronofobias o cronolatrías y sospechamos de los rótulos fáciles. Nos parece advertir, por momentos, una inercia cargada de automatismo e irracionalidad que nunca será buena consejera, además de implicar una falta de responsabilidad profesional de aquellos que tienen el compromiso social de velar por las mejores instituciones. La experiencia europea y la nuestra en Latinoamérica puede ser una fuente muy importante para ese análisis crítico y comprometido. Los autores neoconstitucionalistas son una cita forzosa en aquel debate, más allá de coincidencias o disidencias. En todos los casos, el camino será el debate racional pensando con la mayor sinceridad posible en lo mejor para la sociedad a las que nos debemos los que tenemos responsabilidad académica y judicial.





# Tribunales y jurisdicciones interculturales en una democracia deliberativa vibrante

LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** ciudadanía liberal - concepción pluralista - minoría - multiculturalismo.

## 1. Introducción

La modernidad ha sido el proyecto emancipador más ambicioso desplegado hasta ahora por la humanidad, pero excluyente desde sus inicios al menos en tres ámbitos: en primer lugar, por razones de clase que generaron la opresión estructural del proletariado; en segundo lugar, por razones de género que originaron lo que Benhabib llama acertadamente universalismo sustitutivo; y, en tercer lugar, por razones culturales que promovieron la consolidación de la ficción del Estado nacional unitario y homogéneo. En este trabajo me concentraré en los dos últimos vinculándolos entre sí y deteniéndome en el caso de las mujeres, una minoría oprimida al interior de las propias minorías.

Más específicamente, la cuestión que me propongo indagar es cómo dos de esas exclusiones han puesto en tensión algunos de los paradigmas del

---

(1) Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso.

Estado democrático de derecho y que un diseño institucional acorde con los desafíos actuales —junto con la práctica constitucional y jurisdiccional que genere— debería tenerlos en cuenta para efectos de construir un bloque de constitucionalidad<sup>(2)</sup> que asuma ese desafío, incluyendo también algunos nuevos derechos. Ese paradigma puesto en entredicho es la noción de ciudadanía común y, en consecuencia, una jurisdicción igual para todas y todos. Los dos factores que, por su parte, han hecho tambalearlo son: la diversidad cultural y el hecho de que las constituciones carecen de neutralidad desde una perspectiva de género para regular aquellas cuestiones fundamentales relacionadas con la organización social y la vida política de quienes pertenecen a la comunidad, mujeres y hombres.

Al problematizar esa propiedad característica de los sistemas jurídicos nacionales y vincularla con las tesis multiculturalistas<sup>(3)</sup> y una noción transversal del género,<sup>(4)</sup> espero dos cosas: primero, ayudar a clarificar el debate

---

(2) Con la expresión *bloque de constitucionalidad* me refiero al entramado de reglas y principios que, sin establecerse perentoriamente de forma explícita en la Constitución, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y estándares de protección de los derechos fundamentales, por cuanto han sido incorporados a través de la práctica constitucional o por mandato derivado de la propia Constitución (piénsese en la recepción de tratados internacionales vía art. 5° de la Constitución). Tomo este concepto de la forma en que lo ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana a partir de 1995, que se basa a su vez en la doctrina del Consejo de Estado francés. Cfr. ARANGO OLAYA, MÓNICA, “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en *Revista Precedente*, 2004, pp. 79/102.

(3) Obviamente el hecho de la diversidad cultural no es una novedad. Sin embargo, tres circunstancias hacen particularmente apremiante hacerse cargo de este desafío: a) la expansión de la concepción democrática del Estado ha permitido a las comunidades minoritarias reclamar igual derecho a participar en el autogobierno colectivo; b) el proceso de globalización económica y cultural ha pulverizado cualquier intento de asimilación a gran escala; y c) la ilusión del estado culturalmente homogéneo ha terminado por sucumbir (Parekh (1999); KYMLICKA, WILL, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª ed., Oxford University Press, 2002, pp. 327/328; y TORBISCO, NEUS, “Beyond the Feminism vs. Multiculturalism dispute on group rights: towards a participatory approach”, Documento para la discusión, Sela, 2011, inédito, [en línea] [http://www.Law.Yale.Edu/Documents/Pdf/Sela/Sela11\\_torbisco\\_cv\\_eng\\_20110524.Pdf](http://www.Law.Yale.Edu/Documents/Pdf/Sela/Sela11_torbisco_cv_eng_20110524.Pdf), pp. 1/9).

(4) Como sucede habitualmente con los conceptos fundamentales, la idea de género es controvertida, pero podemos en general señalar que se trata del “conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a hombres y mujeres a través de un proceso de construcción social que tiene varias características. En primer lugar, es un proceso histórico que se desarrolla a diferentes niveles tales como el estado, el mercado de trabajo, las escuelas, los medios de comunicación, la ley, la familia y a través de las relaciones interpersonales. En segundo lugar, este proceso supone la jerarquización de estos rasgos y actividades de tal modo que a los que se definen como masculinos se les atribuye mayor valor”, BENERÍA, LOURDES, “¿Patriarcado o Sistema Económico? Una discusión sobre dualismos metodológicos”, en Celia Amorós et al., *Mujeres: Ciencia*

conceptual; y, segundo, develar —preliminarmente— cómo dicha tensión genera problemas a la hora de diseñar normativamente reglas y principios constitucionales que faciliten un autogobierno colectivo deliberativo y democráticamente vibrante.

## 2. La necesidad de superar el estrecho ideal de ciudadanía liberal

Tanto la teoría feminista —especialmente el feminismo de la igualdad<sup>(5)</sup>— y las diversas clases de multiculturalismos<sup>(6)</sup> han sostenido que la concepción liberal de la ciudadanía estigmatiza a los grupos que no calzan en ella. Esta noción de ciudadanía se caracteriza por considerar a los individuos como la fuente última de la legitimidad política, concibiéndolos como titulares de ciertos derechos por su condición de agentes morales abstractamente iguales.<sup>(7)</sup> Los derechos ideados para ese “ciudadano normal” no se acomodan a las necesidades de grupos diferenciados, pues demandan

---

y *Práctica Política*, Madrid, Debate, 1987, p. 46. Como categoría analítica, el género presenta una serie de componentes: a) una **identidad subjetiva** que se refiere al proceso de identificación (tanto interno como externo al individuo) y atribución de los rasgos que se consideran masculinos y femeninos; b) los **símbolos culturales** que se asignan y se reconocen con lo masculino y femenino; c) las **normas sociales** que imponen la realización de ciertas conductas diferenciadas según los roles masculinos y femeninos, asociadas a sanciones de diversa índole; y d) El conjunto de *instituciones* y *organizaciones sociales* a través de las cuales se construyen y se fijan las relaciones de género, entre las más relevantes la familia, el mercado de trabajo, la educación, y la política. SÁNCHEZ MUÑOZ, CRISTINA, “Feminismo y ciudadanía”, en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Madrid, Alianza, 2002, p. 359.

(5) SÁNCHEZ MUÑOZ, CRISTINA, “Feminismo y ciudadanía”, *ibid.*, pp. 347/370.

(6) KYMLICKA, WILL, *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, University Press, 2007, pp. 61/86; PAREKH, BHIKHU, “Barry and the dangers of liberalism”, *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Paul Kelly (ed.), Cambridge, Polity Press, pp. 133/150; DE LUCAS, JAVIER, “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, en *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 61/102; BANTING, KEITH y KYMLICKA, WILL (ed.), *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*, Oxford, University Press, 2006, p. 9.

(7) SONG, SARAH, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge, University Press, 2007, p. 68; DELANTY, GERARD, *Community*, 2ª ed., Abingdon, Routledge, 2010; JACKSON PREECE, JENNIFER, *Minority Rights*, Cambridge, Polity Press, 2005; MODOOD, TARIQ, *Multiculturalism. A Civic Idea*, Cambridge, Polity Press, 2007; y ZÚÑIGA AÑAZCO, YANIRA, “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXII, n° 2, 2009, pp. 39/64, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt); “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, n° 2, 2010, pp. 133/163, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt)



algo más que las tradicionales políticas redistributivas del Estado democrático de derecho.<sup>(8)</sup> Esto se explica porque en los Estados modernos conviven dos tipos de jerarquías: la económica y la asociada al estatus. La posición que una persona ocupa en la jerarquía económica está determinada por su relación con el mercado y los medios de producción. La lucha contra las iniquidades inherentes a esta jerarquía generan las “políticas de redistribución”. La jerarquía del estatus se refleja en una historia de reglas discriminatorias contra grupos de menor categoría, y su invisibilidad o carácter estereotipado. La lucha contra estas jerarquías generan las “políticas de reconocimiento o de la diferencia”.<sup>(9)</sup>

A pesar de la distinción, en el mundo real estas políticas aparecen a menudo superpuestas aunque la evidencia sugiere que la jerarquía del estatus no es reducible a la jerarquía económica. Así, por ejemplo, hay casos de grupos económicamente bien posicionados, pero culturalmente estigmatizados, como los homosexuales, ciertos inmigrantes y algunas minorías religiosas; y, a la inversa, casos de grupos que gozan de una posición privilegiada en la jerarquía del estatus en función del género, pero que se encontraban hasta hace poco en desventaja económica, como la clase trabajadora masculina en las democracias occidentales. No hay, entonces, una correlación simple entre ambas jerarquías. Esto explica por qué la estrategia de una ciudadanía común podría funcionar para la clase trabajadora masculina, pero no satisface a otros grupos, las mujeres sin ir más lejos, quienes necesitan, además, un ataque al estatus.<sup>(10)</sup>

En esa línea, el planteamiento de Young es especialmente relevante pues gira en torno a un nuevo concepto de opresión que, de acuerdo con él, designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas y estructurales de una bien intencionada sociedad liberal. En particular, tratándose de las mujeres, la opresión consiste, en parte, en una transferencia sistemática y no recíproca de poderes a los hombres, que implica más que una desigualdad de estatus, poder y riqueza resultante de la práctica cultural por la cual los hombres han excluido a las mujeres de las actividades privilegiadas, ya

---

(8) KYMLICKA, WILL, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª ed., Oxford, University Press, 2002, pp. 327/376.

(9) FRASER, NANCY, “Rethinking Recognition”, en *New Left Review*, mayo-junio 2000, n° 3, 2000. DELANTY, GERARD, *Community*, 2ª ed., Abingdon, Routledge, 2010, p. 59; y MODOOD, TARIQ, *Multiculturalism. A Civic Idea*, Cambridge, Polity Press, 2007. pp. 68/70.

(10) KYMLICKA, WILL, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª ed., op. cit.

que esa desigualdad es posible precisamente **porque las mujeres trabajan para ellos**. De este modo, la explotación de género se inicia con la transferencia a los hombres de los frutos del trabajo material y de las energías sexuales y de crianza de las mujeres lo que no se modificará a menos que lo haga la estructura social y cultural.<sup>(11)</sup>

Como bien plantea Deveaux<sup>(12)</sup>, la noción de ciudadanía democrática liberal se encuentra en una mala posición para intentar armonizar las diferencias sociales y culturales de los ciudadanos. Según la autora, la concepción liberal se ha llevado la peor parte de los efectos de este nuevo debate, pues es incapaz de tratar a las mujeres y a los miembros de minorías étnicas y culturales como iguales. El grueso de estas críticas derivan de la desafección liberal hacia las particularidades sociales y culturales y su insuficiencia conceptual para asegurar la justicia para ciertos grupos.<sup>(13)</sup> Ante lo anterior, Deveaux ubica a los teóricos liberales en una encrucijada: continuar afirmando los derechos individuales y un modelo de justicia ciegos a las diferencias culturales, o bien reconocer la relevancia política de ciertas demandas de reconocimiento, buscando formas de satisfacer los reclamos de inclusión y autonomía. Cualquiera de los caminos elegidos presenta retos a la teoría liberal, a la forma en que hemos comprendido el Estado de derecho y, consecuentemente, las reglas y principios que consideramos deben ser incorporados a la Carta Fundamental o al bloque de constitucionalidad.

En la actualidad, ese desafío es mayor pues la disputa parece haber cambiado de foco centrándose en las diferencias al interior de los grupos minoritarios y en cómo ellas afectan el estatus de sus demandas. Lo anterior, debido

(11) YOUNG, IRIS MARION, *La justicia y la política de la diferencia*, Silvina Álvarez (trad.), Cátedra, Madrid, 2000, pp. 89/93.

(12) DEVEAUX, MONIQUE, *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell, University Press, 2000, pp. 16/26; *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford, University Press, 2006, pp. 54/88.

(13) VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "La concepción política de la persona y las visiones constitutivas del bien", en *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía*, Universidad Nacional de Colombia, n° 135, 2007, pp. 29/49, [en línea] <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80915461002>; "Algunas críticas a la idea de razón pública rawlsiana", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, n° 1, 2009, pp. 533/557, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es); "La relevancia moral de la identidad cultural", en *Polis*, vol. 9, n° 26, 2010, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es); "Privatizando la diferencia: El liberalismo igualitario y el pluralismo cultural", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIII, n° 1, 2010, pp. 37/57, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502010000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es)

a una comprensión más compleja y dinámica de la identidad cultural por parte de los filósofos políticos;<sup>(14)</sup> siendo, a la vez, entendidas las prácticas y los acuerdos culturales como espacios donde se llevan a cabo la impugnación de los mismos.<sup>(15)</sup> Este amplio reconocimiento de los desacuerdos y conflictos que se suscitan dentro de los grupos culturales minoritarios requiere enfatizar el estudio del tratamiento que se les da a los miembros más vulnerables de tales comunidades, es decir, a las minorías internas o a las minorías dentro de las minorías que deben hacer frente, como sucede en todo grupo humano, a quienes monopolizan el poder hegemónico y el control de las mismas.<sup>(16)</sup> En este contexto, surge como trascendental el examen de las demandas de grupos culturales, sobre todo tratándose de aquellas comunidades que adhieren a prácticas que refuerzan tradiciones que son no liberales y que, a la luz de las normas del Estado democrático constitucional en las que esos grupos están inevitablemente insertos, son discriminatorias.<sup>(17)</sup>

### 3. Diferentes clases de minorías y diversos derechos

Dos de las dificultades a las que nos enfrentamos quienes planteamos la necesidad de transitar a una noción de ciudadanía diferenciada es determinar, por una parte, qué minorías y, por ende, qué diferencias cuentan; y, por otra, persuadir a los incrédulos de que una revisión del ideal de ciudadanía común para todos no supondrá distraernos de los fines asociados al Estado democrático de derecho, especialmente la justicia social.

Veamos lo primero. La idea de minoría es compleja y resbaladiza. Una posible definición sería considerar a las minorías como aquellos colectivos sociales que padecen una situación de grave subordinación por sus particulares identidades comunitarias. Lo que caracterizaría, entonces a una minoría es su posición precaria; no el número de integrantes. Ello

---

(14) DEVEAUX, MONIQUE, *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford, University Press, 2006, pp. 1/22.

(15) BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, University Press, 2002, p. 4; y PAREKH, BHIKHU, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, 2ª ed., Palgrave, Macmillan, 2006, pp. 336/338.

(16) Ver GREEN, LESLIE, "Internal Minorities and their Rights", en *Group Rights*, Judith Baker (ed.), University of Toronto Press, 1994, pp. 256/272; EISENBERG, AVIGAIL Y SPINNER-HALEV, JEFF (eds.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, 2005.

(17) VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres", en *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, en prensa.

explicaría por qué las mujeres pueden ser comprendidas como un grupo minoritario o, en una sociedad donde hubiera *apartheid*, una amplia mayoría social negra puede ser catalogada como una minoría frente a una élite de blancos dominantes. Por supuesto, esta definición es lo suficientemente abstracta y flexible como para que calcen en ellas toda clases de minorías. Por esa misma razón, no hemos avanzado mucho y requerimos hilar más fino distinguiendo clases de minorías.

Siguiendo una clasificación más o menos estándar, podemos identificar cuatro grandes tipos de minorías. En primer lugar, encontramos a las minorías nacionales, es decir, aquellas naciones históricas fuertemente definidas por una identidad y lengua común, casi siempre circunscriptas a un espacio territorial determinado y sometidas a un Estado dominante.<sup>(18)</sup> En segundo lugar, las minorías de emigrantes, o sea, aquellos colectivos que, compelidos por alguna necesidad, se trasladan más o menos masivamente a otro Estado, exponiéndose a políticas asimilacionistas, consciente o inconscientemente impuestas por ese Estado. En tercer lugar, identificamos a las minorías culturales, esto es, aquellos grupos que, sin ser minorías nacionales ni de migrantes, padecen alguna clase de opresión en razón de uno o más rasgos distintivos comunes; siendo ejemplos muy claros las minorías sexuales y las mujeres. Finalmente, en cuarto lugar, hallamos a las minorías sociales comprendidas como grupos de ciudadanas y ciudadanos que sufren graves carencias en el disfrute de sus derechos fundamentales como es el caso de los pobres, discapacitados, presos, etc.<sup>(19)</sup>

Esta tipología de las minorías debería dar lugar, dependiendo de cada caso, a diferentes categorías de derechos propios. Así, los derechos más característicos de las minorías nacionales son los derechos de autonomía política que irían, de menor a mayor intensidad, desde los derechos de representación especial, el derecho a un sistema jurídico propio total o parcial y el derecho al autogobierno. A su turno, los derechos de

(18) A su vez, las minorías nacionales se clasifican en naciones cívicas (las que son producto de la voluntad y a libertad de sus componentes, por ejemplo, el Québec) o étnicas (aquellas derivadas de tradiciones más inamovibles y rígidas como sería el caso del pueblo mapuche o rapa nui). Ver KEATING, MICHAEL, *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford University Press, 2001, pp. 1/28.

(19) Ver AÑÓN, MARÍA JOSÉ, "La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos", en Javier de Lucas Martín (dir.), *La multiculturalidad. Cuadernos de derecho judicial*, n° 6, 2001, pp. 217/233; y SORIANO, RAMÓN, "Culturas, ideologías y derechos de las minorías", en *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 5, 2002, pp. 33/35.

las minorías emigradas y de las minorías culturales se traducen en una serie de derechos a la diferenciación cultural (festividades, educación, vestimenta, prácticas religiosas, lengua, etc.), pero también derechos a la no discriminación por referencia al grupo dominante (ello es particularmente claro en el caso de minorías sexuales y de las mujeres). En fin, las minorías sociales reclaman derechos de prestación que les permitan acceder a una más equitativa distribución de recursos. Ahora bien, lo interesante —y complicado también— es que suele suceder que un mismo grupo minoritario puede pertenecer, al mismo tiempo, a más de una categoría de minorías. Piénsese en las mujeres mapuche que son, al mismo tiempo, una minoría nacional o étnica (dependiendo del lugar en que se encuentren), una minoría sexual y, en todos los casos, una minoría social.

Despejada la primera duda, concentrémonos en el hecho de que algunos creen que una preocupación por los derechos de las minorías genera una fuerte amenaza a las políticas de redistribución que caracterizan al Estado democrático de derecho.<sup>(20)</sup> Esa es, por ejemplo, la posición de Barry.<sup>(21)</sup> El filósofo inglés piensa que la mejor forma de lidiar con las iniquidades es sustraer al Estado de los problemas que genera la diversidad, “privatizando la diferencia”. En la medida en que el Estado se mantenga neutral, podrán florecer libremente los distintos modos de vida que quepan dentro del marco garantista establecido por los principios liberales; y las fuerzas políticas podrán orientarse a la resolución de los problemas “verdaderamente importantes”: los que apoyan la relación con la redistribución de recursos escasos. Una vez resueltos estos, las demandas de reconocimiento serán mínimas, pues las personas estarán en condiciones de autogestionar su propio modo de vida sin vulnerar derechos fundamentales. Creo que Barry se equivoca, no solo porque —como ya se dijo— no todos los problemas pueden reconducirse a la redistribución de los recursos, sino porque el liberalismo igualitario de hecho se transforma en una forma de opresión si lo comprendemos de ese modo.

Como plantea Shapiro, la meta de todo gobierno debe ser limitar la posibilidad de dominación, minimizando su interferencia en la consecución

---

(20) Hemos defendido, en otra parte, que las políticas de la diferencia no son incompatibles con las políticas de redistribución, ver SELAMÉ GLENA, NICOLE y VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Liberalismo, multiculturalismo y Estado de bienestar”, en *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía*, Universidad Nacional de Colombia, vol. 60, n° 147, 2011, [en línea] <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/36752>

(21) BARRY, BRIAN, *Culture and Equality*, Harvard University Press, 2002, pp. 66.

de los fines de las personas.<sup>(22)</sup> El modelo de Barry hace todo lo contrario, pues fortalece el poder de las mayorías sobre las minorías y respalda las atribuciones del Estado sobre la vida de las personas al establecer un único ideal de vida buena al que los demás deben adecuarse. En palabras de Parekh, busca que se cumpla el rol homogeneizante del Estado moderno, esperando que todos los ciudadanos se definan y se relacionen de igual manera entre sí y el Estado. El problema es que en una sociedad multiétnica y multinacional esa política puede generar inestabilidad o secesión y convertirse en un instrumento de injusticia y opresión.<sup>(23)</sup>

Veamos nuestro problema desde otra visión. Cuestionémosnos si acaso las políticas de la diferencia producen efectos negativos respecto de las políticas de redistribución. Para el liberalismo, la respuesta es obvia: puesto que cree que la política es un juego de suma cero, cualquier asunto que pase a formar parte activa de la agenda pública distraerá los esfuerzos que deberían destinarse a la redistribución. Siguiendo a Kymlicka y Banting, el debate acerca del impacto que tienen las políticas de la diferencia en la mantención de la cohesión social ha sido erróneamente concebido, pues la afirmación de que la preocupación por la diferencia quita fuerzas al Estado de bienestar se fundamenta en la creencia —gratuita— de que existiría una masa de gente dispuesta a actuar en defensa de este. En el hecho esto no es efectivo; basta con mirar al ciudadano medio. Si la gente ha dejado de participar activamente en política es, en gran medida, porque el Estado de bienestar mismo se encuentra en crisis. La pasividad de la izquierda tiene que ver con sus propios fracasos. En este sentido, las políticas de la diferencia tienden a significar más un avance en el agenciamiento político-ciudadano que un retroceso, y permiten que las personas puedan volver a mezclarse en política sintiendo que es posible hacer una diferencia. Desde este punto de vista, “el real desafío es que la gente se involucre en política (...) Una vez que se encuentran involucrados, y tienen este sentido de eficiencia política, estarán abiertos a apoyar otras demandas progresistas también”.<sup>(24)</sup>

(22) SHAPIRO, IAN, “Democratic Justice, Multicultural Recognition”, en *Multiculturalism Reconsidered*, Paul Kelly (ed.), Cambridge, Polity Press, 2002, p.179.

(23) PAREKH, BHIKHU, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, 2ª ed., Palgrave, Macmillan, 2006, p. 16.

(24) BANTING, KEITH y KYMLICKA, WILL (eds.), *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*, Oxford, University Press, 2006, p. 16. En este mismo libro los autores exploran con detalle ejemplos empíricos que prueban esta afirmación. Ver BANTING, KEITH y KYMLICKA, WILL (eds.), *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*, op. cit., p. 8 y pp. 97/104.

#### 4. Poniendo a prueba la teoría: el caso de las mujeres mapuche

La conexión entre la cultura<sup>(25)</sup> y la agencia individual no es puesta en duda hoy<sup>(26)</sup>, ni siquiera por el liberalismo 2003: pp. 29-98; 2007).<sup>(27)</sup> Lo problemático es cómo articular esa conexión de modo tal que pueda superarse la dicotomía entre un universalismo sustitutivo y excluyente<sup>(28)</sup> y un relativismo cultural de carácter esencialista que es la excusa fácil, en muchas sociedades, para justificar todo tipo de vulneraciones de los derechos más básicos de las minorías. Para ejemplificar el modo en que podría redefinirse la concepción de ciudadanía para hacerse cargo del desafío planteado, me concentraré en una minoría concreta: las mujeres indígenas. ¿Por qué? En primer lugar porque, como ya adelanté, las mujeres indígenas son (o pueden ser) una minoría en los cuatro sentidos apuntados al mismo tiempo. En segundo lugar, cuantitativamente estamos, qué duda cabe, ante una

---

Hemos revisado con más detención el planteamiento de los autores citado en SELAMÉ GLENA, NICOLE y VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "Liberalismo, multiculturalismo y Estado de bienestar", *op. cit.*

(25) La idea de "cultura" subyacente se articula en torno a 4 puntos: a) la idea del proceso de lo cotidiano, PHILLIPS, ANNE, "What is 'culture'?", en *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dharmoon y Avigail Eisenberg (eds.), Abingdon, Routledge, 2007, pp. 15/29; b) el choque cultural como una distribución desigual del poder; c) el proceso de significación es de los agentes, no de la cultura, DHAMMOON, RITA, "The politics of Cultural Contestation", en *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, *op. cit.*, pp. 30/49; y d) las culturas ejercen potestades normativas (SHACHAR, AYELET, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001. p. 2).

(26) VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "La relevancia moral de la identidad cultural", en *Polis*, vol. 9, n° 26, 2010, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tng=es); "Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo", en *Revista Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín (Colombia), vol. 11, n° 22, 2012, pp. 31/44, [en línea] <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a03.pdf>; y SQUELLA, AGUSTÍN, VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS y ZÚÑIGA FAJURI, ALEJANDRA, *Curso de filosofía del derecho*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2012, pp. 222/262.

(27) KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Auleda Castells (trad.), Paidós, Barcelona, 1996, pp. 57/76 y 15/164; *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguilbar (trads.), Paidós, Barcelona, 2003, pp. 29/98; *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, 2007. Ver Villavicencio (2013). Para una revisión crítica de la tesis de que el agente moral es anterior a sus fines puede verse Villavicencio (2007). El comunitarismo —ver WALZER, MICHAEL, *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Heriberto Rubio (trad.), México DF, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 19 y el feminismo; ver FRAZER, ELIZABETH y LACEY, NICOLA, *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, University of Toronto Press, 1993, pp. 53/77— son las dos corrientes que le han reprochado al liberalismo su falsa abstracción.

(28) BENHABIB, SEYLA, *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Gabriel Zadunaisky (trad.), Gedisa, Barcelona, 2006, pp. 171/201.

minoría muy relevante. Y, en tercer lugar, el caso es especialmente significativo, pues ilustra muy bien el desafío que supone repensar la forma que permita incluir adecuadamente a una minoría en el *demos*, superando el déficit del modelo liberal de ciudadanía no-diferenciada, pero blindando a la minoría de la violencia que sufren al interior de sus comunidades de pertenencia por razones culturales, potencial o efectivamente opresoras.

Pongamos a prueba, entonces, el modo en que un Estado democrático de derecho debe reaccionar adecuadamente para superar las diferentes fuentes de opresión que sufre una minoría transversal, como es el caso de las mujeres mapuche. Chile, al ratificar en 2009 el Convenio 169 de la OIT, asumió la obligación de asegurar el acceso a la justicia a las personas que pertenecen a un pueblo originario, pero considerando su derecho propio. Durante 2012, el Comité de la Cedaw recomendó a Chile robustecer el sistema judicial para asegurar que las mujeres, “en particular las de grupos desfavorecidos, como las mujeres indígenas, tengan acceso efectivo a la justicia”.<sup>(29)</sup> Esta recomendación es una muestra de la tirantez conceptual que recorre el Convenio 169, pues si bien en el art. 8.1 establece que al “aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres” consagra, acto seguido, como límite al derecho de conservar costumbres e instituciones propias, la circunstancia de que “estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.<sup>(30)</sup> Expresión concreta de esa

(29) CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones, 2012*, [en línea] <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/01/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>. Cfr. NASH, CLAUDIO, LAGOS TSCHORNE, CATALINA, NUÑEZ DONALD, CONSTANZA y otros, *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2013. Sobre el Convenio 169 en general ver, CONTESE, JORGE (ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.

(30) A primera vista, parece clara la filiación multiculturalista liberal del Convenio 169 y, en ese sentido, se le pueden imputar, en buena medida, las críticas que se han hecho a la propuesta conceptual de Kymlicka de los derechos de acomodo. Véase VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo”, en *Revista Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad de Medellín (Colombia), vol. 11, nº 22, 2012, [en línea] <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a03.pdf>. El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos emitió, en relación con el art. 3º del Pacto, la Observación General 28 (2000) sobre igualdad entre hombres y mujeres que sigue igual principio: la cultura no debe ser un pretexto válido para vulnerar el derecho de la mujer a la igualdad ante la ley.



tensión en materia penal es la necesidad de compatibilizar el deber de las autoridades y los tribunales de tener en cuenta las costumbres de los pueblos originarios (art. 9.2) y el coto vedado de los derechos fundamentales.

Según las cifras del Servicio Nacional de la Mujer, entre noviembre de 2011 y 2012, en la Región de La Araucanía se resolvieron 17 casos de violencia contra la mujer mediante una disculpa del agresor, según dicta una posible interpretación de la costumbre mapuche. En general, se trata de casos en que la víctima y el agresor son de etnia mapuche y la defensoría penal invoca —con la oposición de la fiscalía— las formas propias que tendría ese pueblo para resolver los conflictos de violencia intrafamiliar por medio de un “acuerdo reparatorio” que supone disculpas públicas ante las autoridades correspondientes de la etnia. El límite aplicado parece ser el siguiente: aceptar los acuerdos reparatorios, solo si se trata de mujeres que no han sufrido violencia reiterada ni grave.<sup>(31)</sup> ¿Es razonable la solución impulsada por la defensoría penal pública? ¿Se cumplen los límites del Convenio 169 y los demás tratados internacionales sobre derechos humanos?<sup>(32)</sup> El desafío estriba, precisamente, en dar un paso adelante y proponer un mecanismo de conciliación entre la vigencia de los derechos de las mujeres, como minoría al interior de las minorías, que contribuya a superar las soluciones binarias que aparecen en el horizonte. En esa línea, es impostergable avanzar hacia un discurso feminista que, sin negar la importancia de la cultura,

(31) BRAVO, MILLECER, “Tribunales validan disculpas verbales ante violencia intrafamiliar entre Mapuches”, 2013, [en línea] <http://www.lexweb.cl/tribunales-validan-disculpas-verbales-ante-violencia-intrafamiliar-entre-mapuches>. Excelentes análisis, desde una dogmática penal interculturalmente sensible, pueden verse en VILLEGAS DÍAZ, MIRNA, “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXV, n° 2, 2012, pp. 177/205, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502012000200008](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008); “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, en *Política Criminal*, vol. 9, n° 17, 2014, pp. 213/247, [en línea] [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_17/Vol9N17A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf); PALMA, ROSARIO y SANDRINI, RENATA, “Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n° 10, 2014, pp. 151/161, [en línea] <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/31704/33504> y COUSO, JAIME, “Mapuches y derecho penal”, en *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*, Helena Olea (ed.), Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2013, pp. 155/214. Es relevante apuntar que el artículo 19 de la Ley de Violencia Intrafamiliar prohíbe los acuerdos reparatorios.

(32) Desde la perspectiva del derecho internacional, el mejor análisis disponible de los casos aquí presentados es el trabajo de NASH, CLAUDIO, LAGOS TSCHORNE, CATALINA, NUÑEZ DONALD, CONSTANZA y otros, *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2013, pp. 41/64.

reconozca las condiciones de subordinación de las mujeres dentro de ellas; que avance en la reivindicación de los derechos básicos de las mujeres e identifique cuáles son las circunstancias de su contexto particular que impactan en la exclusión. La clave es no dar cabida, *ex ante*, a los prejuicios de una cultura por sobre otra para argumentar sin más la subordinación de todas las mujeres.<sup>(33)</sup>

Analíticamente podemos identificar las siguientes respuestas conceptuales, que desarrollaremos a continuación.

#### 4.1. *Liberal igualitaria*

Fue representada por autoras como Friedman<sup>(34)</sup> y Hay<sup>(35)</sup>. La primera de ellas pretende resolver la tensión entre las pretensiones normativas de los grupos minoritarios y la igualdad de género apelando a una reinterpretación del ideal liberal de la legitimidad política basada en el consentimiento. Su tesis reposa en la siguiente máxima: ninguna práctica a través de la cual una persona puede vulnerar los derechos de los demás es legítima, a menos que todo miembro del grupo que deba vivir bajo ella consienta.<sup>(36)</sup> La autora distingue dos clases de autonomía, una de contenido neutral y otra sustantiva, siendo suficiente para satisfacer la exigencia del consentimiento la primera. Una autonomía sustantiva depende del contenido de lo que es elegido, requiriendo que estos contenidos sean consistentes con el valor de la autonomía. El contenido neutral de la autonomía, en cambio, requiere únicamente que la decisión sea adoptada en condiciones autónomas. Por tanto, se puede elegir autónomamente una opción de vida que no permita vivir de una forma sustantivamente autónoma. Friedman concluye que el consentimiento otorgado por mujeres miembros de minorías culturales acerca de prácticas que parecen violar sus derechos provee, según parece, un grado significativo de justificación para las prácticas en cuestión. Así, el respeto a la autonomía de contenido neutro de mujeres que participan en prácticas que

(33) SANDOVAL, MARCELA y UNDURRAGA, VERÓNICA, "Mujeres y ciudadanía: revisiones conceptuales y estrategias políticas. ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?", en *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II. Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012, p. 32.

(34) FRIEDMAN, MARILYN, *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford University Press, 2003, pp. 179/204.

(35) HAY, CAROL, *Kantianism, Liberalism and Feminism. Resisting Oppression*, Palgrave, Macmillan, 2013.

(36) FRIEDMAN, MARILYN, *op. cit.*, pp. 182/183.

afectan negativamente su autonomía sustantiva, le da a la sociedad una buena razón para tolerar que tal práctica continúe. Esto significa en la práctica que las sociedades liberales, en atención a cualquier situación en que las mujeres puedan elegir formas de vida que violan sus derechos, deben prestar atención a materias como la existencia de alternativas genuinas; si están sujetas a coerción o manipulación; si dentro del contexto de su cultura se encuentran capacitadas para desarrollar su autonomía; y si condiciones de extrema pobreza, falta de educación o abuso socavan tal capacidad. Friedman cree que haciendo esas distinciones es posible superar la crítica formulada a las feministas liberales de querer imponer sus valores a las culturas no-occidentales.

Por su parte Hay, a través de una reinterpretación del ideal kantiano del autorespeto, busca revitalizar el potencial radical del liberalismo para superar la opresión entendida como el perjuicio injusto que sufre una persona en cuanto miembro de un grupo y siempre que dicho perjuicio sea parte de una red estructural y sistemática de instituciones sociales.<sup>(37)</sup> La idea central es que si la opresión perjudica nuestra naturaleza racional, y si el valor de la naturaleza racional es lo que fundamenta la obligación de resistir a la opresión, entonces una persona, cuya naturaleza racional ha sido perjudicada por la opresión, estará obligada en algún momento a resistirla.<sup>(38)</sup>

El problema de estas posiciones radica en la prolongación de los límites del liberalismo. Tal como ha planteado<sup>(39)</sup> —que ha abordado desde su clásico *Is Multiculturalism Bad for Women?*<sup>(40)</sup> el conflicto entre cultura y mujeres en clave liberal—, la tesis del consentimiento de Friedman tiene tres problemas:

- a. no se refiere a la situación no inusual de que las afectadas sean niñas;
- b. la postura es extremadamente ambigua en orden a determinar qué y cuántos “consentimientos” se requieren para justificar la práctica; y

---

(37) HAY, CAROL, *Kantianism, Liberalism and Feminism. Resisting Oppression*, op. cit., p. 3.

(38) HAY, *ibid.*, pp. 178/179.

(39) MOLLER OKIN, SUSAN, “Multiculturalism and feminism: no simple question, no simple answers”, en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Avigail Einsenberg y Jeff Spinner-Halev (eds.), Cambridge University Press, 2005, pp. 67/89.

(40) MOLLER OKIN, SUSAN, *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Joshua Cohen, Matthew Howard y Martha C. Nussbaum (eds.), Princeton University Press, 1999.

- c. los requisitos planteados por Friedman son tan exigentes que parece difícil que alguna mujer (u hombre), independiente de la sociedad de que se trate, pueda cumplirlos.

Debido a su rigurosidad pareciera que no deja espacio para que mujeres puedan decidir adscribir o permanecer en sus comunidades de pertenencia ¿Qué sucede entonces en dichos casos? ¿Deben ser sus pretensiones completamente ignoradas? Es aquí donde su solución dista de ser considerada democrática, pues las mujeres que parecen no alcanzar su estándar resultan excluidas de toda deliberación. No debería, señala Okin, ser necesario que una mujer (o cualquier miembro de un grupo dentro de un Estado liberal) demuestre que puede pensar autónomamente acerca de su vida, como requisito previo para poder desplegar sus puntos de vista acerca de sus prácticas culturales. Es posible que lo que intenta defender Friedman, al final de cuentas, es que no existen circunstancias en las que un Estado liberal pueda autorizar a un grupo para hacer cumplir normas no liberales a sus miembros femeninos.

En una línea similar, y extendiendo la crítica también a Hay, Deveaux<sup>(41)</sup> rechaza las aproximaciones liberales *a priori* en tres sentidos: primero, malentendiendo las formas en que se viven las prácticas culturales; segundo, estas aproximaciones facilitarán resultados mal concebidos y no democráticos; y, tercero, puede que hagan de las condiciones de los miembros vulnerados más opresivas de lo que actualmente son.

#### 4.2. *No intervencionismo tolerante*

Para el **no intervencionismo tolerante** de Kukathas<sup>(42)</sup> los seres humanos vivimos conectados con otros en asociaciones y comunidades, aunque mantengamos intensas diferencias respecto de cuáles deberían ser los términos apropiados de esas agrupaciones. Frente a ese escenario, la teoría liberal ha desarrollado un robusto catálogo de derechos individuales que, si bien juegan un rol importante, no permiten eludir el desacuerdo sobre

(41) DEVEAUX, MONIQUE, "A Deliberative Approach to conflicts of culture", en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Avigail Einsenberg y Jeff Spinner-Halev (eds.), Cambridge University Press, 2005, pp. 340/342.

(42) KUKATHAS, CHANDRAN, *The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, 2003, pp. 74/116; "Exit, freedom and gender", en *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, Dagmar Borchers y Annamari Vitikainen (eds.), Berlín, Walter de Gruyter, 2012, pp. 34/56.

los términos adecuados de la asociación. ¿Cómo deberían resolverse tales desacuerdos? Kukathas plantea que hay dos alternativas:

- a. que los más fuertes ejerzan su poder sobre los más débiles para obligarlos a aceptar sus términos; y
- b. que cada uno trate de persuadir al otro.

Si rechazamos, por buenas razones, la primera opción como inaceptable, la pregunta por responder es ¿qué derechos tiene cada uno contra los otros si él o ella es incapaz de convencer a los demás que se atengan a sus propios términos? El único derecho que cada uno puede tener sigue siendo el derecho a abandonar, esto es, el "principio de salida simple".<sup>(43)</sup> Ahora bien, si cada sujeto tiene la posibilidad de desechar las condiciones de una asociación, un colectivo de individuos igualmente tiene el derecho a negar la membresía a toda persona que no esté dispuesta a aceptar sus condiciones. Ninguna parte tiene entonces, derecho a forzar a la otra para vivir en condiciones inaceptables para esta última.

En el caso específico de los grupos culturales, el **principio de salida simple** implica que la defensa cultural no puede consistir en la negación de la libertad de los miembros individuales para desertar si consideran perjudicial las prácticas del grupo. Este puede usar sus propios recursos o estrategias para tratar de mantener sus tradiciones, pero no puede pretender exigir al resto que las valoren especialmente. Qué es y qué no es perjudicial será, por supuesto, un punto altamente debatido. Cualquier idea de daño supone algún razonamiento sobre costos y compensaciones que son valoradas de manera distinta por diferentes personas. Por ende, el principio de salida simple es el más consistente con la repudiación de la fuerza como medio para determinar cómo las personas deberían vivir.<sup>(44)</sup>

La gran dificultad a la que se enfrenta la tesis de Kukathas es que la configuración del principio de salida simple parece ser inherentemente problemático. Como ha planteado Okin,<sup>(45)</sup> si niñas y mujeres son tratadas desigualmente dentro de sus grupos culturales, ello afectará indefectiblemente su capacidad para ejercer el derecho de salida. Es más, al tener las mujeres una capacidad desigual para salir, su potencial para influenciar en

---

(43) KUKATHAS, CHANDRAN, "Exit, freedom and gender", *op. cit.*, p. 36.

(44) KUKATHAS, CHANDRAN, "Exit, freedom and gender", *ibid.*, p. 39/40.

(45) MOLLER OKIN, SUSAN, "'Mistresses of Their Own Destiny': Group rights, Gender, and Realistic Rights of Exit", en *Ethics*, 112 (2), 2002, p. 207.

las direcciones tomadas por el grupo serán marginales. Además, en muchas ocasiones las mujeres oprimidas no solo son menos capaces de salir, sino que tienen muchas razones para no querer salir de la cultura de origen. De hecho, destaca Okin, las mujeres quieren, y deberían tener, el derecho a ser tratadas justamente dentro de sus grupos culturales. Shachar lo plantea en términos más elocuentes:

la "solución" del derecho de salida falla al proveer una respuesta exhaustiva a la paradoja de la vulnerabilidad cultural. En vez de eso, arroja sobre el individuo ya asediado, la responsabilidad para transformar milagrosamente las condiciones institucional-legales que lo mantienen vulnerable o para hallar los recursos para dejar completamente su mundo. Ciertamente es preocupante cuando una solución exige que aquellos que son más vulnerables deban pagar el precio más alto, mientras los abusadores permanecen imperturbables en sus comunidades de origen.<sup>(46)</sup>

Phillips, en fin, apunta que es indispensable crear las condiciones que permitan hacer real la posibilidad de salida, en especial:

- a. si hay o no un lugar diferente donde llegar;
- b. si se tienen los recursos mínimos;
- c. los costos asociados involucrados; y
- d. la posibilidad de concebir siquiera tal opción.<sup>(47)</sup>

Sin embargo, ninguno de estos puntos parecen preocupar a Kukathas.

### 4.3. Jurisdicciones multiculturales

El modelo de las jurisdicciones multiculturales fue propuesto por Ayelet Shachar.<sup>(48)</sup> El punto de partida para esta filósofa es lo que ella denomina la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, esto es, la justificada reticencia feminista liberal ante la potencial opresión que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de esos grupos y respetar

(46) SHACHAR, AYELET, "On Citizenship and Multicultural Vulnerability", en *Political Theory*, vol. 28 (1), 2000. p. 80.

(47) PHILLIPS, ANNE, *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, 2007, p. 140.

(48) Cfr. VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres", en *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2014, en prensa.

la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación.<sup>(49)</sup> La aspiración fundamental del modelo es lograr dejar atrás la paradoja logrando proteger a los grupos vulnerables u oprimidos por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y locales (comunitarias, grupales o tradicionales) desde una concepción dinámica de las culturas. Así podrían justificarse las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura y no fomentando su oposición refractaria hacia la comunidad dominante. Se institucionaliza una regla de no-monopolio jurisdiccional y se asegura la elección individual, caso a caso, de la ley aplicable. De modo que, por ejemplo, una mujer indígena tendrá asegurado jurisdiccionalmente sus derechos individuales cuando escoja someterse a la jurisdicción estatal en vez de la costumbre indígena que, en su opinión, la discrimine. La idea es equilibrar, por un lado, el reconocimiento de la autonomía normativa del grupo cultural y, por otro, la operatividad de los mecanismos previstos para la protección de los derechos fundamentales básicos.<sup>(50)</sup>

Más allá del problema evidente de la falta de certeza y del costo que supondría implementar una jurisdicción pluralista, algunas críticas relevantes a Shachar son las que siguen. En primer lugar, en un modelo pluralista no se traza una distinción clara entre lo normativamente correcto y lo institucionalmente factible, es decir, podemos llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales y políticas con aquello que, por principio, consideramos justo.<sup>(51)</sup> En segundo lugar, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el serio riesgo de provocar una especie de refeudalización de la ley, socavando la igualdad ante la ley.<sup>(52)</sup> Hay una diferencia relevante entre las excepciones

---

(49) SHACHAR, AYELET, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001, pp. 4/10. Cfr. TORBISCO, NEUS, "Beyond the Feminism vs. Multiculturalism Dispute on Group Rights: Towards a Participatory Approach", documento para la discusión, SELA, 2011, inédito, [en línea] [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11\\_Torbisco\\_CV\\_Eng\\_20110524.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Torbisco_CV_Eng_20110524.pdf)

(50) SHACHAR, AYELET, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, *ibid.*, p. 117 y ss. PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, "Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?", en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 13, 2004.

(51) Cfr. KUKATHAS, CHANDRAN, "Exit, freedom and gender", *op. cit.*, pp. 53/55.

(52) BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, 2002, p. 128

hechas a favor de determinados grupos sobre la base de razones que se supone todos comparten, y el presupuesto de que las razones que justificarían el trato diferencial ya no exijan ser generalizadas. O sea, si no se especifica la capacidad de los principios constitucionales para prevalecer por sobre otro tipo de normativas jurídicas, es posible que no estemos resolviendo la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, sino simplemente permitiendo su recirculación en todo el sistema jurídico.<sup>(53)</sup> En tercer lugar, permanece latente el endiosamiento del proceso jurídico, judicializando el diálogo político y cultural.

#### 4.4. *Propuestas deliberativas*

Por último, se encuentran las propuestas deliberativas. La base de estas posturas es revitalizar un diálogo intercultural vibrante y dinámico que permita, desde una visión no reduccionista de la cultura,<sup>(54)</sup> la comparecencia de todos los grupos en igualdad de condiciones dialógicas en la esfera pública. Así, por ejemplo, Benhabib propone una noción de cultura articulada sobre la base del constructivismo social caracterizada por una visión narrativa de las acciones y de la cultura, conforme a la cual debemos distinguir entre el punto de vista del observador social y el del agente social. El observador social es el que impone —de la mano de las élites locales— la unidad y la coherencia sobre las culturas como entidades observadas. En cambio, el agente social representa la perspectiva de los participantes de la cultura que experimentan sus tradiciones a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertidos y rebatibles. Desde su interior una cultura nunca aparece como un todo homogéneo.<sup>(55)</sup> Pues bien, las tesis multiculturalistas deben sacudirse de esa concepción estática de la cultura: si una cultura cae en este vicio estaría siendo inconsistente con la única versión plausible del multiculturalismo, pues petrificaría la cultura

(53) BARRY, BRIAN, *Culture and Equality*, Harvard University Press, 2002, pp. 38/50.

(54) Debe superarse una sociología reduccionista de la cultura fundada en premisas epistémicas falsas: a) afirmar que las culturas son claramente delineables; b) creer que es posible una descripción no controvertida de la cultura; y c) considerar que aun cuando las culturas y los grupos no se corresponden entre sí, esto no implica problemas para la política. BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, op. cit., p. 4. Parekh ha sostenido que las culturas son imperfectas, limitadas, internamente plurales, y permeables a influencias externas (PAREKH, BHIKHU, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, 2ª ed., Palgrave, Macmillan, 2006, pp. 336/338).

(55) BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, op. cit., pp. 4 y 5.



a costa de la autonomía de algunos de sus miembros impidiendo que estos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como nos asegura Parekh,<sup>(56)</sup> permeable externamente, haciendo vano todo cuestionamiento sobre el modo en que debemos tratar a las minorías al interior de las minorías.

Para las propuestas deliberativas no basta el derecho de salida, ya que traslada el peso del conflicto al individuo, excusando a los grupos, comunidades, y al Estado. Si la identidad cultural de verdad interesa a los sujetos, es muy probable que decidan permanecer en sus grupos desafiando a las élites del mismo o desechen la posibilidad de renunciar por el fuerte compromiso con su grupo cultural o religioso.<sup>(57)</sup> De este modo, la democracia deliberativa emerge como el modelo más adecuado para responder a nuestro desafío, caracterizándose por dos elementos claves:

- a. un marcado énfasis en la esfera pública que es el lugar donde deben situarse las disputas multiculturales y donde ocurren las transformaciones políticas y morales; y
- b. una defensa de la apertura de la agenda del debate público difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es solo propio de mi cultura.<sup>(58)</sup>

A primera vista, las propuestas deliberativas parecen ser las más potentes, pero también presentan dificultades. Probablemente las más relevantes son las que se deducen de las objeciones generales que se hacen al modelo deliberativo y que Deveaux identifica bien a través de las siguientes preguntas: ¿quién ha de participar en la deliberación? ¿Quién se incluye, a quién se silencia y quién habla por quién? ¿Qué normas son supuestas por el esquema deliberativo y si son estas genuinamente compartidas o son excluyentes? ¿Cómo se conduce la deliberación? ¿Qué tipo de resultado debe ser el esperado?<sup>(59)</sup> Pero, más allá de las tensiones generales que afectan a las

---

(56) PAREKH, BHIKHU, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity And Political Theory*, op. cit., pp. 95/338.

(57) PHILLIPS, ANNE, *Multiculturalism without Culture*, op. cit., pp. 151/157; y SHACHAR, AYELET, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, op. cit., pp. 40/42.

(58) BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, op. cit., pp. 106/114; DEVEAUX, MONIQUE, *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell University Press, 2000, pp. 138/179.

(59) DEVEAUX, MONIQUE, "A Deliberative Approach to conflicts of culture", en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Avigail Einsenbergy y Jeff Spinner-Halev (eds.), Cambridge University Press, 2005, pp. 344 y 345.

propuestas de índole deliberativa, se mantiene la ambigüedad que aflige a propuestas como la de Parekh: esperar a que el debate fluya para que se haga más amigable no es algo que los grupos oprimidos —las propias mujeres, por ejemplo— podrían estar dispuestos a aceptar. En palabras de Deveaux,<sup>(60)</sup> hay tres peligros de los cuales el enfoque deliberativo no puede sacudirse: primero, la posibilidad siempre contingente de que los resultados de la deliberación sean liberales; segundo, que el modelo deliberativo descansa en una concepción de la legitimidad política paradójicamente construida en tensión con las visiones canónicas de ciertos grupos tradicionales cuyas prácticas son cuestionadas; y, tercero, el rechazo de parte de las comunidades tradicionales a los efectos que pudieran generar en ellas la implementación de los requerimientos de una deliberación abiertamente inclusiva.

## 5. Conclusión. Una concepción pluralista y su recepción constitucional

El único camino que queda por recorrer es que seamos capaces de construir una visión pluralista con la finalidad de superar las deficiencias de las propuestas descritas consideradas aisladamente. Esa concepción pretenderá hacerse cargo de la paradoja de la vulnerabilidad cultural y dilucidar si la apelación a la cultura interna es una justificación suficiente para no reconocer a las mujeres (como un grupo minoritario al interior de las propias minorías) un catálogo de derechos básicos mínimos que aseguren las precondiciones de una deliberación auténtica. Se trata entonces, de un equilibrio triple: en primer lugar, el reconocimiento de las potestades normativas de las comunidades indígenas (autodeterminación territorial y funcional, o sea, política); en segundo lugar, reconocimiento como consecuencia de lo anterior de una jurisdicción multicultural que permita escoger caso a caso la legislación aplicable; y, por último, la distribución para todas y todos de los derechos que aseguren una democracia deliberativa. Estos derechos constituyen la garantía institucional de “tomarse en serio” —y a la vez “cobrarles la palabra”— a aquellos que defienden posturas multiculturalistas más intensas, pero que afirman que no defienden una visión reduccionista ni esencialista de las culturas y que, por lo tanto, estas son porosas, permeables y admiten la disidencia interna. ¿Cómo articular esa caracterización de las culturas a través del derecho? La respuesta no

(60) DEVEAUX, MONIQUE, *ibid.*, pp. 360 y 361.

puede ser otra que por medio de ciertos derechos fundamentales que salvaguardan la deliberación.

¿Qué debería decir la Constitución al respecto, entendiéndola como bloque constitucional? Las ideas matrices que propongo son las que siguen:<sup>(61)</sup>

1. Incorporar en la Constitución del Estado la perspectiva de género que permita superar su falsa neutralidad al institucionalizar —explícita o implícitamente— la dominación patriarcal y una discriminación de carácter estructural contra las mujeres, excluyéndolas de los que cuentan para efectos de dotar de legitimidad al sistema político. Ello debería traducirse, al menos, en la incorporación de la idea de género en la cláusula de igualdad en la Constitución, la remisión constitucional a un sistema electoral desarrollado por la ley que permita superar la infrarrepresentación de las mujeres, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y las políticas de conciliación en materia de crianza y cuidado.
2. Establecer mecanismos institucionales que aseguren la igual de participación de la nación mapuche dentro de la comunidad política mayor entendida como Estado plurinacional, que permitan autonomía territorial y funcional; única forma de administrar establemente el hecho de que la identidad mapuche se construye en la intersección de la identidad general y comunitaria-local.
3. Institucionalizar jurídicamente el carácter *nomoi* de la comunidad minoritaria mapuche a través de un reconocimiento general de potestades normativas que dé lugar a una genuina jurisdicción pluralista que excede, por cierto, la muy limitada aplicación de los arts. 9º y 10 del Convenio 169 de la OIT.
4. Asegurar la posibilidad de elección de la mujer mapuche de someterse a la jurisdicción local o a la chilena caso a caso en un contexto en el que se cumplen todas y cada una de las condiciones mínimas de una democracia deliberativa:
  - a. **la reciprocidad igualitaria y principio de la inclusión política:** la pertenencia de un individuo a una determinada minoría no debe traducirse, en principio, en el otorgamiento de un grado inferior de derechos políticos;
  - b. **la autoadscripción al grupo:** una persona no debe ser asignada automáticamente a un grupo cultural, religioso o lingüístico en virtud de su nacimiento. La pertenencia grupal de una persona debe admitir formas amplias de autoadscripción y autoidentificación;
  - c. **la libertad de salida y asociación:** un sujeto debe tener la facultad de salir o de asociarse a un determinado grupo, aunque ello pueda conllevar la pérdida de ciertos privilegios, los que en todo caso deben ser posibles de ser judicializados para su potencial control;

---

(61) Cfr. VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, "Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres", *op. cit.*

- d. **el principio de la no-dominación:** su finalidad es evitar que los participantes, especialmente aquellos con mayor poder económico o social (los hombres) coaccionen a otros (las mujeres) socavando la deliberación política y excluyendo a ciertos individuos del proceso; y
- e. **el principio de la posibilidad de revisión:** una vez alcanzado un compromiso o un acuerdo debe ser posible revisarlo las veces que sea necesario. Este principio facilita que las personas y los grupos estén abiertos a suscribir un pacto pues conlleva implícitamente la posibilidad de renegociar, haciéndose cargo de esta forma del carácter fluido de las prácticas sociales y culturales.<sup>(62)</sup>
5. Cumplidas las condiciones anteriores, es esperable que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y la minoritaria se autoconciban como agentes morales cuya identidad tiene una afiliación plural permitiendo que, en la vida cotidiana, tanto el Estado, el grupo dominante y los grupos minoritarios se autocomprendan como entes sociales mutables que se influyen recíprocamente velando por sus miembros.<sup>(63)</sup> Es indispensable que las demandas multiculturales, precisamente porque muchas de sus manifestaciones desafían los presupuestos básicos de las democracias constitucionales modernas, liberen su potencial conflictivo en la esfera civil pública a través del diálogo, la controversia y la negociación entre ciudadanos y ciudadanas comunes.<sup>(64)</sup> En una democracia deliberativa e intercultural dinámica, las maniobras de los abogados, operadores y jueces ejercitando las herramientas —consciente o inconscientemente— de modelos pluralistas jurídicos no deberían reprimir del todo el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través de este por parte de los propios ciudadanos, los de la cultura dominante, los de la cultura minoritaria y sus minorías internas. Tal como plantea Deveaux,<sup>(65)</sup> nada de lo anterior asegura que los resultados de la deliberación vayan a ser considerados los más justos desde el punto de vista de los diferentes interesados, pero los procesos de evaluación y reforma, en caso que sea necesario, de las prácticas impugnadas generarán soluciones legitimadas democráticamente y serán políticamente viables.

Tratar a las mujeres con igual consideración y respeto, en cuanto miembros vulnerables de grupos minoritarios, no admite soluciones sencillas ni monistas. Debemos transitar desde posturas que esencializan las culturas, para bien o para mal, a una propuesta que comience por dejar de

(62) Cfr. BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, op. cit., pp. 131/132.

(63) Cfr. SHACHAR, AYELET, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, op. cit., p. 118.

(64) BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, op. cit., pp. 115.

(65) DEVEAUX, MONIQUE, "A Deliberative Approach to conflicts of culture", op. cit., p. 362.

hablar en nombre de las mujeres. El origen de la posible vulneración de sus derechos no reposa, necesariamente, en la cultura en que se insertan, sino en los agentes —la mayoría, hombres— que lideran esos grupos y que aseguran representarlas declamando por ellas con el implícito interés de mantener el control, pero también en los Estados y en los organismos internacionales que, inspirados por un bien intencionado paternalismo, se olvidan demasiado a menudo de preguntarles sus opiniones y reconducirlas institucionalmente. De lo que se trata, como de manera gráfica ha señalado Gargarella<sup>(66)</sup>, es que dejemos entrar a las mujeres —y a otros grupos desaventajados— a la “sala de máquinas” de la Constitución, y no solo contentarse con concederles derechos administrados por la élite dominante.



---

(66) GARGARELLA, ROBERTO, El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El País*, 2014, [en línea] [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088\\_091940.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html)

# Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho

## Acerca de las condiciones semánticas de un juego del lenguaje con sentido

PILAR ZAMBRANO<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** lenguaje - interpretación - enunciados iusfundamentales - interpretabilidad - realismo semántico.

### 1. Introducción

En los albores del siglo XXI muchos de los conceptos que hasta hace poco tiempo se consideraban axiomáticos en la teoría y/o en la filosofía del derecho positivo han comenzado a perder gran parte de su fuerza explicativa.

Uno de los fenómenos sociales que con más fuerza ha disparado esta renovación conceptual es el "pluralismo", que ya hace algún tiempo inquietó a John Rawls. En los territorios estatales conviven ciudadanos de diferentes

---

(1) Abogada (UCA). Doctora en Derecho, Universidad de Navarra, España. Investigadora Asistente del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conicet). Profesora Titular, Universidad Austral. Profesora invitada en universidades nacionales e internacionales. Investigadora del Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra. Profesora Asociada de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral Argentina.

identidades nacionales y culturales, muchas de las cuales son, a su vez, el resultado de un entrecruzamiento entre distintas concepciones comprensivas, en términos del mismo Rawls.<sup>(2)</sup> En este contexto, ya no queda tan claro que el Estado pueda continuar definiéndose como la organización política y jurídica de una nación y que la nación pueda seguir definiéndose, a su vez, como una comunidad con una identidad cultural determinada.<sup>(3)</sup>

Estos mismos movimientos sociológicos, unidos a otros fenómenos políticos como la tendencia de los Estados a delegar una porción cada vez más importante de su soberanía en instituciones supranacionales y paraestatales, desafían, a su vez, la plausibilidad de hacer converger de modo total y excluyente los conceptos de "Estado" y de "derecho". Ya no se trata solamente de que las sentencias y las opiniones de los tribunales internacionales sean vinculantes para los Estados que delegaron voluntariamente su jurisdicción en ellos. Los Estados no pocas veces ejercen su poder político sujetándose a normas del denominado "*soft law*", como las resoluciones de comités que desde el punto de vista del derecho internacional público carecen de toda fuerza vinculante. En este segundo contexto, lo que ya no queda tan claro es que pueda seguir afirmándose que la fuente primaria y excluyente del derecho positivo sea la ley formalmente concebida.<sup>(4)</sup>

Los movimientos sociales y políticos no han pasado desapercibidos ni en el ámbito de la práctica jurisprudencial ni tampoco en la teoría del derecho. La práctica jurisprudencial ha reaccionado reconociendo a los derechos fundamentales una fuerza expansiva sin precedentes a través del denominado "neoconstitucionalismo" que ha derivado ahora en un "neoconvencionalismo".<sup>(5)</sup> Quizá el signo más relevante de la toma de

(2) Ver RAWLS, JOHN, *Political liberalism*, ed. ampliada, Columbia University Press, XLV y XLVI, 2005.

(3) VIOLA, FRANCESCO, "La vía europea de la razón pública", en *Persona y Derecho*, n° 65, 2011, pp. 59/82: 64.

(4) En este sentido, se ha sostenido que la disyuntiva entre monismo y dualismo, como dos paradigmas contradictorios de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional, ha quedado superada en el plano práctico por el "pluralismo de fuentes". Ver VON BOGDANDY, ARMIN, "Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales", en Griselda Capaldo; Jan Sieckmann y Laura Clérico (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Bs. As., Eudeba, 2012, p. 24.

(5) Sobre el neoconstitucionalismo ver, entre muchas otras obras posibles, CRUZ, LUIS M., *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, p. 1; y "Neconstitucionalismo y positivismo jurídico", en *Archiv für rechts- und sozialphilosophie* 106, 2007, pp. 22/33; o PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*,

conciencia académica de la revolución sociológica, política y conceptual que está atravesando el derecho desde finales del siglo pasado es lo que algunos denominan el “giro interpretativo” en las ciencias sociales.<sup>(6)</sup> En una síntesis muy apretada este giro podría definirse como la conciencia de que todas las prácticas sociales que están medidas por el lenguaje son, en la misma medida en que se realizan a través del lenguaje, prácticas sujetas a una interpretación controvertida. El lenguaje es abstracto por naturaleza y esta abstracción determina que para cada concepto exista un margen o un grupo de casos o referencias controvertidas. Por ello, cuando una práctica social utiliza el lenguaje para la consecución de sus fines es, por naturaleza, una práctica controvertida.<sup>(7)</sup>

Si estas consideraciones se aplican al derecho, el giro interpretativo podría definirse como la conciencia explícita de que todo el derecho positivo es controvertible. En palabras de Ronald Dworkin (quizá el representante más notorio de esta nueva visión del derecho), el derecho es una práctica social interpretativa en el sentido de que todas sus reglas están sujetas a discusión y que, más aún, esta discusión es el motor que alimenta su creación y su transformación.<sup>(8)</sup>

La naturaleza controvertida del derecho no debería en realidad sorprender a nadie mínimamente familiarizado con su práctica. Lo novedoso no es la controversia, sino el modo y el contexto en que esta se desarrolla en las prácticas jurídicas actuales. En cuanto al modo, podría resumirse diciendo que el denominado “neoconstitucionalismo” se ha salido de sus cauces. Ya casi no queda controversia que no se plantee en términos de derechos fundamentales, con una marcada indiferencia hacia las reglas de uso del lenguaje iusfundamental. En cuanto al contexto, el pluralismo y el multiculturalismo

---

Madrid, Trotta, 2003, p. 107. Sobre la vigencia y el alcance del denominado “control de convencionalidad” en el ámbito latinoamericano, ver, por ejemplo, GELLI, M. ANGÉLICA, “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”, en Griselda Capaldo; Jan Sieckmann y Laura Clérico (eds.), 2012, p. 414 y ss.

(6) Ver BOHMAN, JAMES F.; HILEY, DAVID, R. y SHUSTERMAN, RICHARD, “Introduction: the interpretive turn” en James F. Bohman; David, R. Hiley y Richard Shusterman (eds.), *The interpretive turn*, Londres, Cornell University Press, 1991, p. 1.

(7) Ronald Dworkin es uno de los autores más relevantes que han desarrollado el concepto del derecho como una práctica esencialmente “interpretativa”. Entre sus obras más significativas en este sentido podemos mencionar: *Law’s Empire*, Cambridge, Cambridge Mass, 1986; *Freedom’s law. The moral reading of the american constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996; y *Justice in robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006.

(8) Ver DWORKIN, RONALD, *Justice in robes*, op. cit., p. 11.



de nuestras sociedades contemporáneas han licuado la posibilidad de hallar una perspectiva común de comprensión de los derechos, y por la misma razón han licuado también la legitimidad de las decisiones políticas.

De forma que aunque en la era del neoconstitucionalismo el poder de los jueces para invalidar leyes generales o políticas administrativas en nombre de los derechos fundamentales sea cada vez mayor, los preceptos morales desde los cuales se ejerce este poder son también cada vez más polémicos. Si se combinan ambos factores, la escena resultante es muy pobre en términos de eficiencia y legitimidad en el gobierno.

No es de extrañar pues que, como ha insistido en señalar Andrés Ollero, cada vez se haya tornado más difícil distinguir los derechos de los deseos, tanto en el plano político como en el jurídico.<sup>(9)</sup> En efecto, el “juego del lenguaje” de los principios y derechos fundamentales se ha fragmentado al compás de la fragmentación social y cultural. En contra de la aspiración de John Rawls, el lenguaje de los derechos fundamentales ya no es el corazón o el centro de un consenso político entrecruzado, sino más bien el arma que se esgrime para el enfrentamiento jurídico y político en las prácticas constitucionales occidentales.<sup>(10)</sup>

La ausencia de una plataforma moral común para interpretar los principios fundamentales ha transformado pues a nuestras prácticas jurídicas en una suerte de torre de Babel donde todos usamos las mismas palabras y declaraciones para hacer valer nuestras pretensiones, pero lo hacemos con sentidos diferentes y a veces contradictorios.<sup>(11)</sup> En este contexto, se comprende la relevancia y la urgencia de la pregunta de Andrés Ollero acerca de si la democracia aconseja que se renuncie a toda pretensión de verdad en una sociedad plural y multicultural.<sup>(12)</sup>

Una respuesta afirmativa implicaría que el idioma de los principios y derechos fundamentales no es otra cosa, en realidad, que un bonito disfraz para el uso de la fuerza. Frente a esta conclusión, aquí se sostiene una comprensión alternativa según la cual el juego del lenguaje iusfundamental puede cumplir con su propósito más básico de garantizar el respeto

---

(9) Ver OLLERO, ANDRÉS, “¿Son jurídicos los derechos humanos?”, en *Scio* 4, 2009, pp. 135/154: 136.

(10) Sobre el concepto de consenso entrecruzado, Ver RAWLS, JOHN, *Political liberalism*, op. cit.

(11) La analogía con la Torre de Babel está tomada de CRISTOFARI, FABIANA, *Identità personale y multiculturalismo*, pro manuscrito, p. 107.

(12) Ver OLLERO, ANDRÉS, “Democracia y relativismo en una sociedad multicultural”, en César Izquierdo y Carlos Soler (eds.), *Cristianos y democracia*, Pamplona, Eunsa, 2005, p. 48.

a la persona, aún en un contexto de fragmentación moral y política, si se asumen al menos dos condiciones. Primero, una teoría semántica que dé cuenta del vínculo objetivo —no discrecional— de significación o representación entre los enunciados de derechos fundamentales y los requerimientos de justicia que estos enunciados expresan. Segundo, un horizonte de justicia objetiva que garantice que **aquello** que los enunciados iusfundamentales significan o expresan es intrínsecamente razonable.<sup>(13)</sup>

Una y otra condición ciernen la interpretación entre un piso de posibilidades interpretativas dado por las normas que rigen la formación y el uso del lenguaje jurídico, y un techo de posibilidades interpretativas dado por las exigencias básicas de justicia a las que apunta todo lenguaje jurídico. Es el marco que permite distinguir la creación pura sin espacio para el reconocimiento del objeto, del espacio legítimo e inevitable de creatividad en la interpretación.<sup>(14)</sup>

En las páginas que siguen desplegamos algunas de las razones por las cuales una teoría semántica realista del tipo de la propuesta por Hilary Putnam y Saul Kripke ofrece una explicación suficiente de la función significativa de los enunciados iusfundamentales. Más concretamente, se intentará mostrar que la insistencia típica del realismo semántico en la prioridad de la referencia sobre el significado es una necesidad lógica de cuatro caracteres generalmente consensuados de los enunciados iusfundamentales, a saber: su proyección universal, su naturaleza categórica y su pretensión de inteligibilidad y razonabilidad.

## 2. El realismo semántico como presupuesto lógico de la capacidad significativa de los enunciados iusfundamentales

Durante los años 70 Saul Kripke y Hilary Putnam lanzaron una suerte de revolución en el campo de la filosofía del lenguaje con sus respectivos trabajos: *Name and necessity*, y *The meaning of meaning*.<sup>(15)</sup> En una muy breve

(13) El concepto de "horizonte de justicia objetiva" está tomado de OLLERO, ANDRÉS, "¿Son jurídicos los...", *op. cit.*, p. 139. Hemos desarrollado más ampliamente la necesidad lógica de estas dos condiciones, entre otros trabajos, en ZAMBRANO, PILAR, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2009, *passim*.

(14) Ver ZAMBRANO, PILAR, *op. cit.*, p. 79.

(15) KRIPKE, SAUL, "Naming and necessity", en Donald Davidson y Gilbert Harman (eds.), *Semantics of natural language*, Dordrecht - Boston, Reidel, 1972, p. 253; PUTNAM, HILARY, "The meaning of meaning", en K. Gunderson (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge University Press, 1975, p. 131. Sobre el impacto de estos dos trabajos en la filosofía del lenguaje del siglo XX, ver, por ejemplo, PESSIN, ANDREW y GOLDBERG, SANFORD, "Preface" en Andrew

síntesis, sostuvieron que el significado de los conceptos no se construye con el mero uso social, sino que es más bien el producto de una mezcla de creación social y de descubrimiento. Las teorías semánticas inspiradas en sus ideas se describen como teorías que dan “prioridad a la referencia sobre el significado” en el sentido de que la referencia de los conceptos —es decir, las cosas a las que los conceptos se aplican— constituye el criterio último para abstraer su significado (la idea general que el concepto designa).<sup>(16)</sup>

Un ejemplo muy utilizado para explicar esta teoría es la del concepto “oro”. ¿A qué llamamos “oro”? La respuesta podría ser: el significado de oro es “mineral amarillo que brilla mucho, y que tiene una determinada composición química”. En principio podemos aplicar el concepto de “oro” a muchas cosas que brillan como tal, pero si consultamos a los expertos (los químicos, por ejemplo) hallaremos que estábamos equivocados pues aunque muchas cosas brillen como el oro no todas poseen su composición química. Frente al hallazgo de que algo que parecía oro en realidad no lo era, la así llamada por Hilary Putnam “semántica tradicional” dejaría librada a la comunidad lingüística la opción de cambiar o mantener el significado de la palabra “oro”. Si el significado se cambia, será para extenderlo y hacer entrar en su campo de referencia a la substancia que parecía oro pero que, en la visión de los expertos y a la luz del uso tradicional del concepto, no lo era. Si el significado se mantiene, la substancia equívoca quedará excluida del campo de referencia del concepto.<sup>(17)</sup> Que el significado cambie o se mantenga depende de los intereses, de las convicciones científicas o lo que sea que empuja o conduce el uso de los conceptos en una determinada comunidad lingüística (Foucault diría que es poder).

En la visión de Putnam y Kripke, lo correcto, en cambio, es hacer prevalecer la referencia sobre el significado. Una vez que nos damos cuenta de que algunas cosas que brillan como el oro no son realmente oro, no hay más opciones para la comunidad lingüística que la rectificación del significado.

---

Pessin y Sanford Goldberg, Sanford (eds.), *The twin earth chronicles. Twenty years on reflection on Hilary Putnam's "The meaning of meaning"*, Nueva York, M. E. Sharpe, 1996, pp. XI/XIII.

(16) Sobre el sentido de la expresión ver por ejemplo MOORE, MICHAEL, “Justifying the natural law theory of interpretation”, en *Fordham Law Review*, 2001, pp. 2087/2091. La expresión está ligada a la teoría de Kripke sobre los “designadores rígidos”, en KRIPKE, SAUL, “Naming and necessity”, *op. cit.*, p. 269. Hilary Putnam originariamente discutió esta prioridad bajo el título de “Significado y extensión” (*Meaning and extensión*). Ver PUTNAM, HILARY, en Andrew Pessin y Goldberg, Sanford (eds.), *The twin earth chronicles...*, *op. cit.*, p. 6.

(17) Ver PUTNAM, HILARY, “Meaning and reference”, en *The Journal of Philosophy* 70 (19), 1974, pp. 699/711, especialmente 710.

En términos de teoría del conocimiento, afirmar la prioridad de la referencia sobre el significado implica también afirmar la prioridad de la aprehensión sobre el juicio, estos como actos conectados pero diferenciables de la inteligencia. Mediante la aprehensión se abstrae, separa e identifica aquello que comparten entre sí (la idea o significado de oro) las cosas a las que se refiere el concepto. Mediante el juicio se afirma (o niega) la pertenencia de un individuo a una clase conceptual: “esto es —o no es— un anillo de oro”. El concepto abstraído en la aprehensión justifica la validez o invalidez de los juicios: podemos aplicar correctamente un concepto (la idea o el significado de oro como “aquello que brilla y tiene tal y cual composición química”) a la realidad y juzgar lo que las cosas son (“esto es un anillo de oro”) porque antes hemos aprehendido el concepto en forma relativamente independiente al juicio.<sup>(18)</sup>

Para una semántica radicalmente convencional, en cambio, el significado antecede a la referencia, y (o porque) los juicios anteceden a la aprehensión del concepto. No existe nada necesariamente compartido entre los entes a los que se aplica un concepto, salvo el hecho fortuito de que fueron agrupados o clasificados en una misma clase mediante juicios análogos dentro de una determinada comunidad lingüística. Por ello, el significado de los conceptos no se abstrae a partir de la referencia, que carece de inteligibilidad propia, sino a partir del “uso del lenguaje”, que no es otra cosa que los juicios que se realizan de forma convergente en el seno de una comunidad lingüística.

La convencionalidad del significado y de la referencia no es ni la única ni la más discutida tesis de las denominadas, por Hilary Putnam, “teorías tradicionales” del lenguaje. Constituye, más bien, una consecuencia lógica de la opción por otorgar prioridad al “significado” o, si se quiere, a la definición por sobre la referencia de los conceptos y al uso del lenguaje (o juicio) por sobre la aprehensión.<sup>(19)</sup> Sin posponer la importancia del debate generado por el resto de las tesis dentro de la filosofía del

(18) Ver LLANO, ALEJANDRO e INSCIARTE, FERNANDO, *Metafísica tras el final de la metafísica*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2007, p. 55 y ss.

(19) Una excelente explicación de la naturaleza radicalmente convencional de todas las variantes de las así llamadas por Putnam teorías “tradicionales” del lenguaje puede encontrarse en MOORE, MICHAEL S., “Can objectivity be grounded on semantics?”, en Enrique Villanueva (ed.), *Law: metaphysics, meaning, and objectivity*, Amsterdam, Rodopi Philosophical Studies, 2007, p. 746 y ss. Una buena síntesis del resto de las notas típicas de estas teorías en MARGOLIS, ERIC y LAURENCE, STEPHEN, “Concepts and cognitive sciences”, en Eric Margolis y Stephen Laurence (eds.), *Concepts: core readings*, Londres, Mit Press, 1999, pp. 3/80 y 8/15.

lenguaje, nuestro propósito en este trabajo es mucho más acotado. Nos focalizamos en la tesis de la convencionalidad y, concretamente, en algunos de los problemas que plantea para la interpretación de los enunciados iusfundamentales. A través del análisis de estas dificultades pretendemos defender la tesis propositiva según la cual la prioridad de la referencia sobre el significado y de la aprehensión sobre el juicio está presupuesta en cuatro caracteres de los enunciados de derechos fundamentales: su universalidad, su naturaleza categórica, su pretensión de razonabilidad y su pretensión de inteligibilidad.

### **2.1. Una semántica realista implicada en la proyección universal de los enunciados iusfundamentales**

La proyección universal de los enunciados iusfundamentales se nombra en algunos textos de modo explícito, y en otros de modo algo menos directo, a través de la referencia a proposiciones morales autoevidentes. Ejemplo de lo primero es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945. Ejemplo de lo segundo es la Declaración americana de la Independencia que funda su legitimidad en la autoevidencia de la igualdad entre los hombres y su consecuente condición de titulares de derechos inalienables: *"We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal, that they are endowed by their Creator by certain unalienable rights (...)"*.

La proyección universal de los enunciados iusfundamentales es difícilmente conciliable con la naturaleza convencional que tendría su referencia si se los interpretara asumiendo una semántica tradicional desde el momento en que las convenciones se ciernen al espacio y al tiempo de una concreta comunidad lingüística. Por ello, cualquier teoría semántica que sostenga que tanto el significado de los enunciados como su referencia se construyen convencionalmente es, por definición, una teoría parroquial. Esto es, una teoría que se sitúa en la necesidad lógica de identificar y delimitar la comunidad lingüística dentro de la cual las convenciones lingüísticas son válidas.<sup>(20)</sup>

---

(20) Sobre la inescapable parroquialidad de toda teoría convencional del lenguaje y del derecho, ver ETCHEVERRY, JUAN B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2008, p. 10. Joseph Raz distingue la naturaleza universal del derecho y la naturaleza parroquial del concepto de derecho; esta distinción es tan aceptable como bizantina, una vez que Raz también afirma que la única vía de acceso a la realidad "universal" del derecho es a través de conceptos parroquiales, en RAZ, JOSEPH, "Two views of the nature of theory of law", en *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 249 y 280, y más recientemente, RAZ, JOSEPH, *Between authority and interpretation*, Oxford, Oxford University Press,

En el caso concreto de los enunciados iusfundamentales, una teoría semántica convencional se sitúa en la necesidad de identificar cuál es la comunidad lingüística pertinente para determinar cuál es el uso correcto de los conceptos vinculados a los derechos fundamentales. ¿Es la comunidad especializada de operadores jurídicos, como Hart propuso hace algún tiempo? ¿Es la comunidad más amplia de todos los ciudadanos dentro de un Estado nacional? ¿O es, quizás, la comunidad especializada de operadores jurídicos en el ámbito jurídico internacional?

El paso de la primera a la segunda etapa en el desarrollo del pensamiento de John Rawls es un ejemplo paradigmático de esta dificultad. En efecto, si hay un ítem que marca la diferencia entre el Rawls anterior y posterior a los años 80 es la extensión de la comunidad lingüística que considera pertinente para analizar los conceptos centrales del liberalismo y, más específicamente, los derechos fundamentales. Mientras que en la *Teoría de la justicia* Rawls parecía contextualizar su análisis en una comunidad lingüística aparentemente universal, en las conferencias que acabaron en *El liberalismo político* el contexto es claramente local. Las perplejidades de John Rawls son, por lo tanto, una muy útil heurística para entender el problema de la identificación de la comunidad lingüística. Rawls explicó de forma abierta que la razón para el cambio desde una teoría de la justicia universal hacia una teoría local radicaba en su rechazo de cualquier enlace o parecido con teorías metafísicas. Si el costo de este rechazo fue nada más y nada menos que una provincialización de su teoría, él estaba dispuesto a pagarlo y fue absolutamente sincero acerca de haberlo hecho.<sup>(21)</sup>

2011, p. 32. Un ejemplo de la inescapable necesidad de dar cuenta de los límites espaciales y temporales de la comunidad lingüística en la cual se analiza un concepto (y por lo mismo también una teoría) del derecho es HIMMA, KENNETH E., "Making sense of constitutional disagreement: legal positivism, the bill of rights, and the conventional rule of recognition in the United States", en *Journal of Law in Society*, 4, 2003, pp. 149, 153 y ss.

(21) La interpretación universalística de la concepción de la justicia propuesta por John Rawls en *A theory of justice*, Cambridge, Mass, 1971, está inspirada en su profunda conexión con una teoría kantiana de lo bueno. Ver, por ejemplo, BEINER, RONALD, *What's the matter with Liberalism?*, Berkeley, University of California Press, 1992, pp. 63/66; LARMORE, CHARLES, *Patterns of moral complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 125/126, 174/175, 67/68; o SANDEL, MICHAEL, "Political liberalism", en *Harvard Law Review*, vol. 107, 1994, p. 1770. Los trabajos de Rawls que más explícitamente manifiestan el giro hacia una teoría de alcance local son RAWLS, JOHN, "Kantian constructivism in moral theory", en *Journal of Philosophy*, vol. 77, 1980, p. 515; "Justice as fairness: political not metaphysical", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, 1985, p. 233; "The idea of an overlapping consensus", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, 1987, p. 1; *The priority of right and ideas of the good*", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, 1987, p. 251. Sostiene Jeremy Waldron que luego de que John Rawls explicitó la naturaleza parroquial de su propuesta, su validez debería confinarse a las

Esta breve excursión en la biografía intelectual de Rawls manifiesta el laberinto al que conduce el intento de fundar e interpretar enunciados iusfundamentales a partir de una teoría semántica tradicional o constructivista. Si la interpretación de un concepto, de una declaración de derechos o incluso de una teoría de la justicia aspira a tener validez universal, entonces —y siempre en una teoría constructivista— debe partir del uso de ese concepto, de la declaración o la teoría dentro de la comunidad lingüística universal. Y, ¿qué es la comunidad lingüística universal sino una teoría abstracta y, por tanto, universal de la razón? Pero una teoría abstracta de la razón, como los críticos de John Rawls apuntaron y como él mismo admitió, es inseparable de una teoría metafísica de la persona y, por lo mismo, es por definición incompatible con una semántica constructivista.<sup>(22)</sup>

En definitiva, la semántica tradicional es, por definición, local o parroquial y por lo tanto no puede dar razón suficiente de la aspiración de validez universal de los principios fundamentales. Contrariamente, una semántica realista —o, lo que es lo mismo, una teoría del concepto que otorga prioridad a la referencia— es, por definición, una teoría tan universal como universal sea la realidad a partir de la cual se abstraen los conceptos. Claro está que es posible que aquello que los conceptos representan sea una realidad cambiante en tiempo y en espacio, pero en tal caso la localidad de los conceptos será un fiel reflejo de la naturaleza local de la realidad que los conceptos representan, y no *viceversa*. Teniendo en cuenta que los enunciados iusfundamentales tienen una explícita vocación de universalidad, está claro que presuponen también una referencia universal. Es posible que esta presuposición o pretensión sea vacua, pero esta eventualidad es, en este contexto, harina de otro costal.

## ***2.2. Una semántica realista implicada en la naturaleza categórica de los enunciados iusfundamentales***

Desde hace ya algún tiempo Michael Moore ha desarrollado extensamente el argumento de que la naturaleza categórica de los derechos fundamentales presupone una teoría semántica realista. En una muy breve síntesis señala que los derechos fundamentales son categóricos en el sentido

---

prácticas políticas y jurídicas norteamericana o, como mucho, occidentales. Ver WALDRON, JEREMY, *Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 519.

(22) Ver RAWLS, JOHN, *Political Liberalism*, *op. cit.*, pp. 100/101

de que prevalecen sobre cualquier cálculo de utilidad. Si ello es así, su conceptualización no puede estar ligada a los mismos cálculos e intereses sobre los que prevalecen los derechos fundamentales.<sup>(23)</sup> Cuando se utiliza la semántica tradicional para la interpretación de los derechos fundamentales se comete entonces la siguiente contradicción performativa: la misma comunidad a cuyos intereses utilitarios se oponen los derechos es la que define el significado y la referencia de los derechos.

Una posible respuesta a este argumento es la que propone Ronald Dworkin, quien clásicamente ha definido a los derechos fundamentales como “cartas de triunfo” contra la voluntad o los intereses de las mayorías políticas, y quien a la vez ha rechazado de forma insistente que su teoría implique una semántica realista.<sup>(24)</sup> Afirma Dworkin que aunque el significado de la mayoría de conceptos jurídicos se fija de acuerdo con su uso dentro de la comunidad jurídica, política y moral en su conjunto, los derechos fundamentales son una excepción. Su significado se fija **contra** un tipo especial de preferencias mayoritarias que son las “preferencias externas” (preferencias acerca de cómo los demás deberían conducir sus vidas). De esta manera, el uso mayoritario de los conceptos jurídicos es relevante en todos los campos del derecho, excepto en el plano de los derechos fundamentales, cuyo sentido es garantizar la libertad contra la imposición de estas “preferencias externas” mayoritarias.<sup>(25)</sup>

Pero este argumento no hace otra cosa que trasladar el poder de definir el significado de los derechos fundamentales de un sector de la comunidad política a otro. Con ello, resurge la aporía consistente en decidir cuál es la comunidad lingüística relevante para definir el uso pertinente o correcto de los conceptos y surge una vez más, también, la extensión local o parroquial de los derechos fundamentales. En realidad, Ronald Dworkin, como

(23) MOORE, MICHAEL, “Constitutional interpretation and aspirations to a good society. Justifying the natural law theory of constitutional interpretation”, en *Fordham Law Review*, vol. 69, 2001, pp. 2087/2105.

(24) Ver DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. 192 —donde defiende la teoría del peso anti-mayoritario de los derechos— y pp. 162 y 176 —donde rechaza cualquier tipo de compromiso realista—. La naturaleza convencional de la teoría semántica presupuesta en su teoría de los derechos fue desarrollada más extensamente en trabajos posteriores y, particularmente, en DWORKIN, RONALD, *Law's empire*, op. cit., pp. 72/86, y en *Justice in robes*, op. cit., pp. 1/13, capítulo 6, y p. 226, señalando su no-realismo contra la interpretación de GREEN, MICHAEL S., “Dworkin's fallacy or what the philosophy of language can't teach us about the law”, en *Virginia Law Review*, vol. 89, 1897.

(25) VER DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, op. cit., p. 277.



el segundo Rawls, acepta este costo y limita la validez de su teoría de los derechos fundamentales al auditorio de las democracias occidentales.<sup>(26)</sup>

Sin embargo, el problema más grave de esta estrategia radica en otro sitio, a saber, que la injusticia de imponer intereses colectivos por sobre las preferencias minoritarias no es cuantitativa. No obedece al hecho de que los primeros son "colectivos" y los segundos "minoritarios"; si este fuera el caso, todavía habría que explicar por qué las preferencias o intereses de las minorías son más importantes que los de las mayorías pues, bien miradas las cosas, la sensación de injusticia parece incluso más apremiante cuando son las minorías las que se imponen sobre las mayorías. Lo cierto es que la naturaleza categórica de los derechos fundamentales se impone a cualquier cálculo consecuencialista o utilitarista, y no solo a los cálculos mayoritarios. En realidad, aunque es cierto que los derechos fundamentales prevalecen sobre los intereses colectivos, esta característica no define su significado sino que solo expresa su peso.

En definitiva, la naturaleza categórica de los derechos fundamentales solo parece explicable desde una teoría semántica que independice el significado de los conceptos iusfundamentales de todo cálculo o interés, sea mayoritario o minoritario. Esto es, una teoría semántica que otorgue prioridad a la realidad por sobre el significado y una teoría cognitiva en la que prevalezca la aprehensión del concepto por sobre la capacidad de juzgar.

### ***2.3. Una teoría semántica realista implicada en la pretensión de razonabilidad e inteligibilidad de los enunciados iusfundamentales***

#### *2.3.1. El dilema del regreso*

Una de las mayores dificultades a la que se enfrenta cualquier teoría del lenguaje es dar cuenta de la inteligibilidad de los conceptos y, junto con ello, de su comunicabilidad. Esto es, explicar cómo es posible adquirir el significado de un concepto y desarrollar la habilidad para aplicarlo correctamente en los juicios, sin que las diferencias interpretativas entre los miembros de una comunidad lingüística marquen una ruptura conceptual.<sup>(27)</sup>

Autores de tradiciones y escuelas tan distintas, como Alejandro Llano y Fernando Insciarde de un lado, o Simon Blackburn, Stephen Laurence y

---

(26) Ver DWORKIN, RONALD, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 240.

(27) Ver BLACKBURN, SIMON, *Spreading the word. Groundings in the philosophy of language*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 8.

Eric Margolis de otro, coinciden en que el intento por explicar la inteligibilidad y comunicabilidad de los conceptos prescindiendo de conceptos primitivos o básicos que son inteligibles en sí mismos (y, por ende, no se construyen) acaba de forma casi insorteable en la disyuntiva de la circularidad o del regreso al infinito.<sup>(28)</sup>

Bien miradas las cosas, esta dificultad es una manifestación particular de la naturaleza autorreferencial de un lenguaje que prioriza el juicio sobre la aprehensión y el significado sobre la referencia.<sup>(29)</sup> En efecto, en una interpretación que asume estos dos órdenes de prioridad el significado de los enunciados iusfundamentales se abstrae a partir de otros juicios o enunciados iusfundamentales más concretos o más abstractos (prioridad del juicio sobre la aprehensión), realizados dentro de una misma comunidad lingüística (el denominado "uso del lenguaje").

Así, la definición de la privacidad que ofrece la Corte Suprema norteamericana como el derecho fundamental a "definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo, del misterio de la vida humana, y (...) del sentido propio de la dignidad" no se habría abstraído a partir de algún tipo de contemplación de las necesidades o bienes básicos del hombre, sino pura y exclusivamente a partir del uso del lenguaje iusfundamental por parte de quienes tienen autoridad para fijar su significado.<sup>(30)</sup> Esto es, a partir de un análisis comparativo de los juicios realizados en casos anteriores por la Corte Suprema en su historia globalmente considerada (dejando por ahora de lado la dificultad de determinar cuáles son los confines de esta práctica). Así, según indica la propia Corte, la definición de privacidad se induce de la línea de sentencias que otorgan protección constitucional a las decisiones personales relacionadas con el matrimonio, la procreación, la contracepción, las relaciones familiares, la crianza de los hijos y la educación.<sup>(31)</sup>

Pero si la definición de privacidad que propone la Corte se abstrae de los juicios iusfundamentales realizados por la misma Corte en casos anteriores, solo resultará inteligible para quien conozca el significado de los

(28) Ver LLANO, ALEJANDRO e INSCIARTE, FERNANDO, *op. cit.*, pp. 60/62; BLACKBURN, SIMON, *op. cit.*, p. 44; ERIC MARGOLIS y STEPHEN LAURENCE, *op. cit.*, p. 10.

(29) Ver LLANO, ALEJANDRO e INSCIARTE, FERNANDO, *ibid.*, p. 57.

(30) SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 1992, 505 US. 833: 852.

(31) SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, cit. 833: 859.

conceptos utilizados en estos otros juicios anteriores. La pregunta obvia en este punto es cuál es el origen de la comprensión o inteligibilidad de los conceptos de matrimonio, procreación, contracepción, etc., utilizados en este segundo nivel de uso del lenguaje. Y la respuesta, también obvia, es que si la referencia —la clase o tipo de bienes y acciones a las cuales se aplican— no ilumina el significado de estos conceptos, entonces su comprensión remite de forma necesaria a un tercer nivel de análisis del lenguaje: el de aquellos juicios mediante los cuales se construye el significado de matrimonio, procreación, contracepción, etc., tales como “unión de dos personas de distinto o de igual sexo” o “control artificial de la natalidad”, etc.; esto remite a un cuarto nivel de análisis, y así sucesivamente.

El problema de la regresión en la cadena de significado no es meramente teórico ni bizantino cuando se lo contextualiza en el plano de la interpretación iusfundamental. Al contrario, en la misma medida en que manifiesta un déficit de inteligibilidad y comunicabilidad del lenguaje iusfundamental, constituye también una explicación muy robusta de las razones por las cuales las prácticas interpretativas que asumen una teoría semántica convencional acaban de forma ineludible confundiendo la creatividad interpretativa con la discrecionalidad.

En efecto, si el significado de los conceptos precede a su referencia, y si el significado es pura construcción social, no hay ninguna perspectiva racional que justifique la decisión de incluir o no un caso marginal, oscuro o difícil dentro del rango de casos individuales comprendidos en la clase denotada por significado. Herbert Hart ha admitido, por lo tanto, que la discrecionalidad es inevitable en la formulación de los juicios relativos a estos casos marginales.<sup>(32)</sup> Otros adherentes a la semántica tradicional han intentado reducir

(32) HART, H (1994) en 127 y 154. Como es bien sabido, la tesis hartiana de la discreción ha sido discutida hasta la exhaustividad tanto desde dentro del positivismo analítico, como por “outsiders”, y particularmente por Ronald Dworkin en una serie de trabajos escritos entre finales de la década el 60 y principios del 70, luego incorporados como capítulos 2 a 4 en DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, op. cit. Estas críticas se desarrollaron más ampliamente en DWORKIN, RONALD, *A matter of principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 119/137; y en DWORKIN, RONALD, *Law's empire*, op. cit., pp. 258/266. El último coletazo de este debate incluye la respuesta de Hart en Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2nd. edition, 1994, pp. 238/276. y la contraargumentación de Dworkin en DWORKIN, R. *Justice in Robes*, Cambridge Mass, 2006, capítulo 7. Una buena síntesis del debate y su impacto en la filosofía analítica contemporánea puede verse en ver ETCHEVERRY, JUAN B., *Objetividad y determinación...*, op. cit., p. 50 y ss. Como hemos argüido en otros sitios, la confianza de Dworkin en la objetividad de su teoría interpretativa es infundada desde el momento en que los conceptos más fundamentales a los que liga el significado de los conceptos legales son, como en Hart, un producto social radicalmente convencional. Ver ZAMBRANO, PILAR, “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la

las fronteras de la discreción, abriendo el juego del lenguaje jurídico a otros juegos de lenguaje y, particularmente, al juego del lenguaje moral.<sup>(33)</sup>

Pero esto, una vez más, equivale a patear la pelota a otra cancha, donde por otra parte los casos “difíciles” son más profundos y más frecuentes que en el ámbito jurídico. En primer lugar, porque el “juego moral del lenguaje” es al menos tan abstracto y por lo tanto tan controvertido como el juego del lenguaje jurídico. En segundo lugar, porque como se notó anteriormente, las sociedades occidentales contemporáneas son plurales y multiculturales. No hay una única perspectiva moral sino un crisol de comprensiones diferentes, y a veces contradictorias, del sentido de la vida, de modo que el uso de los conceptos morales es mucho menos estable y uniforme que el uso de los conceptos jurídicos.

Finalmente, y más importante, incluso si el juego moral del lenguaje fuera más compacto y menos controvertido que el juego jurídico, la discreción en la formulación de los juicios no acabaría nunca de ser desterrada pues si el significado es construido desde la voluntad social, la discreción se encuentra en el corazón o la raíz de todos los conceptos. Una discrecionalidad, claro está, que no parece cuajar con el requisito de razonabilidad presente en la mayoría, sino en todas, las prácticas constitucionales.

La pretensión de inteligibilidad y de comunicabilidad connatural a todo lenguaje como también la pretensión de razonabilidad propia del lenguaje iusfundamental constituyen, en fin, dos razones de peso para tomarse en serio el dilema del regreso al infinito en la determinación del sentido de los enunciados iusfundamentales. Y las dificultades de una semántica convencional en este punto indican que no hay otra forma de cortar este regreso que no sea trocar el orden de prioridad semántica y cognitiva, y comenzar la cadena de significado en conceptos con inteligibilidad propia que precisamente porque son autointeligibles no solo no se construyen a través de su uso o aplicación convencional, sino que, más bien al contrario, justifican (o no) el uso del lenguaje.

---

moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras de las propuestas de Ronald Dworkin”, en *Persona y Derecho*, vol. 57, 2007, p. 281.

(33) Un típico exponente de esta tesis es Wilfred Waluchow en *Inclusive legal postivism*, Oxford, Clarendon Press, 2003, pp. 219/221 y 225/226. Hemos discutido más extensamente su propuesta en ZAMBRANO, PILAR, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2010, p. 13/29.

### 2.3.2. El referente rígido de los enunciados iusfundamentales

Algunos autores han identificado clásicamente estos tapones en la cadena de regresión en fenómenos empíricamente verificables. Pero, en primer término, no hay ningún fenómeno “verificable” idéntico a otro en el mundo y, por lo tanto, todavía persiste el problema de abstraer las características comunes que unen a los fenómenos verificables en una misma clase.<sup>(34)</sup> Segundo, y más importante, los conceptos utilizados en el derecho son innegablemente irreducibles a la experiencia fenoménica.<sup>(35)</sup> ¿Cuál es, sino, el concepto tapón (por así decirlo) que da luz a la cadena de significado correspondiente a los conceptos de libertad, derecho, dignidad, libertad, privacidad, etc.?

En conclusión, o en algún punto, los conceptos legales y morales remiten a otros conceptos que son inteligibles por sí mismos y tienen por tanto un “referente rígido” —en palabras de Saul Kripke— o la cadena completa de significado jurídica y moral carece de sentido.<sup>(36)</sup> Para justificar esta afirmación, primero es preciso señalar cuál es la referencia rígida —o no convencional— de los principios de derechos fundamentales.

Aunque los debates teóricos sobre este problema son muchos y variados se podría afirmar que, por definición, se supone que los principios fundamentales son la garantía de razonabilidad y por lo tanto también de justicia en el gobierno de la cosa pública.<sup>(37)</sup> Lo que significa que la realidad a la que se refieren los principios fundamentales debe ser inteligible para la razón práctica o, más precisamente, intrínsecamente razonable. Concretando un poco más, una semántica realista apunta o señala como referencia de los principios de derechos fundamentales a una realidad intrínsecamente razonable que, en la medida en que es objeto de reconocimiento y no de construcción, se constituye, en palabras de Kripke, en un referente “rígido”.

---

(34) Una excelente síntesis de las dificultades de este intento, con especial foco en el fallido esfuerzo de Carnap por sostener los denominados (por Quine) “dogmas del empirismo”, puede verse en PUTNAM, HILARY, *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays, including the Rosenthal Lectures*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2002, 19/24, y más recientemente PUTNAM, HILARY y WALSH, VIVIAN, “Facts, theories, values and destitution in the works of Sir Parka Dasgupta”, en *Review of Political Economy*, vol. 19, 2007, pp. 181 a 184/185.

(35) Sobre la dificultad que representan los conceptos morales en general para las denominadas teorías tradicionales del lenguaje, ver MARGOLIS, ERIC y LAURENCE, STEPHEN, *op. cit.*, p. 11.

(36) KRIPKE, SAUL, “Naming and necessity”, *op. cit.*, p. 269.

(37) Ver CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Bs. As., Depalma, 2009, p. 130 y ss.

Ahora bien, como John Finnis ha notado hace algún tiempo, lo razonable en el plano práctico no es una dimensión teórica de la naturaleza sino, en palabras de Moore, un “*moral kind*” (por oposición a un “*natural kind*”).<sup>(38)</sup> Esto es, una realidad operable o realizable mediante el obrar.

¿Cuál es, entonces, esta realidad operable a la que refieren los enunciados iusfundamentales de modo rígido o fijo? Si los principios de derechos fundamentales se proponen dirigir o guiar el obrar y, además, hacerlo con fuerza normativa, la realidad práctica a la que se refieren no podrá ser un fin meramente conveniente o apetecible, sino que deberá incluir también algún tipo de necesidad. En conclusión, la referencia rígida de los enunciados de derechos fundamentales son proposiciones prácticas intrínsecamente inteligibles —y por lo mismo rígidas— que señalan los fines o bienes que debe realizar todo derecho y/o el tipo de conducta que es compatible con su realización.

La siguiente pregunta nos traslada del plano semántico referencial al correlativo plano cognitivo: ¿qué significa en este contexto que una proposición práctica sea evidente o intrínsecamente inteligible? Significa, al menos, dos cosas. En primer lugar, que la proposición se autojustifica porque su naturaleza obligatoria o debida no se deriva de proposiciones morales más abstractas. En segundo lugar, una proposición moral es “evidente” en un sentido conceptual, de autocomprensión de la acción que conviene o debe ser realizada. Si los dos sentidos de inteligibilidad se combinan, cuando decimos que una proposición práctica es intrínsecamente inteligible decimos por lo menos dos cosas.<sup>(39)</sup>

(38) Ver FINNIS, JOHN, *Natural law and natural rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, capítulo 1. Sobre el concepto de “*moral kind*” ver MOORE, MICHAEL S., “*The interpretive turn in modern theory: a turn for the worse?*”, en *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989, pp. 871/958, 882 y ss.

(39) La Nueva Escuela de Derecho Natural se ha dedicado desde hace algún tiempo al análisis del sentido justificativo de autoevidencia, especialmente a través del estudio de los conceptos de bienes humanos básicos; de principios pre morales que expresan el carácter apetecible de los bienes humanos básicos; y de principios morales evidentes que expresan la vinculación debida entre ciertos tipos de acciones humanas y ciertos bienes humanos básicos. Ver especialmente FINNIS, JOHN, “*Introduction*” en John FINNIS (ed.), *Natural Law*, vol. I., Dartmouth, 1991, p. XI. La proposición según la cual los valores humanos básicos son la última referencia de las proposiciones morales aparece en el trabajo fundacional de la Escuela: GRISEZ, GERMAIN, “*The first principles of practical reasons: a commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2*”, en *Natural Law Forum*, vol. 4, 1965, p. 44; y más tarde en GRISEZ, GERMAIN; BOYLE, JOSEPH y FINNIS, JOHN, “*Practical principles, moral truth and ultimate ends*”, en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 32, 1987, p. 99. Esta proposición fue arduamente discutida dentro y fuera de la Escuela, como surge de John FINNIS (ed.), *Natural Law*, op. cit., capítulos 12 a 16 y, diez años más tarde, los artículos publicados en ocasión del simposio “*Natural law and human fulfillment*”

En el sentido conceptual de inteligibilidad, decimos que el tipo o la clase de acción denotada en la proposición es intrínsecamente inteligible. Así, cuando decimos que el precepto moral que prohíbe matar es evidente, también decimos que el significado de la acción —y no meramente del verbo— no se deriva a su vez del significado de otros conceptos en que podría descomponerse, sino que se capta o abstrae originariamente. Más concretamente, lo que se capta o abstrae de forma originaria es tanto lo que tienen en común las infinitas descripciones físicas que encajan con el verbo “matar”, como los fines intencionales típicos que acompañan a estas descripciones y transforman al verbo en la acción jurídica propiamente dicha —la elección de la muerte como resultado del obrar—. <sup>(40)</sup>

En el sentido justificativo de inteligibilidad, cuando decimos que una proposición moral es intrínsecamente inteligible, decimos que la evaluación positiva o negativa del impacto de la acción sobre sus fines o bienes intencionales típicos es también intrínsecamente inteligible.

### 3. Conclusión: el realismo semántico como condición lógica de la interpretación iusfundamental

Hemos argüido hasta aquí que la prioridad de la referencia sobre el significado en el plano semántico, y de la aprehensión sobre el juicio en el plano cognitivo, son un presupuesto lógico de cuatro notas esenciales de los principios iusfundamentales: su universalidad, su naturaleza categórica, su pretensión de razonabilidad y su pretensión de inteligibilidad. La argumentación desplegada ha sido fundamentalmente de contraste: se han manifestado las dificultades en las que se sitúa una semántica

---

en *American Journal of Jurisprudence*, 2001, p. 46. La dimensión semántica o conceptual de la evidencia de las proposiciones morales ha sido en cambio mucho menos estudiada dentro de esta Escuela o, más bien, estudiada incidentalmente a través de la discusión del problema de la definición de los tipos de acción. Entre otros muchos trabajos en este sentido puede consultarse: FINNIS, JOHN; GRISEZ, GERMAIN y BOYLE, JOSEPH, “*Direct and indirect: a reply to critics of our action theory*”, en *The Thomist*, vol. 65, 2001, 1-44, republicado en FINNIS, JOHN, *Collected Papers*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2011, capítulo 13.

(40) La distinción entre la dimensión física o exterior de la acción y su intencionalidad es clásica en la tradición tomista, y aparece con toda claridad en TOMÁS DE AQUINO, *Suma Theologiae*, I-II, pp. 17/20, especialmente pp. 18 a.6 y 20. El debate interno al tomismo sobre el modo de definir los tipos de acciones gira en torno, precisamente, al modo de vincular una y otra dimensión de la acción en cada tipo. Ver, por ejemplo, RIPPERGER, CHARD, “*The species and unity of the moral act*”, en *The Thomist: a speculative quarterly review*, vol. 59 (1), 1995, pp. 69/90, y más recientemente, KEISER, KEVIN, “*The moral act in Saint Thomas: a fresh look*”, en *The Thomist*, vol. 74, 2010, pp. 237/282.

convencional para dar cuenta de estas notas y la consiguiente necesidad lógica de invertir el orden de prioridad semántica y cognitiva.

En primer lugar, se alegó que la naturaleza parroquial de la semántica tradicional no encaja con la aspiración de validez universal de las declaraciones de derechos fundamentales. En segundo orden, se indicó la contradicción performativa consistente en librar la construcción de los derechos fundamentales a la misma comunidad contra la cual se supone que son ejecutables. En tercer término, se aludió al problema de la regresión que condiciona la inteligibilidad y comunicabilidad del lenguaje, tanto en general como en el campo de la interpretación de los derechos fundamentales y de la moral. Por último, existe el problema de la discreción que condiciona la razonabilidad de la interpretación iusfundamental no solo en los casos difíciles, sino en todo caso y hasta en la práctica en su totalidad, pues la discreción estaría en la raíz de la formación de todos los conceptos jurídicos.

Todas estas dificultades son evidentemente más graves ante la realidad multicultural y pluralista de las democracias constitucionales occidentales. Pues cuanto más pluralista es una sociedad menor es la convergencia en los juicios que se formulan en su seno o, lo que es lo mismo, en el uso de conceptos morales y legales; y a menor convergencia menor legitimidad en la construcción social de significado.

Los cuatro problemas que afectan a la semántica tradicional en el contexto de la práctica iusfundamental, y particularmente el problema de la regresión, pueden ser superados cuando la interpretación asume como perspectiva u horizonte de comprensión una semántica realista. Esto es, una teoría semántica que no concibe al significado de los conceptos y/o enunciados como una creación social *ex nihilo*, sino más bien como el resultado de un acto cognitivo de aprehensión que comienza en la referencia y que justifica a los juicios.

La prioridad de la aprehensión sobre el juicio y de la referencia sobre el significado entrañan la aserción de que tanto el significado de ciertos conceptos y proposiciones como la justificación de ciertos juicios es evidente.

En tanto y en cuanto la evidencia significa autojustificación, una semántica realista refiere los principios iusfundamentales a proposiciones morales que poseen una fuerza categórica inherente. Esto es, proposiciones morales intrínsecamente razonables respecto de las cuales carece de sentido preguntar "¿por qué son obligatorias?". Esta dimensión o sentido de "evidencia" permite justificar la naturaleza categórica de los principios



de derechos fundamentales frente al auditorio universal compuesto por todos los hombres que comparten el uso de la razón práctica, en correspondencia tanto con la pretensión de universalidad como del peso o la fuerza normativa categórica de los principios iusfundamentales.

En tanto y en cuanto la evidencia significa autointeligibilidad del significado de los conceptos y proposiciones, una semántica realista independiza el significado de los enunciados iusfundamentales del uso del lenguaje de la misma comunidad política que está obligada a hacerlos valer, y elude así la contradicción performativa en que incurre una semántica tradicional. Asimismo, en la medida en que remite a una tipificación intrínsecamente inteligible de las acciones y de sus bienes o fines típicos, elude el regreso al infinito y da cuenta tanto de la inteligibilidad de los enunciados iusfundamentales como, consecuentemente, de la razonabilidad de su interpretación. Permite, en otras palabras, distinguir entre el uso y el abuso del lenguaje de los derechos fundamentales.

Bajo esta luz podrían explicarse los casos difíciles como acciones humanas que comparten características con más de un tipo o clase de acciones humanas, y por lo tanto son difíciles de colocar en uno u otro. Pero a pesar de ser casos difíciles no son casos imposibles porque tanto la bondad de los fines a los cuales se dirigen las acciones humanas, como el enlace teleológico entre las acciones humanas típicas y sus fines son intrínsecamente visibles o comprensibles.

Ahora bien, la referencia de los enunciados iusfundamentales a normas intrínsecamente inteligibles puede ser más o menos directa y más o menos pura. En su versión más directa y pura consistiría en una simple reproducción o traducción de los requisitos de la ley natural. En su versión menos directa y pura incluiría el procedimiento llamado "de determinación" que, en una muy breve síntesis, consiste en elegir una entre muchas maneras razonables posibles de cumplir con los requisitos de la ley natural.<sup>(41)</sup>

Hay diferentes tipos de enunciados iusfundamentales, algunos de los cuales obviamente están relacionados con principios morales a través de la determinación. Así, por ejemplo, los enunciados iusfundamentales relativos a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (derechos políticos) derivan su contenido concreto de las formas más o menos equitativas de distribuir el poder político en cada comunidad.

---

(41) Ver TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, p. 95, a.2.

Otros enunciados, por el contrario, parecen ser conclusiones puras de la ley natural. El caso más obvio es el reconocimiento del derecho fundamental a la vida. Sin embargo, como hemos argüido más ampliamente en otros sitios, aún en estos casos los enunciados iusfundamentales incluyen un componente considerable de determinación. Al menos dos razones justifican esta hipótesis. En primer lugar, que la perspectiva jurídica de tipificación de la acción humana es análoga pero parcialmente diferente a la perspectiva moral. La segunda razón es que precisamente por esta distinción en la perspectiva de tipificación el lenguaje jurídico relativo a la acción humana es parcialmente independiente del lenguaje moral.<sup>(42)</sup>

Estas conclusiones abren un nuevo abanico de interrogantes entre los cuales quizá el más urgente sea el que concierne a la naturaleza convencional o rígida de la referencia de los enunciados iusfundamentales en su dimensión determinativa. La argumentación propuesta en este trabajo no permite desarrollar una respuesta *in extenso*, sino solo apuntar una condición, a saber: que si la dimensión determinativa de los derechos iusfundamentales no se deriva de un modo racional —o más bien razonable— de la dimensión conclusiva, le son aplicables todos y cada uno de los dilemas que afectan a una interpretación que asume una teoría semántica convencional.

En esta línea de razonamiento, una semántica realista aplicada a la interpretación de los enunciados iusfundamentales implica o supone asumir que su referencia no solo incluye una tipificación básica de acciones y de bienes, sino también un criterio razonable de construcción —determinación— de nuevos tipos de acciones y de bienes.<sup>(43)</sup>



(42) ZAMBRANO, PILAR, "Principi, ragioni e diritti. Il diritto come differenza pratica", en *Revista internazionale de filosofia dil diritto*, vol. II, 2013, p. 169; y "Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción ente la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana", en Juan B. Etcheverry (ed.), *Los fundamentos del derecho y la moral. Estudio sobre el pensamiento de John Finnis. A propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2012, pp. 87/118.

(43) En cuanto las acciones son movimientos con finalidades operativas propias, constituyen "tipos funcionales". Las concretas acciones a las que se refieren los enunciados iusfundamentales incluyen un margen de determinación, por lo cual, además de ser funcionales, constituyen lo que Micheal Moore denomina "tipos legales". Esto es, tipos cuya referencia combina valores o bienes morales dados —no convencionales— y una elección del modo en que estos valores o bienes pueden ser realizados a través de la acción individual, y a través de la coordinación social. Ver sobre estos dos conceptos: MOORE, MICHAEL S., "The interpretive turn...", *op. cit.*, p. 883 y ss.



# Una filosofía del derecho para el mundo latino

## Otra vuelta de tuerca

MANUEL ATIENZA<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** iusnaturalismo - iuspositivismo - constitucionalismo - argumentación.

### 1. Introducción

Desde hace algunos años he estado dándole vueltas a la idea de si —y cómo— se podría proponer algo así como un modelo de elaboración de la filosofía del derecho para el mundo latino. Incluyo en el mundo latino, obviamente, a los países latinoamericanos, pero también a los países latinos de Europa, de manera que el concepto de “mundo latino” es más amplio que el de Hispanoamérica o el de Iberoamérica. De lo que se trata con ello es de incorporar a otros países europeos, además de España y Portugal, y, en particular, a Italia. Y la razón es bastante obvia: los estudios de filosofía del derecho han tenido un gran desarrollo en este país en los últimos tiempos. Para mostrar —si es que fuera necesario hacerlo— hasta qué punto es así, bastará con mencionar el nombre de Norberto Bobbio, el padre de la actual iusfilosofía italiana, pero

---

(1) Doctor en Derecho (Universidad de Oviedo, España). Ha sido profesor en diversas universidades españolas y ha desarrollado estancias de investigación en las universidades extranjeras (UBA, Harvard, Milán, Maguncia, Harvard, Génova y Cornell). Durante 20 años, ha impartido un seminario sobre Argumentación Jurídica en el marco del Master Europeo

responsable también en gran medida de mucho de lo que se ha hecho en España en las últimas décadas (desde la introducción de sus ideas iusfilosóficas en los años sesenta del siglo XX por Elías Díaz) y cuya obra ha tenido y sigue teniendo igualmente una considerable influencia en muchos países latinoamericanos.

Pues bien, esa idea de una filosofía del derecho para el mundo latino la he ido modelando en varios escritos de los últimos años, pero en realidad creo que siempre ha estado en el trasfondo de todo mi trabajo intelectual: desde que comencé mi carrera académica con una tesis sobre la filosofía del derecho en Argentina, completada en 1976. En el año 2007,<sup>(2)</sup> en el contexto de una discusión con Eugenio Bulygin sobre el positivismo jurídico, propuse un *Manifiesto*, en forma de decálogo, en el que trataba de sugerir, después de defender la tesis de que el positivismo jurídico no podía considerarse como una concepción aceptable del derecho, cómo habría que construir una filosofía —una teoría— del derecho con la vista puesta en los países latinos de Europa y de América. Me pareció también que las ideas expresadas en ese *Manifiesto* eran compatibles, no exactamente con ser marxista, pero sí con muchas ideas que se encuentran en esa tradición de pensamiento y que haríamos mal en abandonar sin más; es decir, en suprimir de lo que podría considerarse como el acervo cultural

---

de Teoría del Derecho con sede en Bruselas, al tiempo que dirige un curso de postgrado en Argumentación Jurídica (Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante). Es director, desde 1984, de la revista *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Durante casi cuatro décadas de actividad docente e investigadora ha dirigido numerosas tesis de doctorado; ha sido “investigador principal” en varios proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Educación de España; ha dictado conferencias y cursos en Europa y América; ha organizado más de 50 congresos y conferencias de carácter nacional e internacional, ha participado en varias Cumbres Judiciales Iberoamericanas en concepto de experto; ha escrito varios cientos de artículos y numerosos libros, que han tenido una gran influencia tanto en la teoría como en la práctica del derecho, en España y en Latinoamérica. Es miembro de la Junta Consultiva de la Universidad Autónoma de Madrid y del Consiglio Scientifico della Scuola di Dottorato in Diritto sovranazionale e diritto interno de la Universidad de Palermo y patrono de la Fundación “Coloquio Jurídico Europeo”. Es autor, junto con Rodolfo Vigo, del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en Lisboa, en 2005, en el marco de la “XIII Cumbre Judicial Iberoamericana. Global Society”. Recientemente, ha sido nombrado doctor honoris causa por varias universidades latinoamericanas: Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil, Universidad San Gregorio de Portoviejo (Ecuador); UBA; Universidad Católica de Lima.

(2) ATIENZA, MANUEL, “Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?”, en *Ideas para una filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso, Lima, 2008. El trabajo reproduce su intervención en el debate sobre “El futuro del positivismo jurídico”, que tuvo lugar en el XXIII Congreso de la IVR, Cracovia, agosto 2007.

de un filósofo del derecho de nuestra época y de nuestros mundos.<sup>(3)</sup> Volví al tema al ocuparme de la filosofía del derecho en Argentina en los últimos tiempos,<sup>(4)</sup> insistiendo siempre en que ese tipo de teoría que yo proponía no tendría que ser positivista, debería comprometerse con un objetivismo mínimo en materia valorativa —sin ser por ello iusnaturalista—, sustentar el pragmatismo filosófico en uno de los significados de esta última expresión, y esforzarse por insertar esa teoría o filosofía del derecho en la práctica jurídica: en las diversas prácticas jurídicas. Finalmente, volví a ocuparme de esa cuestión en 2012 en mi contribución para el primer número de la nueva época de la *Rivista di filosofia del diritto*, para el cual, la dirección de la misma invitó a una serie de iusfilósofos a ofrecer una contestación a la pregunta de “¿Qué filosofía del derecho?”. En ese trabajo,<sup>(5)</sup> partía de una discusión que había tenido lugar a propósito de un artículo de Ferrajoli en el que este autor planteaba dos modelos de constitucionalismo: el garantista o normativo —el suyo—, y el principialista o argumentativo, entre cuyos defensores me incluía.<sup>(6)</sup> Los puntos a debatir eran estos tres: la conexión o separación entre el derecho y la moral; la contraposición entre las reglas y los principios; y la forma de entender la ponderación en cuanto mecanismo argumentativo requerido por la aplicación de principios. Dicho de manera sintética, mi opinión venía a ser que la obra de Ferrajoli —y no era ni mucho menos la primera vez que discutía con él en relación con estas cuestiones— cumple con algunas de las exigencias que yo trazaba en aquel *Manifiesto*, pero se aleja del mismo en dos aspectos de considerable relevancia: en su adhesión al positivismo jurídico, por mucho que insista en que el positivismo jurídico que él defiende está bastante alejado de lo que él acostumbra a llamar “paleopositivismo”, y en su escepticismo —o, como él prefiere denominarlo, “no-cognoscitividad”— en materia moral.

Pero permítanme que les lea aquel *Manifiesto*, antes de seguir adelante y cumplir con lo que sugiere el subtítulo de mi conferencia: “otra vuelta de tuerca”.

(3) Así lo expresé en ATIENZA, MANUEL, “¿Por qué leer a Marx hoy”, en AAW, *Por qué leer a Marx hoy*, México, Fomtamara, 2009.

(4) ATIENZA, MANUEL, “Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina”, en *Academia*, año 7, n° 14, 2009, pp. 9/30.

(5) ATIENZA, MANUEL, “Una teoría pragmática del derecho”, en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, pp. 123/134, 2012.

(6) FERRAJOLI, LUIGI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en AAW, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2011

1. Si el derecho —como alguna vez se ha escrito— es “una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo”, una práctica social, entonces la teoría del derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.
2. La elaboración de una teoría del derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del derecho responda más bien a lo que se ha llamado la “globalización de un localismo”, podría ser de interés desarrollar teorías del derecho —digamos— “regionales”, de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional.
3. Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc. diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia “técnica”. ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales, y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?
4. Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del derecho, sino a distinguir entre lo pura o fundamentalmente local, y lo que tiene —o puede tener— un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional). Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del derecho.
5. La filosofía del derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quienes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quienes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del derecho solo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes, y que esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del derecho en los países latinos: un —al menos en muchos casos— alto nivel de sofisticación técnica y una, en general, escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del derecho de sus respectivos países.
7. Un modelo de teoría del derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del derecho.
8. Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir “puentes”, y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.
9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético —y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva— son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica —en particular, de la justificación de las decisiones judiciales—; 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales, como los de los tribunales de última instancia, incorporan razones últimas en el razonamiento práctico, pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.
10. Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del derecho giran en torno a la necesidad de insertar el derecho —y la teoría del derecho— en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción, o una cierta manera de entenderla, muestra así la necesidad de que la teoría del derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del derecho



y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desiguales e ideológicos del derecho, también de los derechos del Estado constitucional).

Trataré ahora de desarrollar esos diez puntos teniendo en cuenta o incorporando algunos aspectos presentes en los trabajos a los que antes hacía referencia y algunos otros de los últimos tiempos. Muchos de esos escritos forman parte de polémicas con iusfilósofos del mundo latino que defienden posturas más o menos alejadas de la mía: Bulygin, Guastini, Comanducci, Chiassoni, Laporta, García Amado, Haba o Ferrajoli. Y versan sobre temas tales como el positivismo jurídico, el constitucionalismo, la ponderación, el objetivismo moral, o la función de las teorías argumentativas del derecho. La tesis última que voy a defender aquí es que una filosofía del derecho que cumpla con los requisitos establecidos en ese *Manifiesto* significa hoy, fundamentalmente, una que se centre en la dimensión argumentativa del derecho. Veámoslo.

## 2. Glosa al *Manifiesto*

### 2.1. Comentarios al punto 1

El autor de la frase "el Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo" es Carlos Nino, pero algo muy semejante podría encontrarse en Dworkin; en general, en los autores que integran el paradigma constitucionalista; en los hermenéuticos y en los que se consideran dentro de la tradición iusnaturalista. Fuller contrapuso al normativismo de un Kelsen o de un Hart su visión del derecho como una empresa, una actividad, con la que tratan de lograrse determinadas finalidades, en los realistas jurídicos (particularmente los norteamericanos), etc. El que pueda ser aceptada por muy diversas concepciones del derecho no quiere decir, ni mucho menos, que se trate de una tesis trivial. No lo es cuando se considera a qué otra concepción del derecho se opone, y qué consecuencias tiene.

Pues bien, se opone, hablando en términos generales, al positivismo normativista, esto es, a la que probablemente haya sido, y sigue siendo, la concepción del derecho dominante en el mundo latino. Podría pensarse quizás que esto no es así, o no necesariamente, dado que, precisamente, una tesis esencial del positivismo (de cualquier tipo) es la de las fuentes sociales del derecho. Pero la idea de que el derecho es una práctica social expresa algo más: no solo el carácter artificial, convencional si se quiere, del derecho, sino su dimensión valorativa, sin la cual la idea de práctica social se desvanecería. Por eso, no se considera la dimensión del dere-

cho como práctica social cuando el mismo se reduce a un lenguaje —el lenguaje de los enunciados legislativos— y el papel de la teoría o de la filosofía del derecho al análisis de ese lenguaje. Como se sabe, esa es la tesis defendida por Bobbio en un famosísimo trabajo de 1950<sup>(7)</sup> que se considera como el origen de la iusfilosofía analítica en Italia y que sigue funcionando como paradigma en muchos centros del mundo latino. Bobbio, por cierto, cambió esa manera de entender el derecho y la teoría jurídica en trabajos posteriores, en alguno de los cuales parece haberse aproximado al realismo jurídico,<sup>(8)</sup> pero ese esquema inicial de Bobbio no ha perdido del todo su carácter programático. Así, en un trabajo reciente y significativamente titulado, Riccardo Guastini parte del “presupuesto ontológico-jurídico” de que “el Derecho no es más que un lenguaje, un discurso: el conjunto de enunciados formulados por la autoridad normativa”; y de que “la filosofía del Derecho sería, en consecuencia, un método consistente en el análisis lógico del lenguaje”.<sup>(9)</sup> Afirmaciones ambas que también parecerían valer para Ferrajoli (piénsese en su monumental *Principia iuris*)<sup>(10)</sup> y para muchos otros autores del mundo latino cuyas obras gozan de una considerable influencia.

Las consecuencias teóricas y prácticas de asumir una u otra concepción son considerables. Pensemos, por ejemplo, en el tema de la interpretación. Para los iuspositivistas como Guastini<sup>(11)</sup> o Bulygin<sup>(12)</sup> interpretar consiste simplemente en pasar de un enunciado —una disposición— a otro —a una norma: el enunciado interpretado— lo que requiere de una regla semántica —un canon de interpretación—. Por supuesto, la interpretación es vista también por estos autores como una operación importante en el derecho, pero según ellos no habría en ella nada de particular, simplemente porque lo único que estarían considerando, sobre todo en el caso de Bulygin, es el plano formal o lógico del derecho. Por razones parecidas, la interpretación no juega tampoco un papel muy importante en la obra de

(7) BOBBIO, NORBERTO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950.

(8) BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del Derecho* (ed. de Alfonso Ruiz Miguel), Valencia, Fernando Torres, 1980.

(9) GUASTINI, RICCARDO, “Manifiesto di una filosofia analitica del diritto”, en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, pp. 51/65.

(10) FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2010.

(11) GUASTINI, RICCARDO, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990.

(12) BULYGIN, EUGENIO, “Sull’ interpretazione giuridica”, en *Analisi e diritto*, 1992.

Ferrajoli, al igual que ocurre en la de Kelsen. Sin embargo, las cosas son muy distintas para quien ve el derecho como una práctica social, pues, desde esta última perspectiva, la interpretación adquiere una importancia esencial: mediante la interpretación se trata de desarrollar los valores de esa práctica, sin salirse de la misma: interpretar no es inventar. No se puede, por ello, interpretar sin asumir un punto de vista interno a la práctica, esto es, sin aceptar los valores de la práctica. El propósito de la interpretación ha de ser el de desarrollar esos valores de una manera coherente. Y esto significa que no es posible tampoco establecer una separación estricta entre la labor de los teóricos generales del derecho, la de los dogmáticos o la de los operadores prácticos del derecho. La teoría jurídica, en definitiva, no puede ser puramente descriptiva y explicativa. Es también, esencialmente, normativa: dirige la práctica y se integra con ella.

Lo anterior no supone, naturalmente, negar que el derecho consista en un conjunto de enunciados, en un sistema normativo. Consiste en eso, pero no solo en eso. O sea, la práctica social que es el derecho no puede entenderse sin la noción de sistema, de sistema normativo, pero incorpora también una dimensión valorativa. Dicho de otra manera: el derecho es una práctica autoritativa que pretende lograr ciertos valores. Y esa doble dimensión, autoritativa y valorativa, se traslada también al campo de la interpretación. Interpretar en el derecho es una actividad esencial, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en la moral, por el papel sobresaliente de la autoridad, pero se interpreta para satisfacer ciertos valores. Al interpretar se produce el paso de un enunciado —el enunciado a interpretar, la disposición— a otro —el enunciado interpretado, la norma—, lo cual puede expresarse en una operación lógica, pero lo que guía la interpretación no puede ser otra cosa que valores, de manera que una teoría de la interpretación tiene que contener también, necesariamente, un elemento axiológico: una filosofía moral y política.

Otra consecuencia importante de una u otra forma de concebir el derecho afecta precisamente a la idea misma de la filosofía del derecho para el mundo latino. Pues si uno parte de una concepción positivista del derecho como la que se acaba de señalar, entonces no parece que tenga sentido expresarse en esos términos. ¿En qué podría diferenciarse una filosofía del derecho para el mundo latino con respecto a la filosofía del derecho *tout court*? Mientras que las cosas no son ya así si se asume la otra concepción, o sea, si la filosofía del derecho se concibe como una reflexión a partir de nuestras prácticas jurídicas, entonces es posible pensar en una iusfilosofía

más o menos diferenciada de otras, puesto que en la misma tendrían que traslucirse los rasgos peculiares de esas prácticas. Rasgos que, obviamente, desaparecen cuando el trabajo iusfilosófico se centra en (y se reduce a) operaciones tales como la de caracterizar el lenguaje prescriptivo frente al descriptivo, las normas de mandato frente a los permisos, las lagunas normativas frente a las axiológicas, etc.

Otra forma de expresar la anterior idea consistiría en afirmar que una concepción positivista del derecho tiene pretensiones exclusivamente cognitivas, aunque se trate de un conocimiento puramente formal del derecho. Mientras que para la concepción del derecho como una práctica social a las pretensiones cognitivas se añadiría otra, fundamental, de carácter práctico o político. El filósofo del derecho no trataría exactamente o en lo esencial de alcanzar nuevos conocimientos (de buscar un tipo de originalidad como la que pudiera representar una nueva forma de caracterizar la diferencia entre las reglas y los principios o de entender la validez), sino más bien de elaborar conceptos que puedan contribuir a hacer avanzar la práctica.

Vista como práctica teórica, la filosofía del derecho es una actividad que requiere de ciertos elementos sin los que no podría existir una comunidad iusfilosófica. Así, quienes desarrollan la práctica tienen que compartir ciertas finalidades, aunque se trate de finalidades dadas en un plano más bien abstracto. Entre sus miembros tendría que darse cierto grado de conocimiento mutuo, es decir, tendrían que tomarse unos a otros en serio en cuanto interlocutores. Y hay un tipo de debate, la controversia, el debate —tal y como lo entiende Dascal—<sup>(13)</sup> basado en argumentos, y que ocupa una posición intermedia entre una discusión científica y una mera disputa entre conflictos de preferencias que son irresolubles, que debería jugar un papel de gran importancia como medio de expresión iusfilosófico.

## 2.2. Comentarios al punto 2

La expresión “globalización de un localismo” es de Boaventura Santos, y sirve muy bien para expresar sintéticamente mucho de lo que ocurre en el mundo global con la cultura, incluida la cultura iusfilosófica. Conviene entonces adoptar cierta actitud de cautela o de sospecha en relación con las modas iusfilosóficas que se nos imponen, básicamente desde el mundo anglosajón, y, en todo caso, en relación con la manera de tratar esos

(13) DASCAL, MARCELO, “Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos”, en R. Marafioti (ed.), *Parlamentos: Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Bs. As., Biblos, 2007.

tópicos de moda. Por ejemplo, ¿es la distinción entre positivismo jurídico incluyente, excluyente y normativo la más relevante que puede trazarse para discutir acerca del positivismo jurídico? ¿No merecería la pena tener en cuenta también la dimensión histórica de esa dirección del pensamiento jurídico? Y se puede presentar el debate en torno al positivismo jurídico de la misma manera en los países anglosajones y en los del mundo latino, ¿tiene las mismas connotaciones ser un iusnaturalista (si es que esa fuera la única alternativa al positivismo jurídico) en Buenos Aires o en Madrid que en Harvard o en Oxford? ¿Y por qué olvidar, en todo caso, contribuciones a esa polémica tan importantes como la de Carrió —quizás el primer “positivista incluyente”—, nada menos que en 1970;<sup>(14)</sup> la de Scarpelli, que defendió a mitad de los años 60 y con una extraordinaria penetración lo que ahora suele llamarse positivismo normativo o valorativo;<sup>(15)</sup> o la de González Vicén en varios trabajos de los años 50 y 60 del siglo XX que, en mi opinión, representan la mejor caracterización —en clave histórica— que tenemos del positivismo jurídico?<sup>(16)</sup>

Que la filosofía del derecho representa una aproximación general al fenómeno jurídico es algo que no ofrece ninguna duda. Pero lo que no es ya tan obvio es cómo de general ha de ser esa aproximación. Por supuesto, existen enfoques valiosos que son, por así decirlo, completamente generales y que sería absurdo abandonar: por ejemplo, el del análisis lógico de los conceptos básicos del derecho. Pero la filosofía del derecho no se acaba ahí, no tiene por qué acabarse ahí. Recuérdese la famosa polémica entre Hart y Dworkin, una de cuyas claves es el propósito del primero de construir una teoría descriptiva del derecho y que pretende servir para cualquier sistema jurídico mínimamente desarrollado; mientras que el objetivo del segundo era el de construir una teoría normativa circunscrita al derecho de los Estados Unidos y, por extensión, al de los derechos de los Estados constitucionales. Pero, ¿supone lo anterior un criterio para optar, digamos, por Hart frente a Dworkin? Y, por cierto, ese carácter menos general del enfoque de Dworkin, ¿le hace ser por ello menos “universal”? ¿No tendría entonces sentido proponerse elaborar, de manera central, una teoría del derecho de los Estados constitucionales del mundo latino que, desde luego, no podría prescindir de los otros enfoques a los que me he referido, pero que pusiera el acento en las peculiaridades de nuestros sistemas jurídicos?

(14) CARRIÓ, Genaro, “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed. aumentada, Bs. As., AbeledoPerrot, 1986.

(15) SCARPELLI, UBERTO, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.

(16) GONZÁLEZ VICÉN, FELIPE, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.

Al fin y al cabo, la filosofía del derecho viene a ser —al menos, desde cierto punto de vista— una filosofía regional o particular en relación con la filosofía general, pero eso, claro está, no tiene por qué llevar a dejar de considerarla como una filosofía. En mi opinión, la mejor filosofía del derecho es probablemente la que mantiene una adecuada y estrecha conexión con la filosofía general, lo que significa que recibe de esta última ciertos materiales —ideas— que, debidamente transformados en el mundo jurídico, pueden revertir luego al campo de origen. Me parece que una ilustración de esa manera de proceder la encontramos en la teoría del discurso de Alexy. Como se sabe, él toma la noción de Habermas, de la filosofía general, pero no se limita a aplicarla sin más al campo jurídico, sino que la enriquece y la transforma con lo que, al final, lo que regresa al campo de la filosofía general es una idea más articulada y que seguramente los filósofos generales harían muy bien en tomar en cuenta. ¿Y no cabría pensar en que algo parecido podría tener lugar entre la filosofía del derecho *tout court* y, por ejemplo, la filosofía del derecho del mundo latino si bien, en uno y otro caso, el “movimiento” de las ideas no tendría por qué provenir siempre del primero de los campos: de la filosofía general o de la filosofía del derecho *tout court*?

No es fácil, en todo caso, precisar en qué debería ser distinta esa filosofía del derecho del mundo latino en relación con otras filosofías del derecho “regionales”. Pero me parece que esos posibles rasgos diferenciales tendrían que buscarse en relación con la materia o los problemas preferentes de estudio, con el método a emplear y con la función o finalidad perseguida. Me limitaré a hacer, al respecto, algunas preguntas que, yo creo, tiene sentido plantearse y tratar de contestar, quizás como una tarea previa a la de fijar del todo esas características. ¿Estamos los filósofos del derecho del mundo latino volcados, u orientados preferentemente, a las cuestiones que tenemos razones para considerar como las más relevantes en nuestras culturas jurídicas? ¿Nos hemos preocupado por desarrollar las herramientas metodológicas que podrían servirnos a nosotros, y a los otros operadores jurídicos, para resolver o esclarecer los problemas relevantes que plantean el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos? ¿Hemos reflexionado suficientemente sobre cuál tendría que ser el papel de la filosofía del derecho en el conjunto del saber jurídico, tal y como es practicado en nuestros medios, y de los saberes sociales y de la filosofía, tal y como se dan también en nuestros medios? ¿Y acaso las respuestas a todas esas preguntas no nos llevarían a procurar elaborar una filosofía del derecho menos “seguidista” que la que solemos practicar?

### 2.3. Comentarios al punto 3

Estar inserto en una tradición de pensamiento es probablemente uno de los requisitos necesarios para poder hacer de manera significativa filosofía del derecho. Pero para que exista una tradición no basta con que hayan existido pensadores de talla suficiente y con que ellos hayan producido obras importantes. Se necesita también que se hayan creado instituciones, esto es, organizaciones con fines compartidos por quienes la integran y que aseguren cierta continuidad, cierta pervivencia, a lo largo del tiempo. En el mundo latino no faltan esos autores relevantes. Sin salir del siglo XX, se podrían dar unos cuantos nombres que permitirían, a partir de ellos o de sus obras, fundar una tradición. Me limito a señalar tres: Norberto Bobbio, Carlos Vaz Ferreira y Carlos Nino. Hemos carecido sin embargo, y me parece que en buena medida seguimos careciendo, de instituciones capaces de hacer fructificar esas obras, de darles continuidad. ¡Qué diferencia con lo que ha ocurrido en el ámbito anglosajón! La influencia de Austin llega hasta mediados del siglo XX y es con él, con su concepción imperativista del derecho, con quien discute fundamentalmente Hart. Al igual que es al positivismo hartiano al que Dworkin toma como modelo que pretende superar. Los integrantes del movimiento *Critical Legal Studies* se afanan por mostrar los límites del liberalismo dworkiniano, etc. La presencia del Estado constitucional como forma de organización política aceptada casi sin excepciones en el mundo latino parecería ofrecer una base sólida sobre la que edificar una filosofía del derecho para estos países. Pero para ello hay dos obstáculos que habría que superar y que, en buena medida, están en el centro de la discusión en los últimos tiempos. Uno es el formalismo en cuanto concepción, ideología profundamente arraigada en nuestra cultura y que, simplificando, viene a consistir en reducir el derecho a reglas y en aislar el derecho de otros fenómenos sociales y culturales. El otro, el defecto opuesto, consiste en ignorar que el derecho es —aunque no sea solo eso— un fenómeno autoritativo en el que las reglas tienen que jugar un papel preponderante; en reducir, por así decirlo, el derecho a principios, a valores; y en hacer, por lo tanto, que el derecho pierda uno de sus rasgos de identidad y pase a ser considerado como un capítulo más de la moral. Quizás no exista un término aceptado por todos para designar esta segunda concepción, pero yo creo que podría servir el de “neo-constitucionalismo”, en el sentido que le atribuyeron quienes acuñaron el término y, en general, quienes se califican a sí mismos de “neo-constitucionalistas”. Pues bien, se trata, así entendida, de una concepción del derecho que no es compatible

con el constitucionalismo post-positivista de autores como Dworkin, como Alexy o como Nino. La filosofía del derecho del mundo latino, en mi opinión, debería ser constitucionalista, pero no neo-constitucionalista.

#### 2.4. Comentarios al punto 4

Hay una curiosa ficción que, a lo largo de los últimos años, he podido ver que aceptan muchísimos iusfilósofos del mundo latino y en la que se basan también las agencias de evaluación de la investigación que operan, con creciente influencia, en el contexto de nuestras universidades. La ficción consiste en suponer que la filosofía del derecho supone un tipo de actividad semejante a la de la matemática, la física y la biología, en el sentido de que, tanto en un campo como en los otros, existen instituciones de ámbito mundial que integran a la comunidad de sus cultivadores (la IVR para los iusfilósofos), organizan congresos de ámbito mundial en los que se discuten los avances en la materia siguiendo las reglas del diálogo racional, etc. Las cosas, sin embargo, no son exactamente así: entre cómo están organizadas esas disciplinas científicas y cómo lo está la filosofía del derecho existen diferencias muy considerables. Cito un texto de un artículo reciente:

No existe ninguna estructura institucional en la que los trabajos iusfilosóficos puedan competir entre sí en un plano de igualdad, en la que cualquier idea pueda llegar a imponerse a sus rivales si es que cuenta con mejores argumentos en su favor. Y no existe porque ese tipo de diálogo —de diálogo racional— presupone ciertos requisitos que están manifiestamente ausentes en el ámbito de la filosofía del Derecho. Está ausente, sin ir más lejos, el interés en escuchar por parte de quienes —se supone— tendrían que ser los destinatarios de esos mensajes. Y no hay, por otro lado, por qué considerar que se trata de un desinterés culpable: no hay nada que reprochar a quien no te escucha porque simplemente no conoce tu lengua o porque vive y trabaja inserto en un tejido institucional —en una cultura jurídica— que cuenta con sus reglas propias de funcionamiento, las cuales le llevan a comportarse de manera “autopoietica”. Simplemente, el Derecho no es como las matemáticas, como la biología o como la física. Hoy por hoy, la “ciencia del Derecho” (en el sentido amplio e impreciso de la expresión) sigue siendo, en muy buena medida, una ciencia de cada pueblo o de cada cultura. Por lo demás, esa relación de asimetría comunicativa



que caracteriza a la filosofía del Derecho tiene, naturalmente, algunas excepciones y, en todo caso, no es una razón para dejar de escuchar a quien, aunque no esté en disposición a su vez de escucharnos, sin embargo, tiene algo interesante que decirnos. Pero lo que no parece tener mucho sentido —para expresarlo de manera cruda— es empeñarse en escribir textos iusfilosóficos que parecerían tener como objetivo último el de aparecer citados —naturalmente, solo en nota a pie de página— en alguna obra de un autor anglosajón. Podemos aspirar a más.<sup>(17)</sup>

Si se deja de creer en ficciones como la que acabo de señalar, es probablemente más fácil que se acepte la necesidad, o la conveniencia, de una “implantación política” de la filosofía del derecho que asuma como una de sus funciones la de mediar entre lo local y lo global; lo que no podrá hacerse si no se construye, a su vez, una teoría de ámbito regional dirigida a dar cuenta y a guiar las prácticas jurídicas en el contexto de nuestros Estados constitucionales.

Entiéndaseme bien, no se trata de ir contra organismos como la IVR que, en términos generales, juegan un papel positivo, ni de defender una especie de “nacionalismo iusfilosófico” que seguramente traería males semejantes a los producidos por el nacionalismo en el campo de la política —el populismo, la confusión ideológica, etc—. Se trata de no engañarse y de construir una filosofía del derecho apoyada sobre el suelo firme que supone la realidad de nuestros derechos y de nuestras culturas jurídicas.

### **2.5. Comentarios al punto 5**

Vuelvo sobre un punto anterior. Nos empeñamos muchas veces en escribir textos iusfilosóficos dirigidos a un destinatario que no existe, porque no está en condiciones de escuchar o porque no está dentro de sus intereses el hacerlo. Y nos olvidamos, al mismo tiempo, de que contamos con un auditorio potencial de enormes dimensiones y que reposa sobre un suelo fértil en el que podrían crecer y fructificar las ideas iusfilosóficas. También aquí —estoy hablando de un pragmatismo bien entendido—, haríamos bien en seguir el modelo de la iusfilosofía anglosajona que en muchos aspectos ha sabido institucionalizar con éxito la teoría del derecho. Además, nosotros estamos, en relación con ellos, en una situación de cierta superioridad que deberíamos ser capaces de aprovechar. Pues

---

(17) ATIENZA, MANUEL, “Una teoría pragmática...”, *op. cit.*, p. 128.

mientras que ellos viven inmersos prácticamente en una sola cultura, nosotros tenemos acceso por lo general a varias de ellas: a la nuestra —a las nuestras— y, con ciertas limitaciones, también a la suya. Pero para que esto se convierta realmente en una ventaja es necesario que en lugar de navegar sin rumbo, perdidos de un lado para otro, sepamos con alguna precisión cuál es nuestro puerto de destino y cuáles las mercancías que tendríamos que desembarcar.

La metáfora anterior la utilizaba Lhering para dar cuenta de cuál era en su opinión la función práctica del jurista, semejante a la del marino que tiene que llevar a puerto determinadas mercancías, y que, por supuesto, sirve también para el filósofo del derecho. Las fronteras entre el trabajo del jurista práctico, del que elabora la dogmática jurídica y del filósofo del derecho son, o deberían ser, fluidas. Hace algunos años, Dworkin escribió un texto, proveniente de una conferencia, defendiendo que los juristas, en particular los jueces —sobre todo, los jueces constitucionales—, debían y podían ser filósofos.<sup>(18)</sup> Tenía razón, pero quizás merezca la pena hacer notar que, al hablar de los filósofos cuyas obras recomendaba leer a los juristas de su país, aparte de a los filósofos clásicos, solo incluía, entre los contemporáneos, a autores estadounidenses. Como se ve una vez más, una prueba de que una concepción no ya “regionalista”, sino bien “localista” de la filosofía del derecho puede llegar a tener un alcance muy universal.

La falta de pragmatismo es, en mi opinión, el defecto fundamental de la filosofía del derecho que se suele elaborar en el mundo latino. Pero a lo que me refiero, como antes decía, es a un pragmatismo bien entendido que nada tiene que ver con el pragmatismo ramplón del jurista que vive a ras de suelo y que no es capaz de entender que en el derecho se necesitan teorías precisamente para poder ser suficientemente prácticos. Ni tampoco con el “nuevo pragmatismo” de Rorty y compañía, cuyo escepticismo radical en relación con la razón —práctica y teórica— no puede significar otra cosa que la negación de la filosofía del derecho, por lo menos, de la que aquí se pretende bosquejar.

El pragmatismo al que estoy apelando podría entenderse, básicamente, como una actitud o un presupuesto último del pensamiento iusfilosófico, consistente en dar primacía a la práctica. Es, pues, obvio que bajo ese rubro caben no una sola, sino una pluralidad de concepciones iusfilosóficas.

(18) DWORKIN, RONALD, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos?”, en *Estudios de Derecho*, n° 144, Medellín, diciembre de 2007.

## 2.6. Comentarios al punto 6

¿No cabría pensar en que existe alguna conexión entre la incapacidad de los filósofos del derecho del mundo latino para incidir significativamente en la cultura jurídica de nuestros países y el excesivo seguidismo del paradigma anglosajón, no de su orientación pragmatista general —que me parece completamente adecuada—, sino en relación con la agenda de problemas, la forma de tratarlos y las finalidades concretas que ese paradigma establece? ¿Puede extrañarnos que los juristas no filósofos del derecho hayan decidido prescindir de nosotros cuando nosotros no parecemos aspirar a otra cosa que a comentar ideas surgidas en otros contextos y a ser actores muy secundarios de representaciones que tienen lugar, en realidad, en escenarios muy lejanos? ¿Qué tal si nos tomáramos en serio el lema que, según Kant, sintetizaba el espíritu de la Ilustración: ¡atrévete a pensar!? ¿O tal vez no hemos llegado aun, en este considerable fragmento de humanidad que representa el mundo latino, a la mayoría de edad?

Quizás no sea fácil determinar cuáles son los problemas iusfilosóficos relevantes. La noción de relevancia es, naturalmente, relativa a la concepción del derecho y de la filosofía del derecho que se tenga. Es más, un criterio que habría que considerar a la hora de optar por una u otra concepción de la filosofía del derecho podría ser el de tener en cuenta cuáles son los problemas relevantes que cada una de esas concepciones lleva a tratar.

Pero si se está de acuerdo en que la noción de problemas relevantes supone algo así como “relevantes para la comunidad jurídica entendida en un sentido amplio”, eso tendría que llevarnos probablemente a cerrar las puertas a mucho de lo que Bobbio llamó en una ocasión “filosofía del Derecho de los filósofos”, precisamente porque si no se cuenta con cierto grado de familiaridad con el derecho, es imposible dar satisfacción a esa exigencia de relevancia. Pero el cumplimiento de la condición de relevancia, desde luego, es compatible con —por no decir que exige habitualmente— grados muy elevados de abstracción. Y conviene no olvidar que muy abstracto no quiere decir muy abstruso. Y que si lo que se pretende es escribir para un público amplio, que vaya más allá del configurado por los propios iusfilósofos, cuando no por los iusfilósofos que han escrito sobre tal tema o que siguen tal orientación, entonces hay ciertos consejos fáciles de dar —pero seguramente más difíciles de seguir—, y que ni siquiera merece la pena explicitar aquí por su obviedad.

## 2.7. Comentarios al punto 7

Desde luego, supone una considerable simplificación reducir el panorama actual de la filosofía del derecho a estas tres concepciones: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica. Pero a veces las simplificaciones pueden estar justificadas y, en todo caso, no cabe duda de que esas tres orientaciones (entendidas en un sentido suficientemente amplio) muestran tener un arraigo y una permanencia en el tiempo que no pueden deberse a una mera moda intelectual; quiero decir que tienen que estar apuntando, cada una de ellas, a algún ingrediente importante de la experiencia jurídica. Ello no debe llevar tampoco a proponer lo que sería una (pseudo)síntesis, conciliadora que, en mi opinión, significaría todo un acto de traición a la filosofía. Cito de nuevo un pasaje del mismo trabajo al que antes me refería:

Entiéndaseme bien. No estoy abogando en favor de un sincretismo iusfilosófico que tome un poco de aquí y otro poco de allá, dirigido a armar una especie de componenda intelectual en la que cada cual pueda reconocer algo de lo suyo, de manera que al final pueda llegarse a algo así como a un acuerdo negociado. No es así, obviamente, como hay que construir una teoría que merezca la pena e incluso el nombre de tal. De hecho, mi opinión sobre el positivismo jurídico (en todas sus formas) es que se trata de una concepción del Derecho históricamente periclitada a la que, simplemente —para utilizar el título de un trabajo escrito conjuntamente con Juan Ruiz Manero—, debemos dejar atrás; al igual que la filosofía del Derecho —pero hace ya cosa de un par de siglos— debió dejar atrás las doctrinas del Derecho natural; y, en relación con las llamadas teorías “críticas” del Derecho, mi objeción fundamental a las mismas es que, simplemente, no están en condiciones de dar cuenta del Derecho del Estado constitucional y, en consecuencia, no pueden tampoco guiar las prácticas jurídicas que se desarrollan en ese contexto. Pero, al mismo tiempo, aunque uno no pueda ser ya ni positivista, ni iusnaturalista, ni “crítico”, no veo ninguna razón para dejar de apropiarse de lo que pudiera haber (de lo que hay) de valioso en esas (o en otras) tradiciones, para no tener hacia ellas —si se me permite hablar así— una actitud no sólo pragmática, sino incluso “oportunista”.<sup>(19)</sup>

(19) ATIENZA, MANUEL, “Una teoría pragmática...”, *op. cit.*, pp. 126/127.

## 2.8. Comentarios al punto 8

La herencia dejada por el positivismo a nuestra cultura jurídica es un tanto ambigua y necesita de alguna clarificación. Quizás la precisión más importante a hacer consista en distinguir entre el positivismo de los juristas —de los cultivadores de la dogmática jurídica y de los juristas prácticos— y el de los teóricos del derecho. El de los primeros ha sido, fundamentalmente, un positivismo formalista que sigue lastrando gravemente nuestra cultura, pero que raramente ha sido defendido por los filósofos del derecho del mundo latino. Es más, el positivismo metodológico que ha prevalecido entre nosotros, siguiendo las huellas de Kelsen o de Hart, es simplemente incompatible con el formalismo jurídico, entendida esta última expresión en su sentido usual y peyorativo.

A los positivistas jurídicos, empezando por Bobbio, les debemos una preocupación por la clarificación conceptual y la construcción de un método de análisis del lenguaje de los que sería insensato prescindir: de la actitud y del método. No se trata, pues, de olvidarse de las aportaciones iuspositivistas a la teoría del derecho, sino de considerarlas, en general, más como un punto de partida a la hora de estudiar un determinado problema —por ejemplo, el de la interpretación—, que como un punto de llegada.

La necesidad de superar el positivismo jurídico, el tipo de positivismo que ha prevalecido en la teoría del derecho del mundo latino y que sigue aun teniendo una considerable fuerza, se debe a estos dos factores a los que ya anteriormente me he referido. Por un lado, al reducir el derecho a un fenómeno de autoridad, el positivismo configura una concepción excesivamente pobre del derecho, y que para nada da cuenta de la experiencia jurídica que caracteriza el derecho del Estado constitucional. Y, por otro lado, al sostener la tesis del escepticismo moral, se renuncia a poder edificar una teoría verdaderamente práctica del derecho: no es casual que el positivismo jurídico haya sido considerado por los propios positivistas,<sup>(20)</sup> como una teoría del derecho que carece de una teoría de la argumentación jurídica, o que, como en el caso de Ferrajoli, se construya una teoría ambiciosa del derecho dirigida a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales... que sin embargo no puede fundamentar.

---

(20) PRIETO, LUIS, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en *Doxa*, n° 23, 2000; ATRIA, FERNANDO, "Del derecho y el razonamiento jurídico", en *Doxa*, n° 22, 1999.

## 2.9. Comentarios al punto 9

La superación del positivismo jurídico no supone (no debe suponer) una vuelta al derecho natural. Al igual que hoy, en la época del constitucionalismo, no tiene ya sentido ser un partidario del positivismo jurídico, el iusnaturalismo dejó de ser una concepción del derecho acorde con los tiempos desde hace algo más de dos siglos. Para decirlo con González Vicén, desde que, con el fenómeno de la "positivización" que tuvo lugar en Europa desde finales del XVIII, el derecho dejó de ser considerado como un orden de la conducta con validez para todos los tiempos y lugares y pasó a ser contemplado como algo histórico, como una creación humana relativa a sociedades concretas —lo que solemos llamar tesis de las fuentes sociales del derecho—, y que requería un tipo de elaboración teórica que no podía ser ya la de las doctrinas iusnaturalistas. Es más, tanto González Vicén como Bobbio lo señalaron en alguna ocasión, el propio término "filosofía del derecho" empieza a ser usado a comienzos del XIX para tratar, aproximadamente, de las mismas cuestiones que hasta entonces se contenían en los tratados de "derecho natural".

Pues bien, lo que el constitucionalismo contemporáneo critica a los partidarios del positivismo jurídico no es que estos últimos consideren el derecho como un fenómeno artificial, como una creación humana, sino su pretensión de que el derecho puede identificarse, interpretarse, prescindiendo de la moral, o sea, el aislamiento del derecho en relación con la razón práctica; y el escepticismo axiológico —bien se emplee esa expresión o bien la de no-cognoscitividad o relativismo moral—, o sea, la negación de que los juicios de naturaleza ética sean susceptibles de justificación racional.

Considerar como iusnaturalista a toda concepción del derecho que niegue las dos anteriores tesis no es más que una maniobra retórica en la que los autores positivistas vienen a coincidir precisamente con algunos iusnaturalistas —como Finnis—, aunque cada uno de ellos lo haga con propósitos muy distintos: los primeros, para denostar una concepción del derecho, dadas las connotaciones muy negativas (intolerancia política, arcaísmo conceptual, etc.) que el rótulo de "iusnaturalismo" tiene (y *par cause*) en muchos ámbitos de la cultura jurídica de los países latinos; los segundos, para seguir sosteniendo una versión aristotélico-tomista del derecho natural que, sorprendentemente, tendría que ser el fundamento de la reflexión jurídica en las sociedades globalizadas del presente, pero que acaba por servir de vehículo, lo que ya no tendría por qué suponer una sorpresa, para la defensa de tesis extremadamente conservadoras a propósito de temas

tales como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el trato a los inmigrantes.<sup>(21)</sup> El constitucionalismo jurídico —el tipo de concepción en la que se puede incluir a autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick— es realmente una posición distinta a la del positivismo jurídico y a la del derecho natural. Y es precisamente esa vía la que debería transitar sobre todo la filosofía del derecho del mundo latino.

El derecho no puede entenderse sino en el contexto de la razón práctica, cuyo carácter unitario —una unidad presidida por la moral— constituyó, quizás, el principal empeño teórico de Carlos Nino. Como él no se cansó de defender, el derecho no es un fenómeno insular, y la filosofía del derecho tiene que entenderse en términos de interconexión con la filosofía moral y la filosofía política. Ahora bien, la existencia de muchos puentes entre el derecho, la moral y la política no implica —y Nino, desde luego, era bien consciente de ello— reducir el derecho a los otros fenómenos. En particular, no supone negar al razonamiento jurídico justificativo cualquier tipo de autonomía en relación con el razonamiento moral. Esta última sería, como se indicó antes, una tesis típica del neoconstitucionalismo, pero no del constitucionalismo jurídico. O sea, el razonamiento jurídico contiene siempre un fragmento de razonamiento moral, pero esas razones morales, por paradójico que pueda parecer, pueden en ocasiones justificar que se acuda a razones autoritativas —razones jurídicas— que no serían las mejores desde un punto de vista estrictamente moral. El derecho y la moral, en definitiva, están lejos de ser fenómenos coextensivos.

El objetivismo moral, cuando se entiende de manera adecuada, puede resultar una tesis bastante más fácil de aceptar de lo que muchos creen. Y, desde luego, es un presupuesto necesario para hacer filosofía del derecho con sentido. De entrada, conviene recordar que el positivismo jurídico no se ha caracterizado comúnmente por ser contrario al objetivismo ético, sino por sostener la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Como se sabe, los positivistas de la jurisprudencia analítica inglesa —Bentham y Austin— fueron objetivistas éticos. A diferencia de Kelsen o de Ross que defendieron —sin duda, influidos por el positivismo lógico de la época— tesis fuertemente no-cognoscitivistas en materia moral. Pues bien, lamentablemente, es ese no-cognoscitivismo, bastante ajeno al gran desarrollo que ha conocido la filosofía moral en las últimas décadas, lo

---

(21) FINNIS, JOHN, "What is the Philosophy of Law?", en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012, pp. 67/77.

que parece estar en la base de lo que hoy, en el mundo latino, sostienen autores positivistas tan influyentes como Ferrajoli, Guastini, Comanducci o Bulygin. Además, los no-cognoscitivistas parecen empeñados en negar el objetivismo ético basándose en, o atrincherados tras, una concepción de la verdad que solo sería aplicable a los enunciados de la ciencia natural y de la ciencia formal. Pero el objetivismo ético no está comprometido con la tesis de que existen “verdades éticas” en el mismo sentido en que se habla de verdades en el ámbito de la ciencia. Como recientemente ha escrito Dworkin,<sup>(22)</sup> es cierto que en el mundo de la moral no existen “*morons*” que sean los equivalentes a los “átomos” del mundo físico. Pero ser objetivista en materia moral significa simplemente considerar que los juicios morales pueden estar o no justificados en términos racionales, no que sean verdaderos o falsos, sino correctos o incorrectos. La clave radica, entonces, en preguntarse cuáles son esos criterios de corrección, y la respuesta —la respuesta en la que, con diferencias de énfasis, vienen a coincidir las diversas concepciones de la ética a las que suele denominarse constructivistas— es que son los que determina el procedimiento de la discusión racional, cuyas reglas rigen tanto en relación con cuestiones teóricas como prácticas. Y dado que una de esas reglas es la del carácter abierto del diálogo racional, lo que de ahí se sigue es que el procedimiento permite arribar a juicios de validez objetiva, pero no absoluta: nuevos argumentos no considerados hasta el momento podrían hacer que tuviésemos que corregir un juicio considerado hasta entonces como correcto. O sea, el objetivismo moral no es absolutismo moral: los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta.

### 2.10. Comentarios al punto 10

Uno de los mayores déficits de la teoría jurídica del mundo latino (y de la teoría jurídica *tout court*) es que se ha construido sin considerar apenas el conocimiento social disponible. Y esa carencia tiene seguramente mucho que ver con una inadecuada relación con la tradición de pensamiento que se inicia con Karl Marx. En general, puede decirse que los teóricos del derecho han dejado en las últimas décadas de leer a Marx. No digo que hayan dejado de ser marxistas, lo que resultaría enteramente comprensible, sino que han dejado de considerar su obra como la de un autor clásico que todavía tiene muchas cosas que decirnos. Pues, de la misma manera que es

(22) DWORGIN, RONALD, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, pp. 42/43.



recomendable leer la *Ética a Nicómaco* o la *Retórica* de Aristóteles sin que, naturalmente, ello presuponga la aceptación de la esclavitud o de la teoría de los silogismos en bloque, uno puede leer a Marx —y obtener de ello un provecho considerable— sin necesidad de pensar que el comunismo es un estadio necesario en el desarrollo de la historia, que el derecho y el Estado están destinados a extinguirse, etc. En particular, hay una serie de ideas que se encuentran en el pensamiento de Marx y que son de gran valor para la construcción de una teoría del derecho para el mundo latino en el sentido que aquí se está defendiendo. Así: el pragmatismo (la primacía de la praxis); el enfoque funcional, crítico y materialista de los fenómenos sociales; la propuesta de considerar al derecho a partir de una concepción global de la sociedad, lo que lleva a abrir los saberes jurídicos hacia las ciencias sociales; o el compromiso con un proyecto político-ético de emancipación humana en el que el derecho no tendría por qué verse relegado.

Sin embargo, los iusfilósofos que vienen de esa tradición siguen, por lo general, manteniendo dos tesis que dificultan o hacen imposible que el derecho de los Estados constitucionales pueda jugar ese papel emancipatorio. Reconocer esta función, por cierto, no implica una idealización de los sistemas jurídicos, incluidos los del Estado constitucional. El derecho contemporáneo de los Estados constitucionales es, desde el punto de vista político-moral, un fenómeno esencialmente ambiguo, necesariamente vinculado con todos los procesos tanto de dominación como de emancipación social. De ahí lo inadecuado de sostener la tradicional tesis marxista consistente en ver el derecho como un elemento meramente superestructural y al que se atribuye una relevancia más bien escasa en el conjunto de la sociedad. Tesis, por lo demás, que resulta agravada al haber calado ampliamente entre los científicos sociales y los filósofos, los cuales, al menos en el ámbito de nuestra cultura, creen poder explicar los fenómenos sociales, o incidir significativamente en los mismos, ignorándolo prácticamente todo sobre uno de sus componentes esenciales.

La otra tesis es la del escepticismo en materia de ética, la imposibilidad de construir un discurso objetivo sobre lo correcto y lo incorrecto. En esto, los autores de inspiración marxista —los “críticos”— vienen a coincidir ampliamente con los positivistas, pero mientras que para estos últimos el no-cognoscitismo en materia de moral no tendría por qué afectar en principio a su concepción del derecho que suele tener, por lo general, pretensiones tan solo de tipo cognoscitivo o descriptivo, en el caso de los autores “críticos” (o de los positivistas que defienden una implantación po-

lítica de la iusfilosofía —como es el caso de Ferrajoli— las consecuencias son más bien letales pues, simplemente, no parece que una pretensión de guiar la práctica, de hacer avanzar un programa de emancipación social, sea compatible con la falta de criterios moralmente justificados para criticar un tipo de práctica y proponer otra en su lugar.

A veces, autores de inspiración marxista —estoy pensando también aquí en Capella o en Ferrajoli— parecen pensar que la dificultad que se acaba de señalar puede superarse apelando a algún tipo de convención que el desarrollo histórico de las sociedades habría hecho surgir. Pero la debilidad de esa concepción de la justicia, quizás heredera del historicismo y el no-cognoscitismo del propio Marx en esta materia, me parece manifiesta. Si el único fundamento al que podemos apelar es la convención misma, ¿cómo se puede defender que un programa que pretende instaurar una sociedad —pongamos por caso— erigida sobre los principios de igualdad y solidaridad, es superior a la hoy dominante que viene a ser la materialización de los principios del neoliberalismo? ¿Acaso la concepción neoliberal no se basa también en una convención ampliamente aceptada en muchos sectores de nuestras sociedades?

Los autores “críticos” —en un sentido amplio, que incluye tanto a los de inspiración marxista como a realistas radicales como Haba— han estado ocupados con excesiva frecuencia más en ser críticos que en desarrollar una teoría del derecho que pudiera servir realmente para transformar el derecho y la sociedad. Han incurrido así en lo que en alguna ocasión he denominado “el dilema del crítico”. Se trata de lo siguiente.<sup>(23)</sup> Los juristas críticos —y, muy en particular, los del movimiento *Critical Legal Studies*— se caracterizan por sostener tres tesis que se dirigen, respectivamente, contra el esencialismo, el formalismo y el liberalismo; esas tres tesis son las del carácter contradictorio, indeterminado e ideológico del derecho. Pues bien, si las mismas se entienden en un sentido fuerte o radical, el problema que se plantea es que el crítico se niega a sí mismo, pues si el derecho fuera absolutamente contradictorio, indeterminado e ideológico, entonces sería imposible —o inútil— cualquier tipo de teoría jurídica, incluida la suya; dicho de otra manera, la versión fuerte es insostenible. Pero si las tesis se entendieran en un sentido débil, entonces el crítico entra en crisis de identidad pues, obviamente, no hace falta ser un “crítico” para sostener eso.

(23) ATIENZA, MANUEL, “Prólogo”, en Juan Antonio Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

Pues bien, la manera de salir del dilema radica, por un lado, en despreocuparse un tanto de esos afanes de radicalidad y poner en su lugar una mayor dosis de pragmatismo político y de sentido de la responsabilidad en relación con el primer cuerno del dilema; y, por otro lado, para escapar del segundo cuerno, en aceptar fragmentos más o menos extensos de teorías que bien podrían haberse elaborado dentro del paradigma liberal y/o analítico. Un buen ejemplo de lo que quiero decir lo suministra la temática de los derechos humanos; en particular, de los derechos sociales. Lo que ahora tenemos son teorías demasiado escoradas hacia el lado del liberalismo político, aunque se trate de un liberalismo progresista, como el de Dworkin o Nino, y que, en consecuencia, no consiguen dar cuenta adecuadamente de los derechos sociales. Pero para lograr esto último no es preciso prescindir, por ejemplo, de los tres principios elaborados por Nino para la justificación de los derechos humanos: autonomía, inviolabilidad y dignidad. Bastaría con reinterpretarlos o, quizás mejor, con añadir otros tres principios procedentes de la tradición socialista —el principio de las necesidades básicas, de cooperación y de solidaridad— para dar paso así a una teoría sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos más acorde con la noción de Estado constitucional con la que, seguramente, muchos iusfilósofos del mundo latino están comprometidos.

### 3. Conclusión

Porqué todo lo anterior se conecta con una visión argumentativa del derecho no es, en mi opinión, difícil de explicar. El derecho no es, por supuesto, únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional. Ese enfoque permite conectar de una manera que me atrevo a calificar de “natural” la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del derecho —la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación—. Conecta a la filosofía del derecho con la filosofía general —teoría general de la argumentación, filosofía moral y política— y con los saberes sociales —psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica—. Y lleva, en definitiva, a tener que servirse del método analítico para, sobre la base de cierto objetivismo moral, sin el cual no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificativa, facilitar la toma de decisiones encaminadas a mejorar el dere-

cho y la sociedad. Además, hablando en términos generales, en el mundo latino carecemos de una sólida cultura argumentativa, de manera que contribuir a desarrollar ese enfoque entre los juristas puede tener un cierto efecto de irradiación hacia otras instituciones sociales, lo que sería, sin duda de un gran valor: la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática.





# Debates





# El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo

MARCO NAVAS ALVEAR<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** Constitución - complejidad - Ecuador - decisión judicial - justicia constitucional.

## 1. Introducción

El poder de decisión que tienen los jueces constitucionales en las democracias latinoamericanas contemporáneas es por lo general muy amplio. Al tener los jueces que “guardar” la constitución, este poder decisonal se manifiesta no solamente en una serie de formas de aseguramiento de que el orden constitucional impere, sino en una multiplicidad de materias cubiertas por el “paraguas” constitucional de forma directa o indirecta por el efecto de irradiación.

Decidir tiene que ver con cuestiones como interpretar la constitución, vigilar que el orden jurídico se adecue a ella, juzgar violaciones a sus normas y especialmente contra los derechos. Pero también decidir tiene que ver con funciones típicamente de orden político como arbitrar conflictos entre

---

(1) Profesor de derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.



los poderes o funciones —como se denominan en el Ecuador— del Estado, o bien algunas otras como el control previo de estados de excepción y de los contenidos de enmiendas constitucionales y consultas populares, las cuales revisten también gran importancia para el proceso político.

Para tomar la decisión judicial, el juez constitucional tiene un marco fundamental de referencia que es la misma Constitución. Ella establece las competencias, los procedimientos, además de que generalmente esboza los métodos para decidir. En el caso de la Constitución ecuatoriana, esto se expresa fundamentalmente a través del Título IX, que se refiere a la “Supremacía de la Constitución”, y de algunas otras disposiciones repartidas en el texto de la Carta. De esa forma se marcan las líneas de acción de la Corte Constitucional. No obstante, estas normas que marcan la acción de la Corte no bastan para acometer la tarea decisional. Existen, pues, una serie de instrumentos normativos —de naturaleza procesal principalmente—, referentes que se encuentran en las normas del derecho internacional, y la jurisprudencia comparada, entre otras fuentes. Existen, asimismo, métodos, como la ponderación, con los cuales puede desarrollarse la tarea interpretativa y decisional.

No obstante los elementos enunciados, nuestro interés se refiere más a los enfoques teóricos a partir de los cuales se ha movido el debate sobre el papel del juez constitucional en estos últimos años. Más en concreto, nos interesa el debate acerca de la aparente tensión al interior de los sistemas constitucionales entre un componente de derechos y lo que podríamos llamar el principio democrático, que ha sido profuso especialmente de las últimas décadas. El propósito de este texto, sin embargo, no es examinar propiamente este debate. Nos limitaremos por el momento a enunciar que existen dos posiciones básicas, las que —consideramos— se reflejarían de forma importante en la Constitución ecuatoriana. Por una parte, una posición inspirada en autores como L. Ferrajoli,<sup>(2)</sup> a favor de un constitucionalismo material, basado en la existencia de un núcleo duro de derechos que configuran al régimen democrático, orientan la actuación del juez y le otorgan un papel protagónico.<sup>(3)</sup> Por otra parte, una posición

---

(2) El autor desarrolla estos planteamientos, en FERRAJOLI, LUIGI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vols. I y II, Madrid, Trotta, 2011 y *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, entre otras.

(3) Ver este debate en BAYÓN, JUAN CARLOS, “Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo” en M. Carbonell y L. García J., *El Canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta/IJ UNAM, 2010, pp. 285/355 y ALTERIO, ANA M., “La ‘esfera de lo indecible’

a favor de un modelo que, siguiendo a R. Bellamy, llamaremos de constitucionalismo político,<sup>(4)</sup> que cuestiona la primera posición confiando más en los órganos políticos y en la participación de la comunidad política en la definición de la realización de esos derechos, sea que esta se desarrolle bajo reglas de deliberación y consenso o bajo la regla de la mayoría. En esta segunda posición, el rol del juez no es necesariamente protagónico. Se complejiza, pues tiene que ver con una concepción de sí mismo no solo como un técnico defensor de los derechos, sino como un actor constitucional de lo político. Y precisamente, al aludir al asunto de la complejidad, lo queremos cuestionar es una lectura de la Constitución como la base de un orden "monológico". O bien, en otras palabras, la Constitución vista como un dispositivo del que emana un discurso prescriptivo unívoco, que incluso en sus versiones más emancipadoras<sup>(5)</sup> nos marcaría una sola dirección: es lo que consideramos necesario poner en duda en favor de una mejor comprensión y más crítica.

Respecto de esta visión compleja aplicada al derecho, aportes como los de F. Ost y M. van Der Kerchove,<sup>(6)</sup> nos brindan elementos para entenderla. Estos autores sostienen que el manejo actual del orden jurídico no solo es complicado, como en el pasado, sino complejo. Lo primero —es decir, la complicación—, se referiría a tensiones entre elementos que se hallan ordenados en una misma lógica. Tras esto está justamente la idea modernamente kelseniana del orden jurídico como algo perfecto o autoperfectible,<sup>(7)</sup> o incluso posturas como las de la teoría de sistemas adaptada a la comprensión del derecho de Luhmann,<sup>(8)</sup> que se acercan a la idea de complejidad pero enfatizan en la necesidad de su reducción funcional.

---

en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 13, pp. 3/36, entre otros.

(4) BELLAMY, RICHARD, *Constitucionalismo político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

(5) Véase por ejemplo, la presentación de esta idea de la constitución centrada en el punto de vista del constitucionalismo material y garantista que hace ÁVILA, S. RAMIRO, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Abya Yala/UASB, 2011.

(6) OST, FRANÇOIS y VAN DER KERCHOVE, MICHAEL, "Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory", en L. Wittgen (ed.) *The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 147/171.

(7) KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), México, UNAM, 1986; *Compendio de Teoría del estado*, México, Colofón, 2007.

(8) Fundamentalmente LUHMANN, NIKLAS, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995.

En cualquier caso, una mirada hacia lo complejo tiene que ver con asumir que en ese sistema de normas existen elementos que proceden de distintas lógicas en juego y que exhiben distintas dinámicas. Dicen así los autores belgas:<sup>(9)</sup>

*Complexity is something else entirely, arising from a multiplicity of interacting codes and different types of logic working together; movements here are linear but also recursive, causal relations are multiple and circular. The actions of an automaton are always predictable, while those of a complex organism, because it is creative and interactive, are much less so.*

Se trata entonces de la necesidad de una concepción antidogmática del sistema u orden normativo,<sup>(10)</sup> visto este más bien como un conjunto intrincado y tenso —no necesariamente armónico— de elementos con lógicas variadas, difícil de conocer desde perspectivas “binarias”.

La ciencia en general, recuerdan los mencionados autores citando a Bachelard, ha tenido una oscilación permanente, por ejemplo, entre “empirismo” y “racionalismo”, donde no cabía una tercera posición, ni intermedios. Ellos por el contrario —siguiendo a M. Delmas Marty— hacen un llamado para abandonar la idea de un orden jurídico “monológico” para tener que reconocer que la realidad de tal “orden” es más compleja.<sup>(11)</sup>

¿Puede entonces ese “orden” o sistema de lo jurídico pretender el control total sobre la realidad? La respuesta es poco optimista, por decir lo menos. Existirían, pues, parafraseando a Carlos M. Cárcova, “opacidades”,<sup>(12)</sup> o en nuestras palabras, situaciones en que ese orden o bien no es descifrado por la sociedad, o presenta cortocircuitos y por su dolorosa lejanía con la realidad simplemente no opera. Esto, por supuesto, apela al Estado mismo. El Estado como productor del derecho es quien presenta limitaciones en la capacidad de normar la vida de las colectividades complejas.

---

(9) OST, FRANÇOIS y VAN DER KERCHOVE, MICHAEL, “Constructing the complexity...”, *op. cit.*, p. 147.

(10) Lo dogmático entendido como verdad asumida, no susceptible de escrutinio.

(11) OST, FRANÇOIS y VAN DER KERCHOVE, MICHAEL, “Constructing the complexity...”, p. 148. Puede verse también el enfoque basado en la “experiencia jurídica” que presenta PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 19 y ss.

(12) CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 2006.

Así pues, un enfoque complejo tiene que ver también con asumir que con frecuencia se presentan estados de incertidumbre y situaciones de riesgo en las que el derecho no opera con efectividad. Esto nos conecta, en lo referente a las sociedades latinoamericanas, con descripciones de ellas en términos de “abigarradas” o “barrocas”, aludiendo precisamente a su compleja formación en cuanto a modos de producir y de vivir las subjetividades, a la presencia de fenómenos que se mueven en distintas velocidades, con traslapes, hibridaciones y contradicciones.<sup>(13)</sup> Todo ello, dentro de un contexto histórico que debe también hacer parte de la concepción compleja de lo jurídico.<sup>(14)</sup>

Basta mencionar por ejemplo, los traslapes que se presentan entre distintos órdenes jurídicos y por tanto, entre lógicas, estándares y tradiciones totalmente diversas. Hoy en día el Estado no es productor de un solo orden de normas, sino que el orden jurídico nacional es permeado permanentemente —más intensamente que antes— por el derecho internacional, el derecho de integración, o bien la presencia de fenómenos de pluralismo jurídico al interior de las comunidades locales y de los países, sin mencionar la primacía de muchas normas de orden privado como aquellas usadas por las grandes corporaciones transnacionales por sobre ese orden nacional.

Luego, lo jurídico no es un campo “santo” sino uno de conflicto. El conocimiento y aplicación de las normas implica una serie de disputas fácticas pero también simbólicas y epistemológicas. En referencia al conocimiento jurídico Ost y v. Der Kerchove nos recuerdan: “... *that knowledge of the law implies a position both inside and outside of it, and that law’s legitimacy depends both on the consensus in its favour and on the possibility of dissension to which it accommodates itself*”.<sup>(15)</sup>

Lo que en definitiva se intenta evidenciar es que no hay, por tanto, por parte del operador de justicia, una sola lógica, racional, silogística —ni aun algo así como una “ontología esencial”—, que explique el derecho

(13) En este sentido, puede verse lo dicho sobre el “ethos barroco” de las modernidades latinoamericanas en ECHEVERRÍA, BOLÍVAR, *Discurso crítico y modernidad. Ensayos escogidos*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2011, pp. 193/219 y 265/279; y ZAVALA MERCADO, RENÉ, *Lo nacional-popular en Bolivia*. La Paz, Muela del Diablo, 2002.

(14) Sobre la dimensión histórica véase PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Teoría...*, op. cit., pp. 37/44.

(15) OST, FRANÇOIS y VAN DER KERCHOVE, MICHAEL, “*Constructing the complexity...*”, p. 148. De los mismos autores, véase, *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, en particular la primera parte, p. 3 y ss.

de una forma simple. O bien, ya en lo constitucional, no existe un solo marco o siquiera dos opuestos que enteramente den cuenta de la función de la constitución y el valor de sus contenidos, sino que, dada esta complejidad se precisa de un cuerpo de instrumentos, o bien en términos constructivistas, una “caja de herramientas” para conocer este sistema complejo de lo jurídico. Se requiere, además de enfoques constructivistas, más dialógicos, dialécticos, relacionales, es decir, que atiendan a las relaciones entre las cosas y no solamente a las cosas mismas.<sup>(16)</sup>

La realidad no puede reducirse a comprensiones entre dos paradigmas, sino que reside en la tensión entre ellos y en los ensambles que se forjen. En esas tensiones se hallan las innovaciones y la posibilidad de actualización del orden mismo.<sup>(17)</sup>

## 2. La complejidad de la Constitución ecuatoriana

Los elementos expuestos hasta el momento sobre una lectura de lo jurídico a partir de la idea de la complejidad aplicados a la Constitución del Ecuador, nos permiten apreciar las maneras en que este referente máximo del orden jurídico del Estado no puede verse como si fuese un producto uniforme derivado de un consenso unívoco, sino como uno bastante complejo compuesto por diversos componentes, y que tras de ellos pueden existir diferentes lógicas. Estas lógicas le imprimen su propia especificidad a las distintas funciones asignadas a la justicia constitucional. Así, en este segundo apartado nos proponemos destacar algunas aparentes tensiones, contradicciones y limitaciones que —consideramos—

(16) Sobre la noción de “caja de herramientas” y los enfoques constructivistas para aprehender el derecho, GÓMEZ F., TAEI y MENARES, NÉSTOR, “Los aportes de paradigmas complejos y constructivistas para la enseñanza de la ciencia jurídica” en *Ius et Praxis*, vol. 20, n° 1, 2014, pp. 199/220 [en línea] <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art08.pdf>

(17) Al respecto, Ost y v. Der Kerchove, comentan: “At this point the following question arises: what if the truth were to reside precisely in the tension between the two poles, in their conflictual interdependence and the way in which they fit together - as if, by means of their very opposition, they were both trying to express something of the complexity of a reality that cannot be reduced to the one or the other? As if what was trying to gain expression in this way were precisely the excluded third term (...) then, the first intimations of the dialectic appear, in the following form: each of the poles, in spite of its claims to the contrary, contains at least partially and in a virtual sense its own counterpart (consider, for example, the highly debatable and yet, in France, nonetheless lively distinction between public and private law, or, again, the antagonism, as old as the law itself, between the letter and the spirit), or, another intimation: from the interplay between the two poles a resulting quality emerges, a third term that will transform the two others”, en OST, FRANÇOIS y VAN DER KERCHOVE, MICHAEL, “Constructing the complexity...”, p. 149.

se hallan presentes de inicio en el diseño constitucional ecuatoriano, todo esto en función del análisis que plantearemos sobre el papel del juez constitucional.

El proceso constituyente de 2007 marcó en el Ecuador, sin duda, un punto de inflexión entre un ciclo de severa crisis político institucional y la aplicación de programas económicos de corte neoliberal, que acentuaron la exclusión y, de esa manera, las crecientes demandas sociales por un régimen distinto. Gran parte de estas demandas fueron recogidas durante el proceso constituyente.<sup>(18)</sup>

Fue justamente un ánimo crítico al modelo de Estado mínimo y a la democracia liberal el que permeó la atmósfera de la Asamblea Constituyente.<sup>(19)</sup> Además, como veremos a lo largo de esta sección, el resultado fue ciertamente innovador en el sentido de que reorganiza muchos de los supuestos tradicionales del constitucionalismo,<sup>(20)</sup> de allí también el carácter experimental de la así llamada “Constitución de Montecristi”.<sup>(21)</sup>

No obstante lo subrayado —y tras ello, la presencia de una suerte de voluntad transformadora de la gran mayoría de constituyentes—, la comprensión de las demandas y su cristalización en nuevas instituciones constitucionales no fue unívoca. Hemos sostenido que hubo al menos tres visiones o comprensiones sobresalientes en este proceso, provenientes de distintos actores y discursos. Estas comprensiones, hemos dicho también, inspiraron el desarrollo de **tres polos** a manera de componentes

(18) Al respecto, NAVAS ALVEAR, MARCO, “La demanda de buen gobierno en Ecuador. Marco jurídico institucional de la participación y retos de la sociedad civil, en P. Bandeira (coord.), *La demanda de buen gobierno en América Latina*, Madrid, Democracia, Ciudadanía y Desarrollo, pp. 98/99 y MUÑOZ, J. PABLO, “Movimientos sociales y procesos constituyentes. El caso de Ecuador 2008”, Paris, IRG, 2008, [en línea] <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-451.html>, consultado el 02/05/2014.

(19) ANDRADE A., PABLO, “El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008”, en *Ecuador Debate*, n° 85, Quito, CAAP, pp. 40/45; también NAVAS, “La demanda de...”, *op. cit.*, pp. 98/100.

(20) Constituciones como la ecuatoriana como hemos podido evidenciarlo, se distinguen por traer un mayor grado de innovación constitucional que sus predecesoras, por ejemplo en aspectos como el catálogo de derechos o el diseño del Estado. Se trata en algunos casos de lo que podríamos denominar experimentos institucionales perfectibles pero de alto potencial transformador. Una posición contraria: GARGARELLA, ROBERTO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El País*, 24/08/2014, [en línea] [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088\\_091940.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html), consultado el 04/12/2014. En todo caso, el debate sobre el grado de innovación de estas constituciones es un asunto que debe ser profundizado.

(21) Montecristi fue la localidad donde se reunió la Asamblea Constituyente del Ecuador entre 2007 y 2008 en el complejo de “ciudad Alfaro”.

fuerzas y diferenciados de la Constitución ecuatoriana,<sup>(22)</sup> los que concentran instituciones y normas, tras una determinada comprensión. Vamos a caracterizarlos seguidamente.

El que hemos llamado **polo garantista** es un conjunto normativo que agrupa a una serie de preceptos inspirados claramente en los enfoques garantistas asociados con el ya referido modelo de constitucionalismo material, que concibe a la justicia constitucional como límite de la política. Este modelo se caracterizaría por tres rasgos básicos.<sup>(23)</sup>

En primer lugar, los derechos fundamentales constituyen el núcleo duro —no disponible— en base al cual se organiza la sociedad. Desde allí se establecen límites al legislador y en general a todo representante democrático sobre sus decisiones.

Un segundo rasgo, tiene que ver con que la Constitución sea rígida, incluyendo una serie de cláusulas que dificultan cambios que afecten a los derechos y sus garantías.

Como tercer rasgo, se prevé un fuerte sistema de garantías jurisdiccionales y un aparato judicial propio y vigoroso.

En otras palabras, y tomando como referencia el conocido debate entre C. Schmitt y H. Kelsen,<sup>(24)</sup> en este modelo, el “guardián de la Constitución” es el juez (la Corte Constitucional), y se refleja en la Carta ecuatoriana ya desde el inicio del texto. En este sentido, el artículo primero de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), como hemos advertido,<sup>(25)</sup> “No debe ser entendido como una mera declaración, sino como una norma que al definir el Estado como ‘constitucional de derechos’, está configurando

---

(22) Esta parte del trabajo está basada en nuestro artículo NAVAS A., MARCO, “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, en *Jurídicas*, n° 2, vol. 10, Manizales, Universidad de Caldas, 2013, pp. 181/208.

(23) Ver, en este sentido, FERRAJOLI, L., “Derechos Fundamentales”, en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19/56, y *Principia Iuris*, op. cit. También COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 16, abril, 2002, pp. 89/112; y BAYÓN, JUAN CARLOS, “Democracia y...”, op. cit., p. 289 y ss.

(24) SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983; y KELSEN, HANS, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

(25) STORINI, CLAUDIA y NAVAS ALVEAR, M., *La acción de protección en Ecuador, realidad jurídica y social*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013, p. 41, [en línea] [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La\\_accion\\_de\\_proteccion\\_Ecuador\\_2013/La\\_accion\\_proteccion\\_Ecuador\\_2013.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_accion_de_proteccion_Ecuador_2013/La_accion_proteccion_Ecuador_2013.pdf), consultado el 12/12/2014.

su principal finalidad y que justifica su organización y existencia en la protección de los derechos...". De esta manera, la definición del Estado como uno **constitucional de derechos y justicia** (art. 1º CRE), refleja claramente la primacía de los derechos sobre el orden. Esto se complementa con tres elementos adicionales:

En primer lugar, se establece un amplísimo catálogo de derechos ordenados en siete grupos (Título II, capítulos segundo al octavo), articulados bajo el concepto transversal de buen vivir.<sup>(26)</sup> Estos derechos son todos del mismo rango (fundamentales) y se posicionan como núcleo duro de la organización social.<sup>(27)</sup> Esto supone, como referimos, la presencia de cláusulas de rigidez constitucional en relación a cambios en este catálogo, así como límites a todo representante democrático sobre sus decisiones (Título IX, Supremacía de la Constitución).

Un segundo elemento consiste en un fuerte sistema de garantías normativas, jurisdiccionales, institucionales y de política pública, orientadas a materializar el nuevo Estado de los derechos.<sup>(28)</sup>

Finalmente, un tercer elemento se expresa en un aparato judicial específico en materia constitucional presidido por la Corte Constitucional y conformado por un sistema de judicaturas de primera y segunda instancia que conocen varios procedimientos de garantías jurisdiccionales y medidas cautelares. La amplia serie de competencias que se asigna a la Corte Constitucional convertirían a este órgano en un gran decisor político en situaciones de alta conflictividad.<sup>(29)</sup> Este órgano de control constitucional

(26) Los grupos en que se dividen los derechos en la CRE son: derechos del Buen Vivir (fórmula que redimensiona a los tradicionales DESC y les otorga un rol protagónico en el catálogo de derechos); derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de los grupos de atención prioritaria; derechos de libertad; de participación; de la naturaleza y de protección.

(27) Entre los principios que orientan a aplicación de los derechos (Título II, art. 11), se destacan el de aplicación directa por parte de jueces y funcionarios; los de igual jerarquía e interdependencia de todos los derechos y de aplicación favorable; de no restricción por norma alguna, de inalienabilidad, irrenunciabilidad y desarrollo progresivo mediante la legislación y políticas públicas; y la cláusula que deja abierto el reconocimiento de nuevos derechos.

(28) Con excepción de la acción extraordinaria de protección (contra decisiones judiciales) y la acción por incumplimiento (de decisiones e informes de organismos internacionales de derechos humanos) que son garantías que conoce directamente la Corte constitucional, los juzgados de primera y las cortes provinciales conocen las demandas que se presenten en casos de medidas cautelares, acciones de protección, hábeas data, hábeas corpus y acceso a la información pública, todas ellas garantías jurisdiccionales previstas en la CRE.

(29) En el esquema constitucional ecuatoriano, la Corte Constitucional se hace cargo del control concreto atinente a la aplicación, de acuerdo a la Constitución, de disposiciones



está —además— protegido en este esquema por una serie de cláusulas que lo sitúan por sobre las funciones del Estado, no solamente debido a sus amplias competencias sobre el resto de instituciones sino por el principio de independencia en sus actuaciones (Título IX, capítulo segundo de la Corte Constitucional).

Luego, un **segundo polo** o componente es aquel que se correspondería con el así llamado modelo de **constitucionalismo político** y que vamos a denominar **participacionista**.

Desde este modelo se destaca, precisamente, la necesidad de que sean los aparatos políticos, más que los judiciales, quienes, mediante procedimientos democráticos, procesen los grandes conflictos en torno a los derechos, que los defiendan y desarrollen.<sup>(30)</sup> La participación, desde este enfoque, se torna un elemento muy significativo, considerado en diversas medidas y modalidades en la Constitución de 2008, aunque no necesariamente en oposición total a la labor judicial. Es preciso recordar, para los fines de esta discusión, que existen algunas perspectivas que pueden situarse como cercanas a este enfoque, las cuales, sin embargo, a la vez que reconocen un lugar importante para la justicia constitucional, defienden lo que denominaríamos su **papel complementario**, bien respecto de los órganos políticos, bien una actuación más abierta orientada a dar una mayor participación en los procesos constitucionales a la ciudadanía. En el primer sentido, se trataría de jueces que, ejerciendo un papel de controladores de la constitución, lo que deben hacer es garantizar que el juego de los decisores políticos se produzca apegado a los procedimientos constitucionales, y prevenirse de no invadir el ámbito de estos.<sup>(31)</sup> En el segundo sentido, como ha propuesto P. Häberle, se trataría de una justicia constitucional cuya máxima instancia, el Tribunal

---

legales en procesos judiciales, de varios procedimientos de control abstracto cuyo objeto es asegurar la unidad y coherencia del orden jurídico, así, por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad (art. 436 CRE) y otras importantes competencias de relevancia política, como dirimir conflictos de competencia entre funciones del Estado y dictaminar previamente en casos de convocatoria a consultas populares o de juicio político al Presidente de la República (arts. 148, 436 y 438 CRE).

(30) BELLAMY, RICHARD, *Constitucionalismo político...*, op. cit., pp. 20/23.

(31) Referencias sobre este punto las encontramos en autoras como GASCÓN, MARINA, "Justicia constitucional, la invasión del ámbito político", en E. Ferrer M. y A. Zaldívar (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a H. Fix Zamudio*, t. 1, *Teoría general del derecho procesal constitucional*, México DF, UNAM/Marcial Pons, 2008, pp. 709/710 y ALTERIO, ANA M., "La 'esfera...'", op. cit., p. 32.

Constitucional (en su caso el *Bunserverfassungsgericht* alemán), debe convertirse en una entidad abierta no solo a las interpretaciones autorizadas, sino a aquellas provenientes de todos los intérpretes, es decir, a la participación de todos los ciudadanos y las formas sociales en que estos se agrupan.<sup>(32)</sup>

Más allá de la coincidencia referida con el modelo de **constitucionalismo político**, la concreción del componente participacionista tuvo, en el caso ecuatoriano, su antecedente más concreto una relación con lo que Andrade ha denominado un "conjunto de visiones sobre lo que podría ser un orden político basado en la participación continua y activa de los ciudadanos en su autogobierno y lecciones aprendidas de experimentos de este tipo", lo cual este autor denomina como "participacionismo".<sup>(33)</sup> Habría que agregar que estas ideas, promovidas según Andrade por cuadros políticos y académicos vinculados a ONGs y movimientos sociales que actuaron en la Constituyente,<sup>(34)</sup> no formaron necesariamente un cuerpo coherente, sino más bien una suerte de amalgama de posturas propias de las comprensiones republicana, comunitarista, participativa y radical sobre la democracia. Permeada por todas estas influencias, la tendencia participacionista en la Constitución ecuatoriana se refleja con fuerza en los siguientes contenidos:

En primer término, se reconoce a la participación como principio y eje articulador de la acción estatal, y de la vida democrática. El art. 1° CRE define al Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia, y además como social y democrático, entre otros caracteres; el cual que se organiza en forma de república. El segundo inciso de este artículo insiste en un elemento propio de la forma republicana, esto es que "la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad", la cual se ejerce tanto por medio de los órganos del poder público como de las formas de participación directa que la misma carta prevé. En esta norma se articulan así una serie de principios configuradores con carácter deontológico, que prescriben cómo es y cómo ha de organizarse el Estado. En ese contexto, el principio de "participación directa" configura toda la organización del Estado y es transversal a los derechos.

(32) HÄBERLE, PETER, "La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta" en E. Ferrer M y A. Zaldívar (coords.), *La ciencia...*, op. cit., p. 767 y ss.

(33) ANDRADE A., PABLO, "El reino (de lo) imaginario...", op. cit., p. 41.

(34) *Ibid.*, p. 42.

En segundo lugar, bajo la idea de que esa participación tiene que estar basada en el reconocimiento fuerte de derechos concretos, se consagra un Capítulo específico que, bajo la denominación justamente de **derechos de participación** (arts. 61/65 CRE), incorpora a los tradicionales derechos políticos propios de la representación como el derecho a elegir y ser elegidos, una serie de novedosos derechos que con diversas características protegen esa participación activa y continua de la comunidad política. Entre otros derechos podemos mencionar el derecho a participar en asuntos de interés público, a la consulta, a la iniciativa popular normativa y a fiscalizar los actos del poder público. Este reconocimiento de derechos concretos se refleja además, en un nuevo esquema de descentralización y autonomía previsto en el texto constitucional, estableciendo varios niveles de operatividad e incluso formas próximas al autogobierno (sobresalen, en este sentido, los arts. 100 y 238 CRE).

En tercer lugar, se establecen una serie de mecanismos específicos que potencian la participación, además de que se reconocen ampliamente diversas formas en las que los individuos y los colectivos sociales pueden participar (Título IV, capítulos cuarto y quinto, CRE), entre las cuales podemos mencionar a los observatorios y veedurías, por ejemplo, a la vez que el ya referido amplio sistema de garantías jurisdiccionales, que refuerzan la posibilidad de ejercicio de estas modalidades.

Como elemento final debemos referirnos a la existencia de garantías institucionales en dos sentidos. En sentido más tradicional<sup>(35)</sup> hablamos de garantías institucionales cuando se garantiza constitucionalmente, por ejemplo, la existencia de instituciones de la sociedad civil u otras específicas que facilitan la participación, como los antes referidos mecanismos de veeduría. En otro sentido, podemos referirnos como garantía institucional a una nueva institucionalidad que la Constitución instaura para potenciar el ejercicio de los derechos de participación. De manera que, bajo la premisa de reconectar las iniciativas participativas con los espacios de poder y toma de decisiones, se funda una novedosa institucionalidad estatal. Así es que, conjuntamente con los derechos, los mecanismos de ejercicio y garantía de estos, en una suerte de experimento institucional, se crean dos nuevas funciones del Estado. Por un lado, la **función electoral** encargada

---

(35) Tomamos como referencia la lectura que hacía Carl Schmitt en su "Verfassungnslehre" para diferenciar libertades de este tipo de garantías. Ver, al respecto, DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 31; DIEZ PICAZO, LUIS, "La idea de los derechos Fundamentales en la Constitución española", en E. G. de Enterría y otros, *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Caracas, FMGP, 2000, p. 391 y ss.

de tutelar los procesos propios de la democracia representativa y potenciar el ejercicio de los derechos tradicionales de participación política. Por otro, se instituye la **función de transparencia y control social**, como instancia encargada de promover el ejercicio de los nuevos derechos y las formas de participación, así como el control de la gestión pública y el combate a la corrupción (Título IV, capítulos quinto y sexto, CRE).

El tercer gran componente constitucional, lo llamaremos **polo republicano**. Este componente se asienta tanto en lo que podríamos denominar un pragmatismo político —que fue impulsado directamente por el Presidente Rafael Correa durante la Constituyente—, como en un ideario que comparte, de alguna manera, con los otros dos componentes descritos su posición fuertemente antiliberal y especialmente crítica a las políticas neoliberales que varios gobiernos habían desarrollado en el pasado reciente.<sup>(36)</sup> No obstante, entre los antecedentes ideológicos que inspiran este componente puede advertirse, además de este ánimo contra liberal, un segundo registro discursivo que cuestiona la presencia —en el plano internacional— de unas relaciones de predominio y subordinación entre Estados. De allí que esta tendencia haya apuntado a un rescate de la soberanía estatal tanto en lo interno como —sobre todo— en lo externo.<sup>(37)</sup>

Desde esta posición, la respuesta que se habría buscado formular, además, representaría un intento de integrar en ella las comprensiones garantista y participacionista. Es decir, no bastaba con reconocer derechos y garantías, o mayor participación, sino que era sobre todo indispensable

(36) Esta idea se refleja fuertemente en el diagnóstico que sirvió para la estructuración del *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2009*. Allí se dice: “La Constitución innova y contiene, así, el conjunto de demandas e intereses que emergieron desde la resistencia popular contra el neoliberalismo y contra otras agendas de modernización democrática y transformación social del Estado, y contra la política y la economía represadas a lo largo de los años 90. La particularidad del proceso político en curso ha sido, desde esta perspectiva, que las líneas de cambio y ruptura política con el ‘viejo orden’ han adquirido un estatuto constitucional que, más allá de la agenda gubernamental, las convierte en ejes de un nuevo pacto de convivencia de largo plazo para los ecuatorianos (...) Asistimos a un **ciclo en que el liderazgo político** se consolida en la medida en que es capaz de leer y sintonizar con el conjunto primordial de demandas, expectativas e ideas imperantes en el seno de las relaciones sociales. Además del rechazo a los partidos y la demanda de mayor participación social en el proceso democrático, este campo ideológico expresa **una mayor demanda de Estado** y menor predominio del mercado en el camino al desarrollo” (el destacado es nuestro), SENPLADES, *Recuperación del Estado nacional para alcanzar el Buen Vivir. Memoria bienal 2007-2009*, Quito. SENPLADES, 2009, p. 25.

(37) Esto también se ha descrito como una visión “anti imperialista y nacionalista del Estado”, ver MONTAÑA, JUAN, “Prólogo”, en Luis F. Ávila L. (ed.) *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, 2011, p. 12.

el diseñar un Estado nacional fuerte como base para implementar el proyecto político de transformación expresado en la misma Constitución de 2008. Un proyecto asociado a una visión común que requería de un Estado que se imponga por sobre formas corporativas y particularistas de gestión de lo público, tradicionales en el Ecuador.<sup>(38)</sup>

En razón de lo expuesto, a nuestro entender, sería el carácter republicano el que define mejor a este tercer componente.<sup>(39)</sup> Este rasgo es fundamental pues, sobre otras consideraciones, pone énfasis en la necesidad de edificar una institucionalidad pública que incluya mejor a la comunidad política e incida más fuertemente en la implementación de los objetivos constitucionales.<sup>(40)</sup> O, si se quiere —y utilizando los términos habituales del discurso del presidente Correa—, una institucionalidad que nos permita tener “patria”. Lo hasta aquí descrito sobre el componente o polo republicano de la Constitución, se expresa en numerosos principios y, sobre todo, reglas e instituciones. En síntesis destacaremos lo principal.

En primer lugar, se busca articular un modelo de desarrollo con fuerte acento social e intervención estatal que, en tal sentido, ha sido calificado como “distante del canon ortodoxo”.<sup>(41)</sup> No obstante que el modelo se sustenta en la noción de complementariedad entre Estado, naturaleza y sociedad, que se recogería finalmente en la Constitución bajo la categoría de **buen vivir**,<sup>(42)</sup> este parece evocar algunas premisas del modelo desarrollista cepalino en auge en América Latina entre finales de los años 60 y los 80, como se dijo, con un fuerte protagonismo del Estado en el proceso de

(38) En efecto, uno de los énfasis más fuertes en el discurso del presidente Correa ha radicado en la crítica a las visiones sociales basadas en intereses particulares y a las formas de participación de tipo sectorial o gremial: “Nuestra visión no puede ser otra que una visión nacional e histórica. Ya no somos más los asambleístas de Manabí, del Carchi o de Zamora, saraguros, montubios o cofanes, trabajadores, profesionales o empresarios, somos un todo nacional”, en OSPINA PERALTA, PABLO, “Corporativismo, Estado y Revolución Ciudadana”, Instituto de Estudios Ecuatorianos, Quito, 2010, p. 3, [en línea] [www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativismopdf](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativismopdf), consultado el 17/09/2013.

(39) ANDRADE A., PABLO, “El reino (de lo) imaginario...”, *op. cit.*, pp. 43/44, presenta esto en términos de “presidencialismo”. Según MONTAÑA, JUAN, “Prólogo”, *op. cit.*, p. 12, “desarrollismo”. Nosotros integramos estos rasgos alrededor del republicanismo.

(40) Para una exposición acerca del carácter republicano del proyecto político plasmado en la Constitución vigente en el Ecuador, véase RAMÍREZ GALLEGOS, RENÉ, *Socialismo del *sumak kawsay* o biosocialismo republicano*, Quito, SENESCYT, 2012, p. 29 y ss.

(41) SENPLADES, *Recuperación del Estado...*, *op. cit.*, p. 25.

(42) El art. 275, CRE que en su encabezado define: “El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”.

desarrollo y la regulación de la economía. Así, entre las premisas fundamentales del modelo, se establece la rectoría estatal sobre el desarrollo en cinco ámbitos fundamentales: a) planificación participativa; b) soberanía alimentaria; c) soberanía económica que abarca sistema económico, políticas económica y fiscal, endeudamiento público, presupuesto del Estado, régimen tributario, políticas monetaria, cambiaria, crediticia, financiera, comercial, y sistema financiero; d) sectores estratégicos sobre los cuales el Estado se reserva el derecho de control, administración y regulación, servicios y empresas públicas, y e) trabajo, tipos de propiedad y democratización de los factores de producción, intercambios económicos, comercio justo, ahorro e inversión (Título VI, CRE).

La presencia de un paradigma desarrollista sensible con la naturaleza se refuerza precisamente con la idea transversal de **buen vivir**. Además de constar como una parte relevante del catálogo de derechos, el **buen vivir** se despliega a lo largo de la Constitución en un amplio régimen con reglas específicas en las cuales se refleja justamente esta conexión con el régimen de desarrollo y la rectoría del Estado. Este régimen se ordena (Título VII, CRE) en dos capítulos: inclusión y equidad y, biodiversidad y recursos naturales. En el primero se establecen condiciones relativas a educación, salud, seguridad social, hábitat y vivienda, cultura, cultura física y tiempo libre, comunicación social, saberes, gestión del riesgo, población y movilidad humana, seguridad humana y transporte. El segundo capítulo, sobre biodiversidad y recursos naturales, regula el manejo de la naturaleza y el ambiente, la biodiversidad, el patrimonio natural y ecosistemas, el suelo, la biósfera, la ecología urbana y las energías alternativas.

En segundo lugar, tanto las disposiciones que definen el **Régimen del Desarrollo** como las que desarrollan el del **buen vivir** precisan para su implementación asegurar una autoridad estatal vigorosa que represente el interés común y que, con competencias amplias, intervenga la realidad y la transforme. No de otra forma podría —según esta lógica— implementarse este desarrollo vinculado con el **buen vivir**. Tal autoridad se articula de dos maneras:

Primero, mediante un extenso sistema nacional de competencias a favor de diversas instancias de gobiernos autónomos descentralizados (GAD) a quienes se les reconoce competencias de orden ejecutivo y legislativo dentro de ámbitos específicos,<sup>(43)</sup> muchas de las cuales hallan sin embargo su límite en

(43) Título V, Organización territorial del Estado, CRE.

una fuerte centralización competencial a favor del gobierno central,<sup>(44)</sup> y que nos remite a la segunda manera de cómo se consolida la autoridad estatal. Lo que sobre todo se construye a través de la Constitución de 2008 es un Estado central que, como se evidenció, cuenta con categóricas competencias sobre todos los temas atinentes a la relación desarrollo/buen vivir, con una tendencia, además, a congregarlas en torno a la autoridad política del Presidente. Una autoridad que se legitima en cuanto es electa de forma universal y que dirige protagónicamente el proceso de desarrollo. Así, si bien la responsabilidad del Estado central se desplaza hacia todas sus cinco funciones, sobre todo, en el diseño actual puede advertirse un peso relevante del Ejecutivo. Esto se evidencia al revisar tanto las atribuciones del Presidente de la República como las competencias del gobierno central (arts. 147 y 261 CRE). De estas atribuciones y competencias, podemos destacar a la planificación como actividad central racionalizadora de la acción estatal. Y si bien se consagra que esta debe ser participativa y descentralizada, su concreción y la toma de decisiones en el Plan Nacional de Desarrollo (del **buen vivir**), le corresponden constitucionalmente al Ejecutivo a través de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.<sup>(45)</sup> Aquí queda, a nuestro entender, fijado el límite entre el poder del Ejecutivo y una participación que, si bien constituye un componente relevante del esquema constitucional, no alcanza en muchos aspectos centrales el nivel decisorio, sino que se subordina al canon republicano.

En consonancia con lo expresado, hay que aclarar que un proyecto común nacional requiere, además de un Estado fuerte, del concurso activo y el compromiso de la comunidad política, de forma que, correlativamente a las obligaciones estatales, se establezcan una serie de responsabilidades ciudadanas,<sup>(46)</sup> así como limitaciones a ciertos derechos.<sup>(47)</sup>

---

(44) Arts. 260 y 261 CRE.

(45) Ver arts. 279 y 280 CRE, en especial lo que último dispone en su frase final: "El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos (...) Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores".

(46) Así, el inciso final del art. 275 CRE, que define el Régimen de Desarrollo, precisa: "El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza".

(47) Por ejemplo, en temas como por ejemplo el derecho a la propiedad (arts. 321 y 323 CRE) o la explotación de ciertas áreas (art. 407 CRE).

Bajo la lógica hasta ahora esbozada, la legitimidad de la autoridad republicana descansaría ya no solo en su procedencia (legitimidad de origen) sino en la necesidad de realizar el buen vivir y los numerosos derechos (con énfasis en los del buen vivir), al mismo tiempo que se defiende lo común (la *res pública*). De forma que, desde el **polo republicano**, se consagra la rectoría del Estado como conjunto de instituciones que integra a la sociedad, imponiendo a una parte de ella obligaciones derivadas de la realización de los derechos de todos, institucionalidad que se despliega en las facultades de las cinco funciones y del régimen seccional, aunque sobre todo se expresa en las competencias del Ejecutivo; esquema este que supondría la necesidad de establecer una suerte de principio de coordinación o cooperación como forma de evitar conflictos.

En suma, el protagonismo sobre la implementación de la Constitución del Ecuador como proyecto político con pretensiones transformadoras le corresponde, sobre todo, al Ejecutivo, al contrario de lo que se presupone en los otros dos componentes donde se destaca, sea el papel de la Corte Constitucional (garantismo) o el de la comunidad política (participacionismo).<sup>(48)</sup> Aquí se refleja justamente el carácter complejo de una Constitución donde coexisten al menos tres lógicas no necesariamente convergentes.

### 3. Los jueces y la complejidad de la Constitución: convergencias y tensiones

La presente exposición nos ha permitido mostrar un modelo constitucional que, más que complicado, es complejo, al estar estructurado con base en —al menos— tres lógicas diversas, las cuales, al momento de ser aplicadas pueden entrar en tensión. Así, ya en el marco del proceso político y en referencia a conflictos específicos con una gran dimensión política, es decir donde intereses y visiones se contraponen, es que podríamos hablar de **efectividades en tensión**. De manera que, con frecuencia, una lógica puede imponerse a la otra para resolver un conflicto de terminada forma, aunque esto abra otros escenarios de conflicto.

Un modelo jurídico busca esencialmente certeza, pero esta no puede basarse actualmente en concepciones lineales y simples del orden jurídico. La certeza debe ser construida con base en el reconocimiento de que los

(48) NAVAS A., MARCO, "La justicia constitucional..." , *op. cit.*, p. 201.



juegos jurídicos son complejos y que muchas veces se tiene que atender a las derivas “metanormativas” que alcanzan,<sup>(49)</sup> es decir, a los actores del poder y sus intereses. Esto hace de lo jurídico un campo de intensa disputa de lógicas (y tras ellas, posiciones e intereses).

En este sentido, hemos comenzado por cuestionar la idea de la Constitución como un orden ideal y neutral, la cual parece haberse convertido en un mito popular de nuestra cultura jurídica aun predominantemente positivista. Y más aún, podríamos decir que esa idea del orden jurídico ideal y neutral se ha convertido en nuestras realidades en un fetiche,<sup>(50)</sup> en un parapeto para tapar las disputas de poder en su interior, a través de los distintos sentidos interpretativos que podemos dar a un caso. Lo que tras todo esto hemos podido evidenciar, es más bien como una Constitución puede ser abigarrada, es decir, no resulta un todo coherente al máximo; no es un dispositivo normativo que funciona como una máquina, sino que en su interior tiene cargados dispositivos distintos y por momentos contradictorios. En el caso analizado, más precisamente existen tres diferentes comprensiones que se plasman en distintos componentes, cada uno con un distinto diseño.

Queda así bastante claro que a la Constitución hay que mirarla como aparato complejo, desde el cual pueden asignarse varios roles al juez constitucional. Y en consecuencia que, no existe un modelo prefijado necesariamente que traza totalmente y de forma cerrada la trayectoria de la decisión constitucional. No existe armonía en sí, armonía de sustancia, aunque presumiblemente si podríamos pensar en la existencia de coordenadas y opciones de coordinación, para preservar cierta lógica compartida que debe ser reconstruida permanentemente en el orden constitucional.

Esto lleva además a sospecha de la idea del consenso como forma única de articular los órdenes constitucionales y no porque no sea lo ideal, sino para adoptar una comprensión más compleja pero real sobre esta articulación, basada en traslapes y juegos de intereses que en algún momento se cristalizan en instituciones, si acaso por imposición de intereses

---

(49) Terminología utilizada para describir los juegos entre el poder y lo jurídico, ver CAPELLA, J. RAMÓN, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 2002, Cap. VI.

(50) Más allá de que habría que seguir indagando en cómo el positivismo, que tenía la impronta de separar el orden jurídico de la subjetividad de las contingencias políticas, fue recibido en América Latina, a partir de una tradición de que “la ley se acata pero no se cumple”. Sobre una corta historia del *fetichismo legal* se puede consultar el texto de LEMAITRE, JULIETA, “Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia”, en C. Escobar (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y DDHH, 2010, pp. 23/43.

mayoritarios y pequeñas concesiones a intereses minoritarios, más que por consenso propiamente dicho. El **consenso perfecto** se evidencia entonces como un segundo mito, el cual esconde una serie de juegos de poder, pero también de problemas de legitimidad en cuanto a la conformación de los procesos constituyentes y las mismas constituciones.

En todo caso, para develar las intrincadas relaciones que pueden derivarse del juego de lógicas diversas y sobre todo de sus eficacias en tensión en torno a conflictos políticos es preciso usar enfoques complejos. Así, seguidamente procuraremos aclarar qué grado de compatibilidad o conflicto pueden presentarse entre los tres componentes descritos en el marco de esta complejidad constitucional y de allí, qué roles se derivan hacia los jueces constitucionales.

En principio, debemos intentar establecer, ¿qué convergencias entre estos tres contenidos grandes o polos constitucionales existirían? Así, los componentes garantista y republicano coincidirían en que a mayor presencia de derechos, existe una mayor justificación de un Estado fuerte y altamente responsable de garantizarlos, no solo pasivamente sino a través de una estela de prestaciones fácticas y jurídicas. Esto hace que las lógicas deban implicarse mutuamente. El garantismo legitima la acción del Estado pero le traza unos límites cuya interpretación en *ultima ratio* le corresponde al juez constitucional, aunque en primera línea sean los legisladores<sup>(51)</sup> y los productores de decisiones políticas, y especialmente de políticas públicas, quienes tendrían que sintonizarse con esos contenidos garantistas, intentando compatibilizarlos con los propósitos propios del republicanismo como puede ser, la defensa de lo común y la promoción de la "virtud cívica". Esto debería, en el caso ecuatoriano, resultar más fácil ante la presencia del paradigma del buen vivir como criterio transversal.

En segundo lugar, el garantismo y el participacionismo se complementan en cuanto a que una mayor participación potencia la efectividad de los derechos, y en cuanto permite la apropiación de estos por parte de la ciudadanía. Una participación que, además, debemos destacar, debe producirse en clave intercultural, esto es, en términos de relaciones de comunicación

(51) Aquí hay que recordar el principio de presunción de constitucionalidad de la Ley así como el *induvio pro legislatoris*, establecidos en el art. 76 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Véanse además, entre otros, los fallos en los casos 0380-10-EP (Sentencia 102-13-SEP-CC) y 1733-11-EP (Sentencia 110-14S-SEP-CC). En este sentido, véase por analogía lo dicho por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-076/12: [en línea] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-076-12.htm>

horizontales entre sujetos culturales diversos.<sup>(52)</sup> Del lado inverso, un discurso de derechos propio del garantismo refuerza la legitimidad de los procesos participativos, vistos estos como parte de los derechos de participación.

En tercer lugar, el polo participativo y el republicano pueden coincidir en la necesidad de promover un fuerte sentimiento de comunidad y articular un proyecto compartido de nación alrededor del Estado. Para que se logre esta coincidencia se requiere que, en todo caso, la sociedad sea el lugar desde donde se genere, con márgenes suficientes de libertad, el impulso de participación y sea, en este sentido, el motor de transformación del Estado.

Una nueva problemática se presenta al momento de prospectar los límites que los componentes o polos constitucionales pueden presentar. Estos límites podemos ubicarlos desde dos puntos de vista. Uno atinente a cómo el diseño constitucional establece entre estos componentes unos determinados límites a fin de evitar conflictos. Un segundo punto de vista tiene que ver con la lógica interna de cada uno de los componentes frente a sus potenciales de realización, es decir, los límites internos de cada polo o componente.

Así, en el primer caso, hemos podido advertir como el garantismo y el participacionismo deben sujetarse a un diseño de Estado dentro del cual muchas capacidades decisorias se concentran en el Ejecutivo, aunque la presencia de una Corte Constitucional fuerte también supone que en muchas decisiones relevantes sea este organismo el que dictamina si estas se ajustan al espíritu de la Constitución. El problema adicional como hemos mostrado, estaría en determinar cuál es tal espíritu.

En cuanto a los límites internos de cada uno de los componentes, estos se relacionan con su potencial de realización. Podríamos decir que pensar que cualquiera de estos componentes, por sí mismos, van a transformar la sociedad y crear el buen vivir, resulta una **ilusión**. Tal **ilusión** tiene que ver, en el caso del garantismo, con los ambiciosos objetivos que esta doctrina en un momento de **entusiasmo** imprimió en los contenidos constitucionales; y sobre todo con creer que la mera existencia de derechos, principios reforzados y garantías haría que las lógicas del Estado, de sus burocracias y de la sociedad, cambiaran, al menos en el corto o mediano plazo; o que los derechos se pudiesen

---

(52) Sobre el concepto de interculturalidad, véase WALSH, CATHERINE, "Interculturalidad, colonialidad y educación" en *Revista Educación y Pedagogía*, vol. XIX, n° 48, Medellín, Universidad de Antioquia, mayo-agosto 2007, pp. 25/35, [en línea] [http://www.flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/1265909654.interculturalidad\\_\\_colonialidad\\_y\\_educacion.pdf](http://www.flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/1265909654.interculturalidad__colonialidad_y_educacion.pdf), consultado el 12/12/2014.

satisfacer sin la presencia de condiciones materiales para ello, sobre todo considerando que, en muchas ocasiones, la búsqueda de esas condiciones supone la afectación de otros derechos. Lo que en caso de conflictos entre derechos procede es ponderar y modular para llegar a una aplicación posible y progresiva aunque no perfecta. No obstante, hay que insistir en el riesgo que supone un manejo de los conflictos políticos por la sola vía del discurso idealizado de derechos que minusvalore una dinámica política participativa.

Por otra parte, lo antes expresado se vincula al tema de lo que llamaríamos la **ilusión participacionista**. Esta radicaría en la creencia de que el solo desarrollo de derechos, mecanismos e institucionalidad participativa a nivel de la Constitución, asegura por sí mismo que la participación ciudadana y popular se incremente en cantidad y calidad. Probablemente, el institucionalizar la participación y someterla a una serie de rituales burocratizantes y moldes, lo que puede lograr es disciplinar ese potencial de resistencia y lucha social hasta volverlo inofensivo y, sobre todo, arrojar numerosas dinámicas políticas fuera de la institucionalidad y las reglas institucionales o, parafraseando a Douzinas, arrojar **lo político** (las dinámicas) fuera de **la política** (la institucionalidad).<sup>(53)</sup> Y, con lo dicho, el peor efecto no deseado de esta ilusión participacionista sería el debilitar el potencial de innovación democrática generado desde la sociedad, y con ello, la legitimación del sistema democrático.

En tercer término, existiría una **ilusión republicana**, que se conectaría con los presupuestos anteriores en cuanto a que no resulta posible confiar enteramente en que, por mera inducción, se puedan crear una **virtud cívica** y un **sentido de lo común**. Tampoco puede confiarse de forma absoluta en que pueda crearse una institucionalidad pública infalible y totalmente blindada a las embestidas de los poderes particulares. Por el contrario, es precisamente en el marco de una complementariedad con la participación en donde es posible ver las fallas y los déficits de la administración, en coordinación con un efectivo sistema que realice los derechos y garantías.

Finalmente, debemos señalar tres ámbitos en los que las tensiones entre estos componentes o polos constitucionales pueden llegar a escalar gravemente.

Un primer ámbito de tensión se asocia con la pregunta sobre quién maneja el poder. Para el garantismo, el protagonista sería el juez. En el caso del

(53) DOUZINAS, COSTAS, "Las paradojas de los derechos humanos", en *Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI, filosofía e historia del derecho*, t. VII, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/TEMIS, 2010, pp. 227/228.

participacionismo, sería la comunidad política de ciudadanos, ciudadanas y colectivos; mientras que el republicanismo parecería entender que si bien se requiere de la comunidad, esta debe estar performada por una virtud cívica y estar mediada por los representantes democráticamente legitimados para tomar las mejores decisiones.

Un segundo ámbito se relaciona, en cambio, con el interrogante sobre cuál es el sujeto beneficiario de las decisiones. Desde el polo garantista, serían los individuos y una serie de sujetos colectivos de derechos, entre otros los pueblos indígenas y afroecuatorianos, mientras que desde el participacionismo, el sujeto sería una comunidad asimismo plural, pero sobre todo activa. De su parte, el republicanismo, si bien coincide en la idea de comunidad, enfatiza en la virtud y por así decirlo en la cohesión (en la nación), lo cual puede en momentos chocar con los intereses de los distintos sujetos y afectar la posibilidad de que los disensos en torno a los contenidos constitucionales sean procesados de forma participativa.

El tercer ámbito se conecta con la pregunta acerca de cómo se ejerce el poder. Para la doctrina garantista, la base es la subordinación del Estado a la constitución rígida y a los derechos en el marco de una versión esencialista. Para el participacionismo, el énfasis estaría puesto en la necesidad de mantener una continuidad y un activismo participativo mediante el cual la comunidad interviene en distintas formas en el ejercicio del poder. Podríamos decir así, usando las palabras de Habermas, que se requiere de un poder comunicativo (el generado por la participación) que discipline al poder meramente administrativo de los gobernantes y la burocracia.<sup>(54)</sup> En tanto que, desde la comprensión republicana, el acento parecería estar en que, a nombre de la comunidad, los gobernantes electos desarrollen actuaciones ejemplares, eficaces y eficientes.

#### **4. A manera de conclusión: ¡lidiar con la complejidad!**

¿Cómo lidiar con la complejidad? Es necesario considerar que aquellas tensiones que pueden darse —y que a diario se producen— alrededor de las comprensiones expuestas podrían resolverse simplemente imponiendo una de ellas —y una parte de la Constitución— sobre las otras. No obstante, podría decirse que lo deseable sería que se produjera alguna forma de convergencia entre ellas. Al efecto, se requiere no solamente

---

(54) HABERMAS, JÜRGEN, *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 234/235.

develar la complejidad de los elementos en juego alrededor de ellas, y tener una actitud crítica, sino también poder mirar su potencial innovador. Lo dicho supone también una metodología sensible a la complejidad y que además, desde una perspectiva constructivista, pueda proponer soluciones democráticas.

No hay que olvidar que una constitución como un producto complejo que es, a la vez, norma —y norma de normas—, pero además un proyecto político. Este doble carácter trae un problema adicional que se expresa en la aplicación de la constitución. Desde un punto de vista estrictamente normativo, una constitución entra en vigencia inmediatamente luego de su promulgación, pero si se la considera un proyecto político, debe entenderse que este va aplicándose en varios horizontes de tiempo que pueden ir desde el corto al largo plazo, en función de ir transformando una sociedad. La comprensión de esto demanda, en primer lugar, superar un debate legalista muy frecuente en nuestros países, en el que, incluso, se contienen posiciones progresistas, las cuales, en el afán de cambiar la realidad, lo que terminan por hacer es repetir apasionada pero dogmáticamente su propio discurso. Al contrario, se requiere retomar un debate crítico que no dé por asumida ninguna verdad y cuestione todo y, además, buscar la forma en la que participen en él todos quienes crean tener algo que decir.

A la vez, y en segundo lugar, poder entender la complejidad de la constitución es algo que requiere de un debate interdisciplinario. La mirada que hay que ensayar necesitaría del concurso del derecho constitucional y, abiertamente, de sus diversas teorías, pero también de la teoría política, la antropología, la pedagogía y la sociología aplicadas, entre otras perspectivas. Pero, más que nada, debería tratarse de un enfoque heterodoxo que ponga en diálogo estas visiones dentro de un contexto específico que es del de una realidad compleja, barroca, abigarrada, traslapada, o como quiera que se llame a la particularmente rica complejidad de América Latina. Se requiere, en ese sentido, buscar una epistemología propia para investigar nuestra complejidad.

Desde estos presupuestos, se podrán mirar quizá mejor no solo las decisiones judiciales propiamente dichas, sino los procesos que están tras ellas y las interacciones entre varios actores, no solo los jueces. Es que es importante atender a las formas en que ese proceso de toma de la decisión judicial es construido. Si asumimos que existe un esquema complejo, podremos ver que la decisión no responde necesariamente a un modelo

garantista o a uno de constitucionalismo político. No se adscribe simplemente a una de estas alternativas, sino que una decisión puede oscilar en la zona de grises entre estos dos modelos. Además, en el caso del Ecuador, tal decisión podría fundarse en cualquiera de las tres lógicas de los componentes mostrados o en mezclas de ellas.

Consideramos que el debate que hemos pretendido mostrar arroja interesantes elementos para examinar las particularidades de la actual Constitución ecuatoriana, vista no como un producto uniforme derivado de un consenso unívoco sino como uno complejo donde destacan polos o componentes diferenciados y tras de ellos distintas lógicas que definen distintos cometidos para a Justicia Constitucional. Luego, en cuanto a la justicia constitucional ecuatoriana, las demandas de la realidad sobre este esquema complejo, la sitúan entre la independencia y la coordinación; de manera que el papel que pueda jugar el juez constitucional podría variar según las comprensiones y componentes o polos que hemos examinado.

Asimismo en relación a la fuente de legitimidad de la actividad del juez, esta sería diversa dependiendo de la lógica que primase. La legitimidad constitucional en el garantismo radica en la preservación de los contenidos esenciales del derecho y los principios. Desde la lógica participacionista, se trata de una legitimidad nacida de la forma de nombramiento de los jueces, a través de un mecanismo constitucional de méritos y oposición, que es impugnabile.<sup>(55)</sup> No obstante esta legitimidad, desde la óptica participacionista debe irse realimentando mediante un relacionamiento intenso con la comunidad. Desde la comprensión republicana, la legitimidad emanaría por partes iguales, primero del origen de los jueces conforme al procedimiento constitucional antes referido —aunque este no esté basado propiamente en procedimientos electorales representativos—, y luego del ejercicio de su rol de defensa de los derechos, pero también de su compromiso con la afirmación de la *res pública* (la república) como proyecto común.

Los distintos papeles y comprensiones expuestas hacen relación a una doble condición del juez constitucional como técnico pero también como político (no partidario). Lo técnico supone el despliegue de una fina y creativa labor

---

(55) En el Ecuador, la Corte Constitucional es elegida mediante concurso público de méritos y oposición, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. Este proceso lo desarrolla una comisión calificadora integrada por representantes de las funciones legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social, la cual selecciona a los nueve jueces constitucionales de entre las candidaturas presentadas por las referidas funciones (art. 434 CRE).

de interpretación que permita vincular, a través de argumentos lógicos, los preceptos de la Constitución con la realidad compleja. Una realidad abigarrada y contingente en la cual el juez debe recrear razonadamente los derechos y debe implementar procesos abiertos a la sociedad, en términos de corrección. El rol de político, en contraste, no supone en ningún caso la vinculación del juez a un partido o movimiento. Lo que aquí planteamos como papel político se refiere a tener una visión de las cosas. Asumir una posición respecto del proyecto político trazado en la Constitución no supone tampoco abandonar la calidad técnica. Con razonamientos jurídicos es cómo el juez debe defender tal proyecto político de los ataques de cualquier poder interesado, sea este fáctico o político partidario.

No obstante, no debe sobredimensionarse, en ningún caso, el papel del juez. Sin ser un superhéroe, debería entenderse que comanda el último nivel de defensa de la Constitución, aquel que entra en acción ya cuando las instancias políticas han sido incapaces de resolver los conflictos o incluso los hayan desatado. El juez constitucional debe ser quien, en estos casos, está en la última línea de defensa de la Constitución, cuando los conflictos no han podido ser procesados políticamente mediante formas político participativas.

La conjunción positiva entre las comprensiones analizadas es necesaria aunque plantea grandes retos, así como necesario es reconocer que no existe un modelo puro de constitucionalismo sustancial o garantista o de constitucionalismo político. Esto le asigna una serie de desafíos adicionales a la decisión judicial en el campo constitucional.

Sería deseable, en el caso ecuatoriano, encontrar formas de conciliar las comprensiones acerca del papel del juez a partir de los componentes explicados. Conciliar el garantismo con mecanismos propios de la participación y de la deliberación, para abrir la labor judicial a la máxima participación y visibilidad social posibles, podría ser una salida. Los aportes a la labor judicial, desde una participación razonada, podrían marcar un punto de inflexión, aunque por otro lado, no puede descuidarse la necesidad de contar con efectivos niveles coordinación con distintas instancias del Estado. En todo caso, esta coordinación sería un mecanismo positivo siempre que se busque cooperar hacia la implementación de la Constitución, en un primer nivel, previniendo que se presenten conflictos en torno a ella, y en una última instancia, si es que estos se presentan, construyendo la efectividad de la justicia.







# La participación política en el diseño constitucional ecuatoriano

## Notas sobre “El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo”

MAURO BENENTE<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** Constitución de la República del Ecuador - orden normativo - diseño constitucional - participación popular.

### 1. Introducción

Con “El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo”, de Marco Navas, y también con otros de sus trabajos que aparecerán aquí citados, tengo un gran acuerdo en el enfoque propuesto ya que considero sumamente interesante pensar al derecho desde el paradigma de la complejidad que propone. Me resulta muy estimulante concebir al **ordenamiento** jurídico como atravesado por lógicas y racionalidades que pueden entrar en tensión, y por momentos

---

(1) Doctor en derecho, UBA. Becario CONICET. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja.” Profesor, Facultad de Derecho, UBA y UP.

hasta anularse. Quizás esto no sea un patrimonio de la teoría del derecho y buena parte de los enfoques jurídicos se inscriban dentro de una tendencia de la filosofía, y de las ciencias sociales, de reducir la multiplicidad a la unidad.<sup>(2)</sup> Sea como fuere, es usual apelar al **orden** jurídico pero rara vez recordamos que a este concepto solo llegamos al costo de olvidar una gran número de particularidades que se encuentran **desordenadas**, que presentan fuertes contradicciones, y que por ello son irreductibles a ese supuesto **orden**.

Desde este enfoque complejo, Navas analiza la Constitución de Montecristi e identifica diferentes **polos** que la constituyen. Si bien resulta interesante su aproximación, creo que la existencia de diversos **polos** o lógicas —aunque no las mismas— también puede hallarse en las constituciones latinoamericanas del siglo XIX que tienen componentes liberales pero también antiliberales, puesto que fueron producto de disputas y acuerdos entre sectores liberales y conservadores.<sup>(3)</sup> Posiblemente la Constitución ecuatoriana del 2008 presente un mayor número de **polaridades**, lo que quizás implique más dificultades para acercarlas, o implique que sus entrecruzamientos solo generen cortocircuitos, pero la existencia de más de una lógica no parece ser una novedad.

El trabajo de Navas es muy prolijo y minucioso en la descripción de los tres polos que encuentra en el diseño constitucional ecuatoriano: a) **garantista**, b) **participacionista**, c) **republicano**.<sup>(4)</sup> Detalla con mucha claridad y

(2) Sobre el modo en que ciertas categorías de la filosofía y las ciencias sociales reducen la multiplicidad, ver LAZZARATO, MAURIZIO, *Políticas del acontecimiento*, Pablo E. Rodríguez (trad.), Bs. As., Tinta Limón, 2006.

(3) Para citar solamente un ejemplo, puede afirmarse que en la Constitución argentina de 1853 se advierte una lógica liberal en el proyecto económico y por ello en el plano mercantil se reconocen numerosas libertades individuales —incluso sin distinción de nacionalidad— y se destruyen los obstáculos a la circulación de mercancías, pero también una lógica notablemente conservadora en las libertades políticas —casi inexistentes— y en el diagrama de poder político. Ver BOTANA, NATALIO, *El Orden Conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, Bs. As., Sudamericana, 1977, pp. 50/54.

(4) Además del trabajo que se incluye en este volumen, ver también NAVAS ALVEAR, MARCO, "Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del Estado social", en G. Pompeu, *Direito Constitucional nas Relações Econômicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, pp. 437/449. En el mismo orden de ideas la Pablo Andrade entiende que la "Constitución vigente contiene elementos cuya concepción puede trazarse hacia las formas teóricas (puras) del neoconstitucionalismo (proyecto garantista), participacionismo (pensamiento republicano/igualitarismo y democracia participativa), y presidencialismo". Ver ANDRADE, PABLO, "El reino (de lo) imaginario: Los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008", en *Ecuador Debate*, n° 85, 2012, p. 40.

precisión cómo estas lógicas aparecen en distintas partes de la Constitución aunque por momentos el terreno de análisis resulta demasiado descriptivo, al menos en un punto: Navas se encarga de mostrar que los sectores más cercanos al Presidente Rafael Correa articularon el **polo republicano**, pero no queda claro qué sectores políticos y sociales estuvieron detrás del diseño de los **polos participacionistas** y **garantistas**. Hubiera sido interesante —aunque quizás muy dificultoso dado el formato breve del trabajo— examinar si quienes diagramaron los **polos participacionistas** y **garantistas** formaban parte de campos políticos, ideológicos y académicos similares, y si quienes diagramaron el **polo participacionista** tenían otro proyecto constitucional para el capítulo de los derechos o de las funciones del Estado. Hubiera sido interesante saber si los actores que estuvieron detrás del armado de cada uno de los **polos** tenían proyectos distintos a los que finalmente se plasmaron en los restantes **polos**.

Ir más allá de la Constitución, posicionarse detrás de ella, creo que hubiera profundizado el análisis, pero no quisiera avanzar en este plano sino plantear algunas diferencias con la propia descripción que realiza Navas. En particular me interesará mostrar que en lugar de una Constitución tripolar estamos frente a un diseño bipolar, y que fue completamente errónea la matriz con la que se ha estructurado la participación política.

## 2. El participacionismo en la Constitución ecuatoriana

Tal como expone Navas, el participacionismo se corresponde con el denominado **constitucionalismo político**, que supone que son los órganos políticos —y no los judiciales— lo que “mediante procedimientos democráticos procesen los grandes conflictos en torno a los derechos, que los defiendan y desarrollen”.<sup>(5)</sup> Teniendo en cuenta el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), que dispone que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad”,<sup>(6)</sup> Navas postula que “se reconoce

(5) Ver, en este volumen, NAVAS ALVEAR, MARCO, “El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo”.

(6) El artículo completo estipula que “[e]l Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

a la participación como principio y eje articulador de la acción estatal, y de la vida democrática”.<sup>(7)</sup> Además, no duda en sostener que “el principio de ‘participación directa’ configura toda la organización del Estado y es transversal a los derechos”.<sup>(8)</sup>

Sin embargo, más allá de la proclamación que se lee en el primer artículo, a mi modo de ver no existen sólidos motivos para sostener que la participación directa sea un principio estructural del Estado ni de la organización de los derechos. Si se toma el Capítulo V —“Derechos de Participación”— del Título II —“Derechos”—, se enuncian los derechos políticos que se fueron consagrando hacia fines del siglo XIX y mediados del siglo XX, y ellos están presentes en prácticamente todas las constituciones occidentales: derecho a elegir y ser elegido, voto universal, igual y secreto, derecho a formar partidos políticos, etc. Es cierto que además de estos derechos, se reconocen otros que a primera vista más resultan más novedosos, como la iniciativa y la consulta popular de leyes,<sup>(9)</sup> y la revocatoria de mandatos.<sup>(10)</sup> Sin embargo, si se analizan los diseños constitucionales de la región, se advierte que si bien la revocatoria de mandatos no es tan frecuente,<sup>(11)</sup> la iniciativa y la consulta popular se contemplan en prácticamente todas las Constituciones de América Latina.<sup>(12)</sup> Además no hay que olvidar que la

---

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

(7) NAVAS ALVEAR, MARCO, “El papel de la justicia...”, *op. cit.* En el mismo sentido Albert Noguera entiende que “en el caso del texto constitucional ecuatoriano de 2008, la naturaleza participativa del Estado se transversaliza (...) a lo largo de todo el texto”. NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en R. Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 ‘en perspectiva’*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 135.

(8) NAVAS ALVEAR, MARCO, “El papel de la justicia...”, *op. cit.*

(9) Bajo el título “Democracia Directa”, el art. 103 CRE regula la iniciativa popular de leyes, y el art. 104 CRE, la consulta popular.

(10) La revocatoria de los cargos electivos, también bajo el título de “Democracia Directa”, se regula en el art. 105 CRE.

(11) Se regula en las Constituciones de Bolivia (art. 240) Colombia (art. 103), Panamá (art. 151) y República Dominicana (art. 30), y Venezuela (art. 72).

(12) La iniciativa popular de leyes se incluye en las Constituciones de: Argentina (art. 39), Bolivia (art. 162) Brasil (art. 14), Colombia (art. 155), Costa Rica (art. 123), Guatemala (art. 277), Honduras (art. 5°), Nicaragua (art. 140), Panamá (arts. 238 y 314), Paraguay (art. 123), Perú (art. 107), República Dominicana (art. 97), Uruguay (art. 79), Venezuela (art. 70). Por su lado, la consulta popular está contemplada en los textos constitucionales de: Argentina (art. 40), Bolivia (art. 11), Brasil (art. 14), Colombia (arts. 103 y 374), Costa Rica (art. 105), Guatemala

propia Constitución ecuatoriana de 1998 ya contemplaba la iniciativa y la consulta popular, y la revocatoria de mandatos.<sup>(13)</sup> Por su lado, la Constitución de Montecristi también estipula que en todos los niveles de gobierno se conformen instancias de participación a los efectos de elaborar políticas en todos los niveles estatales, mejorar la calidad de la inversión pública y definir las agendas de desarrollo, elaborar presupuestos participativos, fortalecer la democracia con mecanismos de transparencia, rendición de cuentas y control social, y promover la formación ciudadana (art. 100 CRE).

Además de lo anterior cabe destacar que sumados a los clásicos tres poderes —a los que denomina Funciones—, la Constitución ecuatoriana incluye la Función de Transparencia y Control Social (arts. 214 a 216 CRE) y la Función electoral (arts. 217 a 224 CRE).<sup>(14)</sup> La Función Electoral está integrada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, y su función es garantizar el ejercicio de los derechos políticos, tanto los relativos al sufragio cuanto a la organización política de la ciudadanía. Sin embargo, en la estructuración del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral, solo existe una muy débil e indirecta presencia del **polo participacionista**, que se reduce a que los integrantes del Consejo y del Tribunal son elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (art. 224 CRE). Por su lado, a primera vista podría pensarse que la Función de Transparencia y Control Social se inscribe dentro de una tendencia de las constituciones latinoamericanas contemporáneas de incluir órganos de control y fiscalización

---

(art. 173), Honduras (art. 5º), México (art. 26), Nicaragua (art. 2º), Panamá (arts. 238, 313 y 325), Paraguay (art. 121 y 122), Perú (arts. 32 y 176), República Dominicana (arts. 203, 210 y 272), Uruguay (art. 79 y 331) y Venezuela (arts. 71 y 73).

(13) En el diseño constitucional de 1998 se reconocía la consulta popular convocada por el 8% del electorado (arts. 104 y 105), la iniciativa popular de leyes (art. 146) y la revocatoria del mandato de alcaldes, prefectos y diputados (arts. 109 y 110), pero no de todas las autoridades electivas como en la actual Constitución.

(14) Navas lee estas funciones de la siguiente manera: “conjuntamente con los derechos, los mecanismos de ejercicio y garantía de estos, en una suerte de experimento institucional se crean dos nuevas funciones del Estado. Por un lado, la Función Electoral encargada de tutelar los procesos propios de la democracia representativa y potenciar el ejercicio de los derechos tradicionales de participación política. Por otro, se instituye la Función de Transparencia y Control Social, como instancia encargada de promover el ejercicio de los nuevos derechos y las formas de participación, así como el control de la gestión pública y el combate a la corrupción”. NAVAS ALVEAR, MARCO, “El papel de la justicia...”, *op. cit.*

de la administración pública,<sup>(15)</sup> pero lo novedoso es que se articula bajo una lógica **participacionista**.

Al regularse la Función de Transparencia y Control Social se presenta al pueblo como “el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación” (art. 204 CRE). Esta función está formada por un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, una Defensoría del Pueblo, una Contraloría General del Estado y las superintendencias, y los representantes que integran cada una de estas entidades ejercen sus funciones durante un período de cinco años. Es fundamentalmente en el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social donde se advierte una estructuración bajo una lógica **participacionista**. El Consejo está formado por siete consejeras o consejeros principales y siete suplentes, seleccionados entre postulantes nominados por organizaciones sociales y la ciudadanía. De acuerdo con el diseño constitucional, una de sus funciones es promover e incentivar el ejercicio de la participación ciudadana, aunque la mayoría de sus atribuciones se vinculan con el control y la fiscalización de la administración pública.<sup>(16)</sup> Esta misma lógica se mantiene en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, sancionada el 3 de septiembre del 2009, que se limita a incluir proclamas bastante superficiales en materia de participación y

---

(15) En este orden de ideas, y esta vez con varias diferencias, pueden citarse las instituciones incluidas en las constituciones de: Brasil (arts. 10, 194, 198 y 204), Colombia (arts. 103 y 270), Guatemala (art. 98), México (art. 26), Nicaragua (arts. 138 y 196), y Panamá (art. 233).

(16) De las doce atribuciones que le otorga el texto constitucional (art. 208 CRE) ocho se vinculan exclusivamente con las tareas de control y fiscalización: “2. Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social. 3. Instar a las demás entidades de la Función para que actúen de forma obligatoria sobre los asuntos que ameriten intervención a criterio del Consejo. 4. Investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación ciudadana o generen corrupción. 5. Emitir informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan. 6. Actuar como parte procesal en las causas que se instauran como consecuencia de sus investigaciones. Cuando en sentencia se determine que en la comisión del delito existió apropiación indebida de recursos, la autoridad competente procederá al decomiso de los bienes del patrimonio personal del sentenciado. 7. Coadyuvar a la protección de las personas que denuncien actos de corrupción. 8. Solicitar a cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos. Las personas e instituciones colaborarán con el Consejo y quienes se nieguen a hacerlo serán sancionados de acuerdo con la ley. 9. Organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales”. Las restantes cuatro funciones se relacionan con la promoción de la participación ciudadana (inc. 1), y la elección de determinadas autoridades (incs. 10 a 12).

deliberación,<sup>(17)</sup> y estructura con mayor institucionalidad los mecanismos de control y fiscalización.<sup>(18)</sup>

Además, el Consejo tiene la función de designar a otras autoridades, pero se trata de autoridades de instituciones de control y nunca de instituciones con decisión política: la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias (art. 204, inc. 10, CRE), la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General (art. 204, inc. 11, CRE), los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura (art. 204, inc. 12, CRE).

(17) En el art. 6° CRE, que lleva como título “Atribuciones en la promoción de la participación”, se enuncian una serie de potestades que carecen de toda institucionalidad y de potestad decisoria: “1. Promover iniciativas de participación ciudadana de ecuatorianas y ecuatorianos en el país y en el exterior que garanticen el ejercicio de los derechos y del buen vivir; así como velar por el cumplimiento del derecho de la ciudadanía a participar en todas las fases de la gestión de lo público, en las diferentes funciones del Estado y los niveles de gobierno, por medio de los mecanismos previstos en la Constitución de la República y la ley. 2. Proponer a las diferentes instancias públicas, la adopción de políticas, planes, programas y proyectos destinados a fomentar la participación ciudadana en todos los niveles de gobierno, en coordinación con la ciudadanía y las organizaciones sociales. 3. Proponer, promover y facilitar procesos de debate y deliberación pública sobre temas de interés ciudadano, sea que hayan nacido de su seno o de la iniciativa autónoma de la sociedad. Deberá, además, sistematizar los resultados de los debates, difundirlos ampliamente y remitirlos a las entidades competentes. 4. Propiciar la formación en ciudadanía, derechos humanos, transparencia, participación social y combate a la corrupción para fortalecer la cultura democrática de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, así como estimular las capacidades para el ejercicio y exigibilidad de derechos de las y los ciudadanos residentes en el país, como ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior. 5. Promover la formación en ciudadanía, derechos humanos, transparencia, participación ciudadana y combate a la corrupción en los funcionarios de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público. 6. Propiciar la recuperación de la memoria histórica, tradiciones organizativas, culturales y experiencias de participación democrática del Ecuador. 7. Monitorear la gestión participativa de las instituciones que conforman el sector público y difundir informes al respecto, los mismos que serán enviados al órgano competente”.

Además, bajo diferentes modalidades, el Consejo tiene la función de apoyar financiera, jurídica y técnicamente: espacios de participación ciudadana “para fomentar la participación ciudadana, el control social, la transparencia y lucha contra la corrupción” (art. 7°, inc. 1, CRE), el intercambio de experiencias y saberes en la temática de la participación ciudadana (art. 7°, inc. 2, CRE), la creación de archivos de información documental y bibliotecas virtuales (art. 7°, inc. 3, CRE), y la capacitación a la ciudadanía (art. 7°, inc. 4, CRE).

(18) De este modo se enumeran algunas funciones genéricas sobre el control, la fiscalización y las veedurías (art. 8°), se detallan los mecanismos de la rendición de cuentas (arts. 9° a 12 CRE), y se estructuran mecanismos de fomento de la transparencia y lucha contra la corrupción (arts. 13 a 18 CRE).



### 2.1. Los límites al participacionismo en la Constitución ecuatoriana

Tal como anteriormente mencioné, Navas entiende que el participacionismo se corresponde con el llamado **constitucionalismo político** que indica que son los órganos políticos los que deben canalizar los conflictos alrededor de los derechos, a la vez que lee que la Constitución ecuatoriana presenta a la participación un eje que articula la acción estatal y la democracia. De todos modos no parece que con la iniciativa y la consulta popular de leyes, la revocatoria de mandatos y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, los espacios de participación sean las usinas desde donde se toman las decisiones políticas en general, ni las decisiones sobre los derechos en particular.

La presencia de los movimientos sociales y la ciudadanía en la integración del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social imprime una lógica participacionista,<sup>(19)</sup> que en comparación con instituciones de control implementadas en otras constituciones de la región, resulta notablemente atractiva. Sin embargo, más allá de algunas funciones relativas a la promoción de la participación y la deliberación política, las tareas del Consejo se limitan al contralor, la lucha contra la corrupción y el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas, lo que impide pensar que el participacionismo sea estructurante de las decisiones políticas estatales. La participación está recluida, escondida, en un único poder —o función— del Estado, que no tiene facultades de decisión política y que se limita a poner en práctica mecanismos de contralor.

Según creo, el modo en que se institucionalizó la participación no solamente nos impide sostener que estamos en presencia de un **polo** que estructura las instituciones del Estado y que organiza la consagración e implementación de los derechos, sino que me parece que es posible avanzar en dos tesis más poderosas: a) en comparación con el republicano, el participacionista no debería ser considerado como un **polo**; b) el diseño constitucional ecuatoriano ha fracasado en el modo de concebir y estructurar el **polo participacionista**.

- a. De acuerdo con Navas, el **polo republicano** se encuentra en el pragmatismo político que fue impulsado por el Presidente Rafael Correa durante la Asamblea

---

(19) El proceso de selección de los miembros del Consejo está regulado en los arts. 19 a 35 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, sancionada el 03/09/2009, y mantiene la distinción constitucional de los candidatos provenientes de los movimientos sociales y de la ciudadanía.

Constituyente en vistas de “diseñar un Estado nacional fuerte como base para implementar el proyecto político de transformación expresado en la misma Constitución”.<sup>(20)</sup> En parte, este proyecto político requería “de un Estado que se imponga por sobre formas corporativas y particularistas de gestión de lo público, tradicionales en el Ecuador”.<sup>(21)</sup> En la ingeniería institucional, este proyecto político se tradujo en el mantenimiento de un presidencialismo fuerte y de un Poder Legislativo muy similar al del constitucionalismo liberal-conservador del siglo XIX.<sup>(22)</sup> La centralización de las decisiones políticas en la función Ejecutiva y la función Legislativa, contrasta notablemente con las limitadas funciones de control del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las nulas funciones de decisión popular, y los remotos mecanismos de iniciativa y consulta popular con los que cuenta la ciudadanía. Navas plantea la existencia de un **polo republicano** y otro **participacionista** y los presenta como si estuvieran en igualdad de armas, pero mientras el primero está cargado con las gruesas municiones de las decisiones políticas, el segundo solamente se instituye como un espacio de precaria defensa, limitada casi exclusivamente al control, la transparencia y la rendición de cuentas. Teniendo esto en cuenta, en comparación con el **republicano**, el **participacionista** no debería ser presentado como un **polo**, y por ello creo que no estamos frente a un diseño constitucional tripolar sino bipolar.

- b. En segundo lugar creo que es posible sostener que incluso interpretándolo a su mejor luz, tratando de potenciar la lectura del supuesto **polo participacionista**, entiendo que el diseño constitucional ecuatoriano ha fracasado en el modo de estructurar la participación popular.

A la luz de la experiencia de la Comuna de París, un proceso político desarrollado entre el 18 de marzo y el 28 de mayo de 1791 y que implicó la supresión del ejército, la instauración del carácter electivo y revocable de todo cargo político —con sueldos equivalentes al de los obreros—, Marx y Engels como observadores y reivindicadores del proceso, y años más tarde Lenin, como continuador de las lecturas de los autores alemanes, postularon que la clase obrera no podía limitarse a tomar la máquina del Estado y servirse de ella para sus propios fines, sino que era menester desarrollar una

(20) NAVAS ALVEAR, MARCO, “El papel de la justicia...”, *op. cit.*

(21) NAVAS ALVEAR, MARCO, “El papel de la justicia...”, *ibid.*, sobre el modo en que el gobierno de Correa ha desarrollado una política de construcción de una autonomía estatal respecto de poderes intermedios, ver FRANKLIN, RAMÍREZ GALLEGOS, “Despliegues de la autonomía estatal en el Ecuador de la Revolución Ciudadana”, en *Debates y combates*, n° 4, 2012.

(22) Además podría agregarse que si bien el art. 167 CRE marca que “[l]a potestad de administrar justicia emana del pueblo”, no se ha producido una democratización de las estructuras judiciales puesto que los cargos judiciales que se mantienen bajo lógicas de elección y remoción alejadas de la participación popular.

profunda modificación de las estructuras estatales.<sup>(23)</sup> Sin dudas, esta es una de las perspectivas retomadas y potenciadas por las tradiciones teóricas enroladas en las vías democráticas al socialismo, o del socialismo democrático. En este orden de ideas, Nicos Poulantzas proponía que el objetivo del socialismo no debía ser destruir al Estado<sup>(24)</sup> sino desarrollar poderosas transformaciones para avanzar en una democracia representativa radicalizada y articulada con prácticas de democracia directa: el desafío no era otro que

... emprender una transformación radical del Estado articulando la ampliación y la profundización de las instituciones de la democracia representativa y de las libertades (que fueron también una conquista de las masas populares) con el despliegue de las formas de democracia directa de base y el enjambre de los focos autogestionarios.<sup>(25)</sup>

Con aires de familia, y para la misma época, Ralph Miliband insistía en la necesidad de reformar profundamente las estructuras estatales<sup>(26)</sup> y por ello indicaba que la oposición entre reformismo y vía violenta al socialismo no era una dicotomía bien planteada, puesto que

... un acceso constitucional al poder *podría* ir seguido de una remodelación total de las instituciones estatales y una toma de poder no implica *necesariamente* tal remodelación. Es más, como lo que se intenta es extender el poder popular, una transición pacífica podría ser más favorable a ese proyecto que una violenta.<sup>(27)</sup>

Para el autor británico el objetivo era establecer mecanismos de interrelación entre las estructuras gubernamentales y las organizaciones de la sociedad civil, y para ello había que diseñar una "red flexible y compleja de órganos de participación popular que operen en toda la sociedad civil y cuyo objetivo no sea *reemplazar* al Estado sino *complementarlo*".<sup>(28)</sup> Esto

---

(23) MARX, KARL, *La guerra civil en Francia*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2007, p. 64; MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, "Prefacio a la edición alemana de 1872", en *Manifiesto Comunista*, Madrid, Debate, 1998, p. 98; ENGELS, FRIEDRICH "Introducción", en Marx, Karl, *La guerra civil en Francia*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2007, pp. 20/22; LENIN, VLADIMIR I., *El Estado y la revolución*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2009, p. 65.

(24) POULANTZAS, NICOS, *Estado, poder y socialismo*, Madrid, Siglo XXI, 1980, p. 320.

(25) POULANTZAS, NICOS, *Estado...*, *ibid.*, 314.

(26) MILIBAND, RALPH, *Marxismo y política*, Madrid, Siglo XXI, 1978, pp. 223/224.

(27) MILIBAND, RALPH, *Marxismo...*, *ibid.*, p. 225.

(28) *Ibid.*, p. 238.

exige profundas reformas en las estructuras y en el personal del Estado, la creación de órganos de participación popular y entonces la “estrategia ‘reformista’, al menos así entendida, puede producir una combinación entre dirección y democracia suficientemente eficaz para mantener a raya a las fuerzas conservadoras y crear las condiciones que permitan avanzar en un proceso de transición”.<sup>(29)</sup>

De acuerdo con los aportes de Poulantzas y de Miliband el proyecto del socialismo democrático implica democratizar las instituciones representativas y vincularlas con espacios de democracia directa o autogestionada. De lo que se trata es de acortar las distancias que separan las instituciones de la democracia representativa y los espacios democracia directa y de participación popular, premisa que no es exclusiva de las propuestas del socialismo democrático, sino que con otros presupuestos conceptuales también se lee en la labor reconstructiva desplegada por Jürgen Habermas, que desemboca en una teoría deliberativa de la democracia.

De acuerdo con los resultados a los que Habermas llega luego de realizar una supuesta reconstrucción del derecho y del Estado moderno, el poder político sitúa su autoridad normativa en su fusión con el derecho, y este solo puede constituirse legítimamente movilizando las libertades comunicativas de los ciudadanos: la administración estatal no puede legitimarse a sí misma, sino que se sustenta en “un poder comunicativo productor de derecho”.<sup>(30)</sup> El poder comunicativo, que se construye en ámbitos deliberativos de la sociedad civil y está atravesado por la formación racional de opiniones comunes, genera una fuerza motivadora, y constituye un poder comunicativo que termina influyendo sobre el poder administrativo. Incluso cuando esta fuerza “no tenga otro alcance que el de la fuerza motivadora débil que caracteriza a las buenas razones, bajo este aspecto el uso público de las libertades comunicativas aparece como generador

(29) *Ibid.*, p. 239.

(30) HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005, p. 214. En esta línea, en “Tres modelos de democracia”, postula que “[e]l sistema político es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas del espacio público conforman una red ampliamente expandida de sensores que reaccionan ante la presión de los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto y que además estimulan la generación de opiniones de mucha influencia. La opinión pública transformada en poder comunicativo mediante procedimientos democráticos no puede «mandar» ella misma, sino sólo dirigir el uso del poder administrativo hacia determinados canales”. JÜRGEN, HABERMAS, “Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 244.

de potenciales de poder”.<sup>(31)</sup> Teniendo esto en cuenta Habermas supone que “al movilizarse las libertades comunicativas de los ciudadanos para la generación de derecho legítimo, tales obligaciones ilocucionarias se adensan formando un potencial con el que han de contar quienes ocupan posiciones de poder administrativo”.<sup>(32)</sup> Esta íntima conexión entre poder administrativo y poder comunicativo es la exigencia central que impone el Estado de derecho: “la idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código ‘poder’, al poder comunicativo creador de derecho”.<sup>(33)</sup>

Volviendo al caso ecuatoriano, entiendo que la sanción de la Constitución de 2008 debe ubicarse en un contexto de crisis del neoliberalismo y de las instituciones políticas, precedida por las destituciones de Bucaram, en 1997, Mahuad, en 2000, y Gutiérrez, en 2005, todas inscriptas en procesos de movilización social.<sup>(34)</sup> En particular, la caída de Lucio Gutiérrez se produjo como consecuencia de la denominada “revuelta de los forajidos”, un proceso político bastante vertiginoso vinculado con la posterior elección de Rafael Correa y la convocatoria a una Asamblea Constituyente.<sup>(35)</sup> La agenda de disputa contra el neoliberalismo no fue inventada por la Presidencia de Correa ni tampoco emergió en el marco del proceso de elaboración de la Constitución de Montecristi, sino que fue construida durante dos décadas por la CONAIE, la Unidad Plurinacional-Pachakutik-Nuevo País, y la Coordinadora de Movimientos Sociales.<sup>(36)</sup> De todos modos, en vistas de avanzar en un proyecto de un Estado independiente de las corporaciones, el camino constitucional no ha sido apostar a una fortaleza estatal a partir de una lógica de vinculación y relación entre las instituciones representativas y las organizaciones sociales, sino que —bajo

(31) HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 214.

(32) *Ibid.*, pp. 214/215.

(33) Más adelante, insiste en que “[l]a idea de Estado de derecho puede desarrollarse por tanto recurriendo a los principios conforme a los que se obtiene derecho legítimo a partir de poder comunicativo y éste a su vez a través del derecho legítimamente establecido se transforma en poder administrativo”. *Ibid.*, pp. 218 y 237.

(34) BARRERA GUARDERAS, AUGUSTO, *Acción colectiva y crisis política, el movimiento indígena ecuatoriano en la década de los noventa*, Quito, Ciudad-Abya-Yala, 2001.

(35) El “Foro Ecuador Alternativo”, que nucleaba a intelectuales como Correa y Acosta —luego Presidente de la Constituyente— apoyó las manifestaciones, y en sus comunicados de enero y febrero de 2005 instaba a la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Ver MARCO, NAVAS, *Lo público insurgente*, Quito, Ciespal-Universidad Andina Simón Bolívar, pp. 221/222.

(36) BARRERA GUARDERAS, AUGUSTO, *Acción colectiva...*, op. cit., pp. 107/142; ECHEVERRÍA, JULIO, *El desafío constitucional*, Quito, ILDIS-FES-Abya-Yala, 2006.

un patrón posiblemente liberal— se ha mantenido el monopolio de las decisiones políticas en las estructuras de la representación política, mientras que los espacios de participación se erigieron como simples mecanismos de control y fiscalización de esas decisiones.<sup>(37)</sup> En lugar de acortar las distancias entre las instituciones representativas y las organizaciones autogestionadas en vistas de construir un poder político que pudiera hacer frente a las corporaciones, como el diseño constitucional ecuatoriano contempló al **polo participacionista** solo bajo una lógica del control y la transparencia de las decisiones tomadas en los órganos representativos, no pudo más que construir una lógica de suma cero entre la construcción de un poder político robusto y una participación popular horizontal y democrática. El gran error del diseño constitucional ecuatoriano fue haber recludo al **polo participacionista** al espacio del control y la transparencia, en lugar de haber democratizado las instituciones representativas, vincularlas con los espacios de participación directa, y avanzar así en otra lógica de construcción de las decisiones políticas.

### 3. Notas finales. Participación y Poder Judicial

Tomando como punto de partida a la ecuatoriana como una Constitución compleja, atravesada por diferentes polos o lógicas que pueden entrar en fuertes tensiones, de acuerdo con Navas “pueden asignarse varios roles al **juez constitucional**”.<sup>(38)</sup> Teniendo esto en cuenta, Navas realiza un muy interesante ejercicio intelectual, vinculando los distintos procederes del **juez constitucional** de acuerdo con cada uno de los polos que integran el diseño ecuatoriano. De este modo, para el **polo participacionista** el **juez constitucional** “debería abrir cauces a la participación dentro de su actividad, tomando con mayor énfasis a los actores sociales concernidos en el debate público”.<sup>(39)</sup> Personalmente comparto esta mirada, que creo que puede inscribirse en una serie de reflexiones teóricas que marcan que uno de los pocos supuestos en que se encuentra democráticamente justificado el control de constitucionalidad por parte de un poder contramayoritario como el judicial, es en aquellos en los cuales se protegen los procedimientos de la democracia representativa —y las cortes se transforman en guardianes del

(37) De acuerdo con Poulantzas, mantener intactas las estructuras estatales y recluir a los espacios autogestionados a una mera actividad de control “deja intacto el Estado-Leviatán, se pasan por alto las transformaciones necesarias del Estado, sin las cuales el movimiento de democracia directa está abocado a la derrota”. NICOS, POULANTZAS, *Estado...*, op. cit., p. 322.

(38) NAVAS ALVEAR, MARCO, “El papel de la justicia...”, op. cit. El subrayado me pertenece.

(39) *Ibid.*

proceso de representación—,<sup>(40)</sup> o se maximizan los mecanismos de la democracia deliberativa,<sup>(41)</sup> o se resigna la última palabra en el poder judicial y se avanza en un diálogo entre el poder legislativo, ejecutivo y el judicial.<sup>(42)</sup>

Según creo, la mirada que presenta Navas sobre la función de un juez que actúe bajo la lógica participacionista puede inscribirse en estas lecturas que intentan vincular el funcionamiento del poder judicial con la profundización de los mecanismos representativos y deliberativos. Sin embargo, y en vistas de marcar un último contrapunto con el excelente y muy estimulante trabajo de Marco, esto también implica inscribirse en patrones de reflexión que habitualmente enfatizan en el papel del **juez constitucional**, de las **Cortes constitucionales**, pero muy rara vez se preguntan por las reformas estructurales necesarias para que el Poder Judicial lleve adelante estas prácticas de profundización de la participación y la deliberación. El énfasis en las sentencias, el **juez** o la **Corte**, olvida que la estructuración del Poder Judicial se encuentra articulada bajo un polo fuertemente anti-participacionista. Esto no solamente plantea el debate sobre la participación del pueblo en la administración de los conflictos, sino que también hace aparecer, casi como una amenaza a lo anterior, la siguiente pregunta: ¿Podremos contar con algo más que el voluntarismo para tener jueces y juezas, o cortes, resolviendo bajo un paradigma **participacionista** si forman parte de una estructura **anti-participacionista**?



(40) ELY, JOHN H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 1980, pp. 73/104.

(41) NINO, CARLOS S., "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en AAW, *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 125/128; *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2002, pp. 692/697; *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 273/277.

(42) GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Bs. As., Ariel, 1996, p. 176; "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en M. Alegre y R. Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad*, Bs. As., LexisNexis, 2007, pp. 135/140; "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución" en R. Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, p. 168.

# Bibliografía







## BIBLIOGRAFÍA



- ACKERMAN, BRUCE, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995.
- ACKERMAN, BRUCE, *La Política del Diálogo Liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- ADORNO, THEODOR W., *Minima moralia - Reflexiones desde la vida dañada*, Joaquín Chamorro Mielke (trad.), Madrid, Altea-Taurus-Alfaguara, 1987.
- AGUILAR, MIGUEL A., *Los Medios de Comunicación en la frontera de la Democracia*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1990.
- AGUILÓ REGLA, JOSEP, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en *Isonomía*, 6, México, 1997.
- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Bs. As., Astrea, 1975.
- ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, “La concepción expresiva de las normas”, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, C., “Logic of norms and logic of normative propositions”, en *Logique et Analyse*, n° 12, 1969.
- ALEXY, ROBERT, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- ALEXY, ROBERT, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 32, 2009.
- ALEXY, ROBERT, *Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, 2ª ed., San Pablo, Landy, 2005.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMOND, GABRIEL A. y VERBA, SIDNEY, *The Civic Culture*, Princeton University Press, 1963.
- ALONSO, JUAN P., *Interpretación de las Normas y Derecho Penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006.

- ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Bs. As., Compañía Argentina de Editores SRL, 1941.
- ALTERIO, ANA M., “La ‘esfera de lo indecidible’ en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 13.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Tercera Parte, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008.
- ALVIRA, T., CLAVELL, L. y MELENDO, T., *Metafísica*, Pamplona, Eunsa, 1986.
- AMAYA NAVARRO, M. AMALIA, “Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica”, en *Temas selectos de derecho electoral*, 6, México, 2009.
- ANDER-EGG, EZEQUIEL, *La ciencia: su método y la expresión del conocimiento científico*, Bs. As., Lumen Humanitas, 2004.
- ANDRADE, PABLO, “El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008”, en *Ecuador Debate*, n° 85, Quito, CAAP.
- ANSOLABEHERE, KARINA, *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México DF, FLACSO-Fontamara, 2007.
- AÑÓN, MARÍA JOSÉ, “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en Javier de Lucas Martín (dir.), *La multiculturalidad, Cuadernos de derecho judicial*, n° 6, 2001.
- ARANGO OLAYA, MÓNICA, “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en *Revista Precedente*, 2004.
- ARANGUREN, JOSÉ L., *La democracia establecida. Una crítica intelectual*, Madrid, Taurus, 1979.
- ARAÚJO, A., *Final Solution of Serial Killers in Kelsen's Juridical Positivism*, San Pablo, Leud; Porto Alegre, Linus; Belo Horizonte, Escola Superior de Justiça, 2010.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Antonio Gómez Robledo (trad.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1954.
- ASOCIACIÓN DE ESCRITORES Y PERIODISTAS INDEPENDIENTES DE MADRID, *Contra el Poder*, Madrid, Ediciones de Hoy SA, 1996.
- ATIENZA, MANUEL, “Argumentación y constitución”, en Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Bs. As., Madrid, Barcelona, 2011.
- ATIENZA, MANUEL, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, São Paulo, Landy, 2000.
- ATIENZA, MANUEL, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2004.
- ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 2006.
- ATIENZA, MANUEL, “Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?”, en *Ideas para una filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso, Lima, 2008.
- ATIENZA, MANUEL, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013.
- ATIENZA, MANUEL, “¿Por qué leer a Marx hoy?”, en AAVV, *Por qué leer a Marx hoy*, México, Fontamara, 2009.
- ATIENZA, MANUEL, “Prólogo”, en Pérez Lledó, Juan A., *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

- ATIENZA, MANUEL, "Reflexiones sobre la Ética Judicial", en *Serie Ética Judicial*, 17, México DF, SCJN, 2008.
- ATIENZA, MANUEL, "Sobre Ferrajoli", en G. Pisarello y R. García Manrique (eds.), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ATIENZA, MANUEL, "Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina", en *Academia*, año 7, n° 14, 2009.
- ATIENZA, MANUEL, "Una teoría pragmática del derecho", en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012.
- ATLAN, HENRI, *A Tort e à Raison. Intercritique de la science e dua mythe*, París, Éditions du Seuil, 1986.
- ATRIA, FERNANDO, "Del derecho y el razonamiento jurídico", en *Doxa*, n° 22, 1999.
- AUSTIN, JOHN, "The uses of the study of jurisprudence", en *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998 [1863].
- AUSTIN, JOHN, "The province of jurisprudence determined", en *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis, Hackett Publishing, 1998 [1832].
- ÁVILA, S. RAMIRO, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala/UASB, 2011.
- BACHOF, OTTO, *Grundgesetz und Richtermacht: Rede bei der feierlichen Übergabe des Rektorats zu Beginn des Sommersemesters am 2. 5. Mohr*, 1959, Tübinge, Tübingen, Universitätsreden, 1959.
- BACON, FRANCIS, LVI. *Of judicature, en The essays. Or counsels, civil and moral*, 2ª ed, Londres, The Everyman Library, 1915 [1625].
- BALBÍN, R. M., *La relación jurídica natural*, Pamplona, Eunsa, 1985.
- BANTING, KEITH y Kymlicka, Will (eds.), *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*, Oxford University Press, 2006.
- BARCELONA, PIETRO; COTTURRI, GIUSEPPE, *El Estado y los juristas*, Barcelona, Fontanelle, 1976.
- BARRY, BRIAN, *Culture and Equality*, Harvard University Press, 2002.
- BARTHES, R., *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*, Bs. As., Paidós, 2013.
- BARTHES, ROLAND, *El placer del texto y Lección inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France*, Bs. As., Siglo XXI, 2003.
- BASTIDA, FRANCISCO J., *Jueces y Franquismo*, Ariel, Barcelona 1986.
- BAYÓN, JUAN C., "Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo", en M. Carbonell y L. García J, *El Canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta/IIJ UNAM, 2010.
- BELLAMY, RICHARD, *Constitucionalismo político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- BENDER, L., *Philosophia iuris*, Roma, Officium Libri Catholici, 1947.
- BENERÍA, LOURDES, "¿Patriarcado o Sistema Económico? Una discusión sobre dualismos

- metodológicos”, en Celia Amorós *et al.*, *Mujeres: Ciencia y Práctica Política*, Madrid, Debate, 1987.
- BENHABIB, SEYLA, *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo* Gabriel Zadunaisky (trad.), Gedisa, Barcelona, 2006.
- BENHABIB, SEYLA, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, 2002.
- BENJAMÍN, WALTER, “Para una crítica de la violencia”, en *Conceptos de filosofía de la historia*, Terramar, La Plata, 2007.
- BENNET, ROBERT W.; SOLUM, LAWRENCE B., *Constitutional Originalism: A debate*, Ithaca, Cornell University, 2011.
- BENTOLILA, JUAN José (coord.), *Introducción al Derecho*, Bs. As., La Ley, 2009.
- BERGER, PETER, *Introducción a la sociología*, México DF, Limusa, 2001.
- BERKMANAS, T., *Schmitt v. Kelsen: The Total State of Exception Posited for the Total Regulation of Life. Baltic Journal of Law & Politics*, vol. 3, n° 2, 2010.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, en *Cuestiones Constitucionales*, n° 17, julio-diciembre 2007.
- BERRÍOS, JUAN, “La judicialización de la transición política en Venezuela. Estudios sobre la Decisión No. 141/2013, del 08 de marzo. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Frónesis*, vol. 20, n° 1, 2013.
- BEST, STEVEN y KELLNER, DOUGLAS, “*Postmodern Theory - Critical Interrogations*”, Nueva York, Guilford, 1991.
- BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Bs. As., La Ley, 1964.
- BIX, B., “*Kelsen and Normativity Revisited*”, en Carlos Bernal & Marcelo Porciuncula (eds.), *Festschrift for Stanley L. Paulson*, Minnesota, s/e., 2013.
- BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel (ed.), Valencia, Fernando Torres, 1980.
- BOBBIO, NORBERTO, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985.
- BOBBIO, NORBERTO, *Il positivismo giuridico*, G. Giappichelli, Torino, s/f [(trad. castellana), *El positivismo jurídico*, R. De Asís, y A. Greppi (trad.), Madrid, Debate, 1993].
- BOBBIO, NORBERTO, “*Principi general del diritto*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, UTET, 1966.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoria dello ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1982.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoria Generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1993.
- BOBBIO, NORBERTO, *The Future of Democracy*, Cambridge, 1987.
- BOCCHI, GIANLUCA; CERUTI, MAURO (comp.), *La sfida della complessità*, Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci (trads.), 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997.
- BOHMAN, JAMES F.; HILEY, DAVID, R. y SHUSTERMAN, RICHARD, “*Introduction: the interpretive turn*”, en James F. Bohman; David, R. Hiley y Richard Shusterman (eds.), *The interpretive turn*, Londres, Cornell University Press, 1991.

- BONORINO, PABLO y Iván Peña, Jairo, "Iusnaturalismo moderno", en *Filosofía del Derecho*, Bogotá DC, Consejo Superior de la Judicatura (Escuela Judicial Lara Bonilla-Facultad de Derecho, Universidad Nacional), 2002.
- BORGES, JORGE L., "José Hernández. Martín Fierro", en *Prólogos con un prólogo de prólogos*, Bs. As., Torres Agüero Editor, 1975.
- BORGES, JORGE L., *Obras completas*, vol. 4, Barcelona, Emecé, 1997.
- BOSCÁN, GUILLERMO, "Judicialización y politización en América Latina. Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los Poderes Públicos", en *Revista Cuestiones Jurídicas*, vol. 4, n° 2, 2010.
- BOTANA, NATALIO, *El Orden Conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, Bs. As., Sudamericana, 1977.
- BOVEN, LEAF VAN, "Pluralistic Ignorance and Political Correctness: The Case of Affirmative Action", en *Political Psychology*, vol. 2, n° 2, 2000.
- BOVINO, ALBERTO; COURTIS, CHRISTIAN, "Por una dogmática conscientemente política", en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001.
- BRATMAN, MICHAEL, "Practical Reasoning and Acceptance in a Context", en *Mind*, vol. 101, n° 401, 1992.
- BRAVO, MILLECEP, "Tribunales validan disculpas verbales ante violencia intrafamiliar entre Mapuches", 2013, [en línea] <http://www.lexweb.cl/tribunales-validan-disculpas-verbales-ante-violencia-intrafamiliar-entre-mapuches>
- BRENNAN, TIMOTHY, *Wars of Position. The Cultural Politics of Left and Right*, Columbia University Press, Nueva York, 2006.
- BULYGIN, E., "Lógica deóntica", en Alchourrón, C. et al., *Lógica*, Trotta, Madrid, 1995.
- BULYGIN, EUGENIO, "Sull' interpretazione giuridica", en *Analisi e diritto*, 1992.
- BURGUERA AMEABE, LEYRE, "La democracia desvirtuada", en Yolanda Gómez Sánchez y otros (coords.) *Constitución y democracia: ayer y hoy (Libro homenaje a Antonio Torres del Moral)*, 3 vols., Madrid, Universit, vol. I, 2012.
- CAETANO, GERARDO, "Apuntes para un diagnóstico de las instituciones democráticas en el Mercosur", en Gerardo Caetano y Rubén M. Perina (eds.), *La "segunda generación" de reformas parlamentarias. Teorías, prácticas y estrategias de cambio*, Montevideo, OEA, CLAEH, 2004.
- CALLINICOS, ALEX, *Contra el Postmodernismo*, Magdalena Holguín (trad.), Bogotá, El Ancora, 1993.
- CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992.
- CALVO RUBIO, JOSÉ I., "El Ministerio Fiscal, su dimensión constitucional y sus relaciones con los distintos Poderes del Estado", en *El Poder Judicial en Europa. Ponencias de la Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas*, t. I, Madrid, 1989.
- CAMPOS, ROBERTO, "Metodología jurídica trialista", en *Investigación y Docencia*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, n° 39, 2006.
- CAPELLA, JUAN R., *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1968.

- CAPELLA, JUAN R., *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 2002.
- CARACCILO, RICARDO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CARBONELL, M.; OROZCO, WISTANO L.; VÁZQUEZ, RODOLFO (eds.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Siglo XXI, 2002.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *Derecho, política y magistratura*, Bs. As., Biblos, 1996.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- CÁRCOVA, CARLOS M., “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?” en *Las teorías jurídicas post positivistas*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *Teorías jurídicas alternativas. Estudios sobre Derecho y Política*, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1993.
- CARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Ortega Torres y Guerrero (trad.), Bogotá, Temis, 1956.
- CARRETERO PÉREZ, ADOLFO, “El modelo de Poder Judicial en la Constitución”, en AAVV, *El Poder Judicial*, Madrid, Inst. de Estudios Fiscales, 1983.
- CARRÍO, GENARO, “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed. aumentada, Bs. As. AbeledoPerrot, 1986.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, “Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental”, en *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2000.
- CASTELLANO, PABLO, “Prólogo”, en Navarro, J., *Manos Sucias*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.
- CASTRO NEVARES, FEDERICO, “Los actos jurídicos y el problema de su interpretación”, en *Derecho del Trabajo*, 2010.
- CATALANO, PIERANGELO, “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, en *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho*, México DF, Porrúa, 2006.
- CAVAROZZI, MARCELO, *El capitalismo político tardío y su crisis en América Latina*, Rosario, Homo Sapiens, 1996.
- CHAUMET, MARIO E., CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la post-modernidad”, en *Investigación y Docencia*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, n° 21, 1992.
- CHEMERINSKY, ERWIN, “Against Sovereign Immunity”, en *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 53, mayo 2001.
- CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *La desviación de poder*, 2ª ed. act. y amp., Madrid, Civitas, 1999.
- CIANCIARDO, JUAN, “Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica”, en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Santa Fe, AAFD, año I, n° 1, 2002.
- CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moder-*

- no juicio de proporcionalidad, Bs. As., Depalma, 2009.
- CIFRÉ, JUAN PABLO, “Despido discriminatorio”, en *LL*, 2007-F.
- CITTADINO, GISELE, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 4ª ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2012.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas)*, Rosario, Zeus, 2007.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., “Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales”, en *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 21-II, Alicante, 1998 (*Actas del XVIII Congreso Mundial de la I.V.R.*, Bs. As., 1997).
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, Rosario, UNR Editora, 2012.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en *ED*.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., “Panorama trialista de la Filosofía en la Postmodernidad (Desarrollo de la lógica y “desenbrujamiento” del lenguaje - Eclipse de la filosofía por la lógica y la teoría del lenguaje - Humanismo y antihumanismo - Esperanza del renacimiento de la filosofía)”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, n° 19, 1995.
- COHEN, J. L., “*Belief and Acceptance*”, en *Mind*, vol. XCVIII, n° 391, 1989.
- COLÓN-RÍOS, J. I., *Kelsen en New Zealand. Ecos de Kelsen: en el centenario de la publicación de los problemas Capitales del Derecho*, en G. A. Ramírez Cleves (ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 16, abril, 2002.
- COMANDUCCI, PAOLO, “Interpretazione della costituzione”, en *Assaggi di metaética due, Giappichelli*, Torino, 1998.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., “Interpretación de los contratos”, en *La Ley 1995-B*.
- COMTE-SPONVILLE, ANDRÉ, *Pequeño tratado de las grandes virtudes*, B. Corral, y M. Corral (trads.), Barcelona, Paidós, 2005.
- CONSEJO GENERAL del Poder Judicial, *Libro blanco de la Justicia*, Madrid, 1997.
- CONTESE, JORGE (ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012.
- COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1964.
- COSSIO, CARLOS, *Teoría de la verdad jurídica*, Bs. As., Losada, 1954.
- COUSO, JAIME, “Mapuches y derecho penal”, en *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*, Helena Olea (ed.), Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2013.
- CRUZ, LUIS M., “Neconstitucionalismo y positivismo jurídico”, en *Archiv fur rechts-und sozialphilosophie* 106, 2007.



- CRUZ, LUIS M., *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.
- CURTIS, CHRISTIAN (comp.), *Observar la ley*, Madrid, Trotta, 2006.
- D'ADAMO, ORLANDO; GARCÍA BEADOUX, VIRGINIA y FREIDENBERG, FLAVIA, *Medios de Comunicación y opinión pública*, Madrid, McGraw Hill, 2007.
- DABOVE, MARÍA Isolina, "El Derecho como complejidad de saberes diversos", en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Santa Fe, AAFD, Año III, n° 3, 2003.
- DAHL, ROBERT, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Connecticut, 1989.
- DAHL, ROBERT A., "Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais", en *Revista de Direito Administrativo*, n° 252, septiembre/diciembre de 2009.
- DASCAL, MARCELO, "Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos", en R. Marafioti (ed.), *Parlamentos: Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Bs. As., Biblos, 2007.
- DAVID, RENÉ, Jauffret Spinosi, Camilla, "*Les grands systèmes de droit contemporains*", 10ª ed., París, Dalloz, 1992.
- DE GIORGI, RAFFAELE, *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1998.
- DE GIORGI, RAFFAELE, *Scienza del diritto e legittimazione*, Lecce, Pensa Multimedia, 1998.
- DE LUCAS, JAVIER, "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos", en *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988.
- DE OTTO, IGNACIO, *El Poder Judicial en Europa. Ponencias de la Conferencia en Madrid de los Presidente y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1989.
- DE OTTO, IGNACIO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Uniandes, 1998.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA; GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2001.
- DE TRAZEGNIES Granda, Fernando, *Postmodernidad y Derecho*, Bogotá, Temis, 1993.
- DELANTY, GERARD, *Community*, 2ª ed., Abingdon, Routledge, 2010.
- DERRIDA, JACQUES, "Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad" en *Doxa*, n° 11, Alicante, 1992.
- DEVEAUX, MONIQUE, "A Deliberative Approach to conflicts of culture", en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Avigail Einsenberg y Jeff Spinner-Halev (eds.), Cambridge University Press, 2005.
- DEVEAUX, MONIQUE, *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Cornell University Press, 2000.
- DEVEAUX, MONIQUE, *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford University Press, 2006.

- DHAMOON, RITA, "The politics of Cultural Contestation", en *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (eds.), Abingdon, Routledge, 2007.
- DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, 5ª ed., Madrid, 1973.
- DÍAZ ÁLVAREZ, M. JESÚS, "La Virtud", en C., Gómez y J., Mugerza (eds.), *La aventura de la moralidad. (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Madrid, Alianza, 2007.
- DIETER, SIMÓN, *La independencia del Juez*, Carlos Ximénez-Carrillo (trad.), Barcelona, Ariel, 1985.
- DÍEZ PICAZO, LUIS, "La idea de los derechos Fundamentales en la Constitución española", en E. G. de Enterría y otros, *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Caracas, FMGP, 2000.
- DOCKER, JOHN, *Postmodernism and Popular Culture - A Cultural History*, Cambridge, University Press, 1994.
- DOMINGO, R., "La pirámide del derecho global", en *Persona y Derecho*, n° 60, 2009.
- DOUGLAS PRICE, JORGE E., *La decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.
- DOUZINAS, COSTAS, "Las paradojas de los derechos humanos", en *Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI, filosofía e historia del derecho*, t. VII, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/TEMIS, 2010.
- DUBIEL, HELMUT, *La Teoría Crítica Ayer y Hoy*, México, Plaza y Valdez, 2000.
- DURANTE, ALFREDO L. *Contravenciones y anomia: ¿Reforma Jurídica o Revolución Cultural?*, Bs. As., Dunken, 2013.
- DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962.
- DUZY, E. S., *Philosophy of Social Change According to the Principles of Saint Thomas*, en *The Catholic University of America Philosophical Studies*, XCI, Washington DC, Catholic University of America Press, 1944.
- DWORKIN, RONALD M., *A matter of principle*. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, RONALD M., "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en *Isonomía*, 32, México, 2010.
- DWORKIN, RONALD M., "Hard cases", en *Harvard Law Review*, n° 88 (6), 1975.
- DWORKIN, RONALD M., "Introduction: the moral reading and the majoritarian premise", en *Freedom's law. The moral reading of the american constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, RONALD M., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, RONALD M., *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, RONALD M., *Justice for hedgehogs*, Cambridge/ Massachusetts, Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, RONALD M., *Justice in robes*, Cambridge/ Massachusetts, Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, RONALD M., *Law's Empire*, Cambridge, Belknap, 1986.

- DWORKIN, RONALD M., *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- DWORKIN, RONALD M., *No right answer?*, en P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and society: essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- DWORKIN, RONALD M., "Objectivity and truth: you'd better believe it", en *Philosophy and Public Affairs*, 25 (2), 1996.
- DWORKIN, RONALD M., "Order of the coif", en *Arizona State Law Journal*, verano de 1997.
- DWORKIN, RONALD M., "Rights as trumps", en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- DWORKIN, RONALD M., *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, RONALD M., "The model of rules", en *University of Chicago Law Review*, n° 35 (1), 1967.
- DWORKIN, RONALD M., *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 2000.
- DWORKIN, RONALD M., *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press y London, Duckworth, 1977 [2ª ed. con "Appendix: reply to critics", 1978].
- ECHEVERRÍA, BOLÍVAR, *Discurso crítico y modernidad. Ensayos escogidos*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2011.
- ECHEVERRÍA, JULIO, *El desafío constitucional*, Quito, ILDIS-FES-Abya-Yala, 2006.
- EHRlich, E., *Grundlegung der Soziologies des Rechts*, München, Duncker & Humblot, 1913.
- EINSENBURG, AVIGAIL y SPINNER-HALEV, JEFF (eds.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, 2005.
- ENGELS, FRIEDRICH, "Introducción", en Marx, Karl, *La guerra civil en Francia*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2007.
- ERRÁZURIZ, C. J., *La Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, Pamplona, Eunsa, 1986.
- ESPÓSITO, ROBERTO, *La tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Bs. As., Amorrortu editores, 2009.
- ESSER, JOSEPH, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1956 [trad. española, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961].
- ESTÉVEZ, JOSÉ A., *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- ETCHEVERRY, JUAN B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2008.
- FARRELL., D. MARTÍN, "La ética de la función judicial", en Malem, J., Orozco, R., Vázquez, *La función judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en AAVV, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la

- Constitución y sus garantías”, en Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso y Manuel Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Derechos Fundamentales”, en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2010.
- FINNIS, JOHN, *Natural law and natural rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, JOHN, “Natural law – Positive law”, en *Simposio Internazionale Evangelium Vitae e Diritto*. Roma, PUSC, 1996.
- FINNIS, JOHN, “What is the Philosophy of Law?”, en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012.
- FLORES, IMER B., “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores constitucionales”, en Fernando Serrano Migallón (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Martínez Báez*, México, Porrúa - Facultad de Derecho (Universidad Nacional Autónoma de México), 2004.
- FLORES, IMER B., “Democracia y participación: consideraciones sobre la representación política”, en J. Jesús Orozco Henríquez (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral, t. I, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- FLORES, IMER B., “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XXXI, n° 92, 1998.
- FLORES, IMER B., “¿Ensueño, pesadilla o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”, en Enrique Cáceres et al (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- FLORES, IMER B., “¿Es el derecho un modelo aplicativo?”, en Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas Amandi (coords), *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa, 2010.
- FLORES, IMER B., “Proportionality in constitutional and human rights interpretation”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n° 7, 2013.
- FLORES, IMER B., “Una visita a Hans Kelsen en México”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n° 8, 2014.
- FLORES, IMER B., “Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XXXI, n° 93, 1998.
- FLORES, IMER B., “The legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): a legal theory and methodology for hedgehogs, Hercules, and one right answers”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 9, 2015, en prensa, [en línea] [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2538310](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538310)
- FLORES, IMER B., “The quest for legisprudence: constitutionalism v. legalism”, en Luc J. Wintgens (ed.), *The theory and practice of legislation: essays on legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005.

- FLORES, IMER B., H. L. A. *Hart's moderate indeterminacy thesis reconsidered*, en *Between Scylla and Charybdis, Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2011.
- FORTESCUE, JOHN, *On the laws and governance of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- FRANKLIN, RAMÍREZ Gallegos, “Despliegues de la autonomía estatal en el Ecuador de la Revolución Ciudadana”, en *Debates y combates*, n° 4, 2012.
- FRASER, NANCY, *Iustitia Interrupta*, Bogotá DC, Siglo del Hombre, 1997.
- FRASER, NANCY, “Rethinking Recognition”, en *New Left Review*, mayo-junio 2000, n° 3, 2000.
- FRAZER, ELIZABETH y LACEY, NICOLA, *The Politics of Community. A Feminist Critique of the Liberal-Communitarian Debate*, University of Toronto Press, 1993.
- FRIEDMAN, MARILYN, *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford University Press, 2003.
- FUERTES, M., “Adolf Julius Merkl, un jurista tan citado como desconocido”, en *Revista de Administración Pública*, n° 146, 1998.
- FULLER, L. L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.
- FULLER, L. L., “Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart”, en *Harvard Law Review*, n° 71 (4), 1958.
- GABALDÓN LÓPEZ, JOSÉ, “Reflexiones sobre la ética judicial”, en AAVV, *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología II*, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003.
- GARCÍA AMADO, J. A., “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Positivismo y Jurisprudencia principal”, en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Cívitas, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y MENÉNDEZ, MENÉNDEZ, AURELIO, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Madrid, Cívitas, 1997.
- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARCÍA LÓPEZ, J., *Lecciones de metafísica tomista*, Pamplona, Eunsa, 1995.
- GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza, 1986.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (comp.), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Uniandes, 1993.
- GARGARELLA, ROBERT, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, en M. Alegre, y R. Gargarella, (coord.), *El Derecho a la Igualdad*, Bs. As., LexisNexis, 2007.
- GARGARELLA, ROBERTO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El País*, 2014 [en línea] [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088\\_091940.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html)
- GARGARELLA, ROBERTO, “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas”, en Liborio Hierro (coord.), *Autonomía indi-*

- vidual frente a la autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Barcelona, Bs. As., San Pablo, Marcial Pons, 2014.
- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Bs. As., Ariel, 1996.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución” en R. Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008.
- GARRIGA, CARLOS; LORENTE, MARTA, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 1, 1997.
- GARRIDO MATURANO, ÁNGEL, *Los tiempos del tiempo. El sentido filosófico, cosmológico y religioso del tiempo*, Bs. As., Biblos, 2010.
- GASCÓN, MARINA, “Justicia constitucional, la invasión del ámbito político”, en E. Ferrer M. y A. Zaldívar (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a H. Fix Zamudio*, t. 1, *Teoría general del derecho procesal constitucional*, México DF, UNAM/Marcial Pons, 2008.
- GEACH, PETER, *Las Virtudes*, J. V. Arregui y C. Rodríguez Lluésma (trads.), Pamplona, Eunsa, 1993.
- GESSO, ANA M.; CORREAS, OSCAR, “Presentación”, en *Sobre el derecho como discurso. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, n° 14, México DF, UNAM, 1990.
- GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U., *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Bogotá DC, Anthropos, 1996.
- GOIG MARTÍNEZ, JOSÉ M., “El Poder Judicial I”, en *Poder y organización territorial en España*, Madrid, Universitas, 2014.
- GOIG MARTÍNEZ, JUAN M., “El poder judicial” (Lecc. XI), en Sánchez, Santiago; Mellado, Pilar y Goig, *La democracia constitucional Española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1997.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987.
- GÓMEZ F., TAEI y MENARES, NÉSTOR, “Los aportes de paradigmas complejos y constructivistas para la enseñanza de la ciencia jurídica” en *Ius et Praxis*, vol. 20, n° 1, 2014.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, CARLOS, “La ética judicial en el Estado constitucional de derecho”, en *El buen jurista*, México, Tirant lo blanch, 2013.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, México, F.C.E., 1996.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. X., *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.
- GREEN, DAVID, *We're (Nearly) All Victims Now! How political correctness is undermining our liberal culture*, Civitas, Londres, 2006.
- GREEN, LESLIE, “Internal Minorities and their Rights”, en *Group Rights*, Judith Baker (ed.), University of Toronto Press, 1994.
- GREEN, MICHAEL S., “Dworkin's fallacy or what the philosophy of language can't teach us about the law”, en *Virginia Law Review*, vol. 89.

- GREEN, M. S., “*Kelsen, Quietism, and the Rule of Recognition*”, en *The Rule of Recognition and the United States Constitution*, M. D. Adler, K. E. (Himma eds.), Oxford: (s.e.), 2008.
- GREENAWALT, KENT, “*Speech and Crime*”, en *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 5, n° 4, 1980.
- GREENE, JAMAL; PERSILY, NATHANIEL y ANSOLABEHERE, STEPHEN, “*Profiling Originalism*”, en *Columbia Law Review*, New York, vol 111, issue 2, marzo 2011.
- GRISEZ, GERMAIN; BOYLE, JOSEPH y FINNIS, JOHN, “*Practical principles, moral truth and ultimate ends*”, en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 32, 1987.
- GRISEZ, GERMAIN, “*The first principles of practical reasons: a commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2*”, en *Natural Law Forum*, vol. 4.Grussmann, W. D., *Adolf Julius Merkl. Leben und Werk*, Vienna, Manz, 1989.
- GUARDINI, R., *Ética*, D. Romero y C. Díaz (trads.) B.A.C., Madrid, 1999.
- GUASTINI, RICCARDO, “*Manifiesto di una filosofía analítica del diritto*”, en *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*, 1/2012.
- GUASTINI, RICCARDO, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giapichelli, 1990.
- GUEST, STEPHEN, *Ronald Dworkin*, Stanford, Stanford University Press, 1992.
- GUIBOURG, RICARDO A., *La construcción del pensamiento*, Bs. As., Colihue, 2004.
- GUSTIN, MIRACY B. S., *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito*, 2° ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2009.
- GUTIÉRREZ, FRANCISCO, “*¿Ciudadanos en armas?*”, en *Las violencias: inclusión creciente*, Bogotá, Centro de Estudios Sociales, 1998.
- HÄBERLE, PETER, “*Cultura jurídica y desarrollo*”, en *Diálogo Científico*, vol. 15, n° 1/2, 2006.
- HÄBERLE, PETER, “*La sociedad abierta de los interpretes constitucionales*”, en *Constitución como Cultura*, Bogotá DC, Universidad Externado, 2002.
- HABERMAS, JÜRGEN, “*Conciencia histórica e identidad postradicional*” e “*Identidad nacional e identidad postnacional*”, en *Identidades Nacionales y Postnacionales*, Madrid, Técnos, 1989.
- HABERMAS JÜRGEN y RAWLS, J., *Debate sobre el Liberalismo Político*, Barcelona, Paidós, 1998.
- HABERMAS, JÜRGEN, “*El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez*”, en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1988.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992 [*Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998].
- HABERMAS, JÜRGEN, “*¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático de derecho?*”, en Habermas J. y Ratzinger, J., *Entre razón y religión*, México, FCE, 2008.
- HABERMAS, JÜRGEN, *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Más Allá del Estado Nacional*, Madrid, Trotta, 1998.

- HABERMAS, JÜRGEN, “Patriotismo de la constitución en general y en particular”, en *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*, Madrid, Técnos, 1996.
- HABERMAS, JÜRGEN, “*The Public Sphere: An Encyclopedia Article*”, en *Media and Cultural Studies: Key Words 102* (Durham y Fraser, eds.), Wiley-Blackwell, 2001.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Tres modelos normativos de democracia”, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HÄGERSTRÖM, A., *Filosofiskt lexikon*, A. Ahlberg (ed.), Estocolmo, Natur och Kultur, 1951.
- HALDEMANN, F., “*Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*”, en *Ratio Jurisprudence*, vol. 18, n° 2, 2005.
- HALL, R., “*Assuming: One Set of Positing Words*”, en *Philosophical Review*, n° 67, 1958.
- HANSSON, B., “*An Analysis of Some Deontic Logics*”, Noûs 3, recogido en R. Hilpinen, *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Reidel, Dordrecht, 1971.
- HARGREAVES, S., “*Of Rights & Review: The American, Kelsen, & New Commonwealth Models*”, en 1 *Can. Student Law Review*, 2006.
- HART, ELY, *John Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 1980.
- HART, H. & HONORÉ, T., *Causation in the Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1959.
- HART, H. L., “*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- HART, H. L., “*Kelsen Visited*”, en *UCLA Legal Review*, n° 10, 1962-1963.
- HART, H. L., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961. .
- HART, H. L., *Positivism and the separation of law and morals*, en *Harvard Law Review*, n° 71 (4), 1958.
- HARVEY, DAVID, *La Condición de la Modernidad*, Bs. As., Amorrortu, 1998.
- HAY, CAROL, *Kantianism, Liberalism and Feminism. Resisting Oppression*, Palgrave Macmillan, 2013.
- HELLER, AGNES; FEHER, FERENC, *Políticas de la postmodernidad*, 2ª ed., Monserrat Gurgui (trad.), Barcelona, Península, 1994.
- HERNÁNDEZ MARTÍ, VALERIANO, *Independencia del Juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas, 1991.
- HERVADA XIBERTA, J., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- HERVADA, JAVIER, y ZUMAQUERO, JOSÉ, MANUEL, *Textos internacionales de derechos humanos*, I, 1776-1976, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1992.
- HERZ, MICHAEL y MOLNAR PETER, (eds.) *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012.
- HIGUERA CORONA, JORGE, “El hostigamiento o acoso sexual desde la óptica de sus variados aspectos ético-culturales”, en *Serie Ética Judicial*, 27, México, SCJN, 2013.
- HIMMA, KENNETH J., “*Making sense of constitutional disagreement: legal positivism, the*



- bill of rights, and the conventional rule of recognition in the United States”, en *Journal of Law in Society*, 4, 2003.
- HOBBS, THOMAS, *Leviathan. Or the matter, forme & power of a common-wealth ecclesiastical and civill*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- HOLMES, OLIVER. W., *La senda del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1897.
- HUME, DAVID, *Tratado da natureza humana*, São Paulo, UNESP, 2001.
- HUSCROFT, GRANT y MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, Cambridge University, 2011.
- IHERING, R. v., “Das Schuldmoment im romischen Privatrecht”, en *Festschrift für Etnil Roth*, Giefien, 1867.
- IHERING, R. v., *La lucha por el derecho*, Bs. As., Valletta Ediciones, 2004 [1872].
- IRTI, NATALINO, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.
- JACKSON PREECE, JENNIFER, *Minority Rights*, Cambridge, Polity Press, 2005.
- JACOBS, JAMES B. y POTTER, KIMBERLY A., “Hate Crimes: A Critical Perspective”, en *Crime and Justice*, vol. 22, 1997.
- JACOBY, RUSSELL, *The End of Utopia. Politics and Culture in an Age of Apathy*, Basic Books, Nueva York, 1999.
- JAKAB, A., “Problems of the Stufenbaulehre: Kelsen’s Failure to Derive the Validity of a Norm from Another Norm”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 20, n° 1, 2007.
- KEATING, MICHAEL, *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford University Press, 2001.
- KECK, THOMAS M., “Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights”, en *Law & Society Review*, vol. 43, n. 1, 2009.
- KEISER, KEVIN, “The moral act in Saint Thomas: a fresh look”, en *The Thomist*, vol. 74, 2010.
- KELSEN, HANS, “Adolf Merkl Zu Seinem Siebzigsten Geburtstag, am 23 März 1960”, en *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1959/60.
- KELSEN, HANS, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz, 1979.
- KELSEN, HANS, *Compendio de Teoría del estado*, México DF, Colofón, 2007.
- KELSEN, HANS, *Das problem der Souveränität*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1920.
- KELSEN, HANS, *Hauptprobleme*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1923.
- KELSEN, HANS, *Introduction to the problems of legal theory*, Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson (trads.), Oxford, Oxford University Press, 2002 [1934]. Versión en español: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Jorge G. Tejerina (trad.), Bs. As., Losada, 1941.
- KELSEN, HANS, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional*, Rolando Tamayo y Salmorán (trad.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- KELSEN, HANS, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

- KELSEN, HANS, *La teoría pura del derecho*, Vernengo, R. J. (trad.), México, UNAM, 1979 [1960].
- KELSEN, HANS, *¿Qué es Justicia?*, Alberto Calsamiglia (trad.), Madrid, Planeta-Agostini, 1993.
- KELSEN, HANS, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 32, 1914.
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México DF, UNAM, 1979 [1944].
- KELSEN, HANS, “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 31, 1913.
- KENNEDY, DUNCAN, “A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation”, en *Legal reasoning: collected essays*, versión revisada, Aurora, Colorado, The Davies Group, 2008.
- KENNEDY, DUNCAN, “Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology”, en *Journal of legal education*, n° 36, 1986 [versión en español: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo (trads.), Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999].
- KERIMOV, DZHANGIR, “La política y el derecho”, Moscú, Editorial Progreso, 1992, p. 62, [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1014/15.pdf>
- KLETZER, C., “The Role and Reception of the Work of Hans Kelsen in the United Kingdom (March 25, 2010)”, en *The Role and Reception of Hans Kelsen*, Vienna, Manz, 2010.
- KRESS, KEN, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, UK, Blackwell Publishers, 1996.
- KRIPKE, SAUL, “Naming and necessity”, en Donald Davidson y Gilbert Harman (eds.), *Semantics of natural language*, Dordrecht - Boston, Reidel, 1972.
- KUCSKO-STADLMAYER, G., “La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 244, 2005.
- KUKATHAS, CHANDRAN, *The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, 2003.
- KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Auleda Castells (trad.), Paidós, Barcelona, 1996.
- KYMLICKA, WILL, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2ª ed., Oxford University Press, 2002.
- KYMLICKA, WILL, “Exit, freedom and gender”, en *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, Dagmar Borchers y Annamari Vitikainen (eds.), Berlín, Walter de Gruyter, 2012.
- KYMLICKA, WILL, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguilbar (trads.), Paidós, Barcelona, 2003.
- KYMLICKA, WILL, *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, 2007.
- LACAN, JACQUES, “De lo inconsciente a lo real”, *Seminario XXII. El sinthome*, Bs. As., Paidós, 2006:
- LACLAU, ERNESTO, “Discurso”, en R. Goodin y P. Pettit (eds.) *The Blackwell Companion to Contemporary Political Thought*, Blackwell publishing, USA/UK/Australia, 1993.

- LAFERRIÈRE, LOUIS; ÉDOUARD, JULIEN, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, 2ª ed., vol. II, París, Berger-Levrault, 1986.
- LAMB, J., “Knowledge and Justified Pre-*sumption*”, en *The Journal of Philosophy*, vol. LXIX, n° 5, marzo 1972.
- LANGFORD, P. & BRYAN, I., “Hans Kelsen’s *Theory of Legal Monism: A Critical Engagement with the Emerging Legal Order of the 1920’s*”, en *Journal of the History of International Law*, vol. 14, n° 1, 2012.
- LARMORE, CHARLES, *Patterns of moral complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- LAZZARATO, MAURIZIO, *Políticas del acontecimiento*, Pablo E. Rodríguez (trad.), Bs. As., Tinta Limón, 2006.
- LECLERCQ, J., *Le fondement du droit et de la société*, 4ª ed., Namur, Wesmael-Charlier, 1957.
- LEGAZ LACAMBRA, L., *El Estado de derecho en la actualidad*, Madrid, Editorial Reus, 1953.
- LEITER, BRIAN, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 2007.
- LEMAITRE, JULIETA, “Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia”, en C. Escobar (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y DDHH, 2010.
- LENIN, VLADIMIR I., *El Estado y la revolución*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2009.
- LEVINAS, EMMANUEL, *De otro modo que ser o más allá de la esencia*, Salamanca, Sígueme, 1987.
- LEVI-STRAUSS, CLAUDE, *Las estructuras elementales del parentesco*, Bs. As., Paidós, 1983.
- LARMORE, CHARLES, *Patterns of moral complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- LECHNER, NORBERT, *La crisis del Estado en América Latina*, Caracas, El Cid, 1977.
- LEMAITRE, JULIETA, *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo Del Hombre/Uniaendes, 2009.
- LENIN, VLADIMIR I., *El Estado y la revolución*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2009.
- LINZ, JUAN J.; STEPAN, ALFRED C., *Problems of democratic transition and consolidation: southern Europe, South America, and post-communist Europe*, Baltimore, J. Hopkins University Press, 1996.
- LIPOVETSKY, GILLES, *La era del vacío*, 8ª ed., Joan Vinyoli y Michèle Pendanx (trads.), Barcelona, Anagrama, 1995.
- LOCKE, JOHN, *Two treatises of government: in the former, the false principles and foundation of sir Robert Filmer, and his followers are detected and overthrown. The latter is an essay concerning the true original, extent, and end of civil-government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 [1968].
- LOMNITZ, LARISA A., *Redes sociales, cultura e poder*, Río de Janeiro, E-papers, 2009.
- LÓPEZ AGUILAR, JUAN F., *La justicia y sus problemas en la Constitución. Justicia, jueces y fiscales en el estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1996.
- LÓPEZ CALERA, NICOLÁS; SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO e IBÁÑEZ, PERFECTO, *Sobre el uso alter-*

- nativo del derecho*, Valencia, Editorial Fernando Torres, 1978.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2006.
- LOSANO, MARIO G., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, Alfonso Ruiz Miguel (trad.), Madrid, Debate, 1982;
- LUHMANN, NIKLAS, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995.
- LUHMAN, NIKLAS, “Die Rückgabe des zwölften Kamels”, en Gunther Teubner (org.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000.
- LUHMANN, NIKLAS, “Tautology and Paradox in Self Descriptions of Modern Society”, en *Essays on self reference*, Nueva York, Columbia University Press, 1990.
- LUHMANN, NIKLAS, “The third question: the creative use of paradoxes in Law and legal history”, en *Journal of Law and Society*, vol. 15, n° 2, 1988.
- LLEWELYN, J. E., “Presuppositions, assumptions and presumptions”, en *Theoria*, vol. XXVIII, n° 2, 1962.
- LYOTARD, JEAN-FRANÇOIS, “La condición post-moderna - Informe sobre el saber”, Mariano Antolín Rato (trad.), Madrid, Minuit, 1987.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- MACCORMICK, NEIL, “Coherence in Legal Justification”, en A. Peczenik (ed.), *Theory of Legal Science*, Reidel Publishing. Dordrecht, 1984.
- MACH, ERNST, *Conocimiento y error*, Bs. As., Espasa Calpe Argentina, 1948.
- MACINTYRE, ALASDAIR, *Tras la virtud*, A. Valcárcel (trad.), Barcelona, Crítica, 2004.
- MALEM SEÑA, F., Jorge, “Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Doxa*, 24, Alicante, 1989.
- MANN, MICHEL, “La crisis del Estado-nación en América Latina”, en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 44, n° 174, 2004.
- MARCO, NAVAS, *Lo público insurgente*, Quito, Ciespal-Universidad Andina Simón Bolívar.
- MARCUSE, HERBERT, *El hombre unidimensional*, Antonio Elorza (trad.), Barcelona, Seix Barral, 1968.
- MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 2005.
- MARGOLIS, ERIC y LAURENCIA, STEPHEN, “Concepts and cognitive sciences”, en Eric Margolis y Stephen Laurence (eds.), *Concepts: core readings*, Londres, Mit Press, 1999.
- MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO, “Derechos sociales y crisis del Estado del Bienestar”, en N. Martínez Morán, A. M. Marcos Del Cano y R. Junquera de Estéfani (coords.), *Derechos Humanos: Problemas actuales*, vol. II, Madrid, Universitas, 2013.
- MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO, *Persona y Derecho (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos)*, Universidad de Navarra, 1999.
- MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, “Prefacio a la edición alemana de 1872”, en *Manifiesto Comunista*, Madrid, Debate, 1998.
- MARX, KARL, *La guerra civil en Francia*, Madrid, Fundación Federico Engels, 2007.

- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México, Porrúa-UP, 2008.
- MASSINI CORREAS, Carlos, Ignacio, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1980.
- MENDONCA, DANIEL, *Democracia vulnerable. Un estudio sobre el sistema político paraguayo*, Asunción, Intercontinental, 2010.
- MERTON, ROBERT K., *Teoría y estructura sociales*, México DF, FCE, 1992.
- MICHELMAN F. I., *Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument*, Florida Law Review 41, 1998.
- MILIBAND, RALPH, *Marxismo y política*, Madrid, Siglo XXI, 1978.
- MILNER, JEAN C., *Las inclinaciones criminales de la Europa democrática*, Bs. As., Manatíal, 2007.
- MODOOD, TARIQ, *Multiculturalism. A Civic Idea*, Cambridge, Polity Press, 2007.
- MODUGNO, FRANCO, "Corte costituzionale e potere legislativo", en *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Bs. As., Zavalía, 1994.
- MOLLER OKIN, SUSAN, *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Joshua Cohen, Matthew Howard y Martha C. Nussbaum (eds.), Princeton University Press, 1999.
- MOLLER OKIN, Susan "Mistresses of Their Own Destiny: Group rights, Gender, and Realistic Rights of Exit", en *Ethics*, 112 (2), 2002.
- MOLLER OKIN, Susan "Multiculturalism and feminism: no simple question, no simple answers", en *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Avigail Eisenberg y Jeff Spinner-Halev (eds.), Cambridge University Press, 2005.
- MONTAÑA, JUAN, "Prólogo", en Luis F. Ávila L. (ed.) *Política, justicia y Constitución*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, 2011.
- MONTEJANO, BERNARDINO, "Filosofía de la función judicial", en AAVV, *La Función judicial*, Bs. As., Depalma, 1981.
- MONTESQUIEU, CHARLES, *El espíritu de las leyes*, Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trads.), Barcelona, Altaya, 1993 [*De l'Esprit des Lois*, 1750].
- MOORE, MICHAEL S., "Can objectivity be grounded on semantics?", en Enrique Villanueva (ed.), *Law: metaphysics, meaning, and objectivity*, Amsterdam, Rodopi Philosophical Studies, 2007.
- MOORE, MICHAEL S., "Constitutional interpretation and aspirations to a good society. Justifying the natural law theory of constitutional interpretation", en *Fordham Law Review*, vol. 69, 2001.
- MOORE, MICHAEL, "Justifying the natural law theory of interpretation", en *Fordham Law Review*, 2001.
- MORENO R. A., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro", en Juan Manuel Ulla (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- MORESO, JOSÉ J., *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- MORESO, JOSÉ J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*,

- Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- MORIN, EDGAR, “Introducción al pensamiento complejo”, Marcelo Pakman (trad.), 7ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2004.
- MOUCHET, C. & ZORRAQUÍN, R., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, “La independencia judicial y el problema de la relación de la justicia con los demás poderes del estado”, en AAVV, *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, Madrid, 1982.
- MUÑOZ-ALONSO, ALEJANDRO, *Política y nueva comunicación: el impacto de los medios de comunicación de masas en la vida política*, Madrid, Fundesco, 1989.
- MUÑOZ, J. PABLO, “Movimientos sociales y procesos constituyentes. El caso de Ecuador 2008”, París, IRG, 2008, [en línea] <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-451.html>, consultado el 02/05/2014.
- NANCY, JEAN LUC, “Democracia finita e infinita” en *Democracia ¿en qué estado?*, Bs. As., Prometeo Libros, 2010.
- NASH, CLAUDIO, LAGOS TSCHORNE, CATALINA, NUÑEZ DONALD, CONSTANZA *et. al.*, *Violencia contra mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2013.
- NAVAS ALVEAR, MARCO, “Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del Estado social”, en G. Pompeu, *Direito Constitucional nas Relações Econômicas*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2014.
- NAVAS ALVEAR, MARCO, “La demanda de buen gobierno en Ecuador. Marco jurídico institucional de la participación y retos de la sociedad civil”, en P. Bandeira (coord.), *La demanda de buen gobierno en América Latina*, Madrid, Democracia, Ciudadanía y Desarrollo,
- NAVAS ALVEAR, MARCO, “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”, en *Jurídicas*, n° 2, vol. 10, Manizales, Universidad de Caldas, 2013.
- NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, JULIANA, “*Raffaele De Giorgi e os Paradoxos do Direito*”, en Luciano Nascimento Silva; Caterina del Bene (org.), *Justiça e Direitos Humanos*, 1ª ed., Curitiba, Juruá, 2014.
- NEVES, MARCELO, *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais*, San Pablo, WMF Martins Fontes, 2013.
- NIETO, ALEJANDRO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997.
- NIETO, ALEJANDRO, *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1997.
- NIETO, MIGUEL Á., *Cazadores de noticias. Así se descubrieron los grandes escándalos de la democracia*, Madrid, Edit. Temas de Hoy, 1997.
- NINO, CARLOS S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Bs. As., Siglo XXI, 2014.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2002.
- NINO, CARLOS S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NINO, CARLOS, *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea, 2012.
- NINO, CARLOS S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en AAVV, *Fundamentos y Alcances del Control Judicial*

de *Constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

NINO, CARLOS S., *Un país al margen de la ley*, Bs. As., Emecé, 1992.

NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, "Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social", en R. Ávila Santamaría y otros, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 'en perspectiva'*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

NÚÑEZ RIVERO, CAYETANO, "La división de poderes en el origen del constitucionalismo hispanoamericano", en *Revista de Derecho UNED*, n° 11, Madrid, 2012.

O'DONNELL, GUILLERMO, "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencia a países poscomunistas", en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 33, n° 130, 1993.

O'DONNELL, GUILLERMO, "Acerca del Estado en América Latina contemporánea. Diez tesis para discusión", en *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones para el debate*, Panamá, PNUD, 2004.

O'DONNELL, GUILLERMO, "¿Democracia delegativa?", en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Bs. As., Paidós, 1997.

O'DONNELL, GUILLERMO, "Fetichismo legal, derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA*, Puerto Rico, 2007.

O'DONNELL, GUILLERMO, *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America. Estudio!*

*Working Paper 1998/125*, Madrid, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales de la Fundación Juan March, 1998.

OLLERO, ANDRÉS, "¿Son jurídicos los derechos humanos?", en *Scio* 4, 2009.

OLLERO ANDRÉS, "Democracia y relativismo en una sociedad multicultural", en César Izquierdo y Carlos Soler (eds.), *Cristianos y democracia*, Pamplona, Eunsa, 2005.

O'NEILL, BEN, "A Critique of Politically Correct Language", en *The Independent Review*, vol. 16, n° 2, 2011.

OLIVECRONA, K., *Law as Fact*, London, Oxford University Press, 1939.

ORTEGA GARCÍA, RAMÓN, "El enfoque restrictivo de los derechos humanos: comentarios a la Contradicción de Tesis 293/2011", en *Ex Legibus*, n° 1, octubre de 2014.

ORTEGA GARCÍA, RAMÓN, "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México (a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011)", en *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 19, octubre de 2014, [en línea] [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=3](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3)

ORTELLS RAMOS, MANUEL, "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, n° 4, octubre-diciembre de 1977.

OSPINA PERALTA, PABLO, "Corporativismo, Estado y Revolución Ciudadana", Instituto de Estudios Ecuatorianos, Quito, 2010, [en línea] [www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativismop.pdf](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativismop.pdf), consultado el 17/09/2013.

OST, FRANÇOIS y VAN DER KERCHOVE, MICHAEL, "Constructing the complexity of the law:

- towards a dialectic theory”, en L. Wittgen (ed.) *The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht, Kluwer, 1999.
- OST, FRANÇOIS y VAN DER KERCHOVE, MICHAEL, *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- OST, FRANÇOIS, *El tiempo del Derecho*, México, Siglo XXI, 2005.
- OST, FRANÇOIS, ”Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en *Doxa*, n° 14, 1993.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LAGO, ANTONIO, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992.
- PALMA, ROSARIO y SANDRINI, RENATA, “Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n° 10, 2014, [en línea] <http://www.anuarioodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/31704/33504>
- PALOMBELLA, GIANLUIGI, ”La conoscenza nell’interpretazione (un modelo per la giurisdizione)”, en J. Calvo González, *Verdad [narración] justicia*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998.
- PAREKH, BHIKHU, “A Varied Moral World”, en: *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, Joshua Cohen, Matthew Howard, y Martha C. Nussbaum (eds.), Princeton University Press, 2005.
- PAREKH, BHIKHU, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, 2ª ed., Palgrave, Macmillan, 2006.
- PAREKH, BHIKHU, “Barry and the dangers of liberalism”, en *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Paul Kelly (ed.), Cambridge, Polity Press, 2002.
- PARMÉNIDES DE ELEA, *Sobre la naturaleza*, Solana Dueso (trad.) De Logos a Physis. *Estudio sobre el Poema de Parménides*, Zaragoza, Mira Ed, 2006.
- PATTARO, E., “Hans Kelsen’s Normativist Reductionism”, en *Ratio Juris*, vol. 21, n° 2, 2008.
- PAUL, ÁLVARO, “La penalización de la incitación al odio en la jurisprudencia comparada”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 n° 3, 2011.
- PAULSON, STANLEY L., “How Merkl’s Stufenbaulehre Informs Kelsen’s Concept of Law”, en *Revis - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 21. (10-XII-2013).
- PAULSON, STANLEY L., “On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen’s Basic Norm”, en *Ratio Juris*, 13, 3, 2000.
- PAULSON, STANLEY L., ”Some issues in the exchange between Kelsen and Kaufmann”, en *Scandinavian studies in law* 48, 2005.
- PÉREZ CALVO, ALBERTO, “Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012.
- PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, “Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 13, 2004.
- PÉREZ DE LA FUENTE, OSCAR, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid, Dykinson, 2005.



- PÉREZ LUÑO, ANTONIO. E., *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2010.
- PÉREZ, LUÑO, ANTONIO E., “¿Qué significa juzgar?” en *Doxa*, 32, Alicante, 2009.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- PÉREZ RENS, PABLO, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- PERRY, MICHAEL J., *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1998.
- PESSIN, ANDREW y GOLDBERG, SANFORD, “Preface” en Andrew Pessin y Sanford Goldberg, Sanford (eds.), *The twin earth chronicles. Twenty years on reflection on Hilary Putnam’s “The meaning of meaning”*, Nueva York, M. E. Sharpe, 1996.
- PHILLIPS, ANNE “What is ‘culture’?” en *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (eds.), Routledge, 2007.
- PHILLIPS, ANNE, *Multiculturalism without Culture*, Princeton University Press, 2007.
- PHILLIPS, SCOTT y GRATTET, RYKEN, “Judicial Rhetoric, Meaning-Making, and the Institutionalization of Hate Crime Law”, en *Law & Society Review*, vol. 34, n. 3, 2000.
- PLATAS, PACHECO, M. DEL CARMEN, *Filosofía del derecho. Prudencia arte del juzgador*, México, Porrúa, 2009.
- POLO, L., *Introducción a la filosofía*, Pamplona, Eunsa, 1995.
- POPPER, KARL, “La ciencia: conjeturas y refutaciones”, en *El desarrollo del conocimiento científico*, Bs. As., Paidós, 1967.
- POPPER, KARL, “Realism and the Aim of Science”, en *Postscript to The Logic Scientific Discovery*, UK, Routledge, 1982.
- POPPER, KARL, *The Logic of Scientific Discovery*, UK, Routledge, 1959.
- POULANTZAS, NICOS, *Estado, poder y socialismo*, Madrid, Siglo XXI, 1980.
- POUND, ROSCOE, “An engineering interpretation”, en *Interpretations of legal history*, Cambridge, Harvard University Press, 1923.
- POUND, ROSCOE, “Mechanical jurisprudence”, en *Columbia Law Review*, vol. 8, n° 8, 1910.
- POUND, ROSCOE, *The spirit of the common law*, Boston, Beacon Press, 1921.
- PRIETO, LUIS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n° 23, 2000.
- PRIETO NAVARRO, EVARISTO, “El ethos del procedimentalismo democrático”, en Habermas, Jürgen, *Acción comunicativa e identidad política*, Madrid, CEC, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- PUTNAM, HILARY y WALSH, VIVIAN, “Facts, theories, values and destitution in the works of Sir Parka Dasgupta”, en *Review of Political Economy*, vol. 19, 2007.
- PUTNAM, HILARY, “Meaning and reference”, en *The Journal of Philosophy* 70 (19), 1974.
- PUTNAM, HILARY, *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays, including the Rosenthal Lectures*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2002.
- PUTNAM, HILARY, “The meaning of meaning”, en K. Gunderson (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge University Press, 1975.

- PUTNAM, ROBERT D., *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, 3ª ed., Río de Janeiro, FGV, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “La independencia judicial”, en *Cuadernos Jurídicos*, n° 26; enero 1995.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, “Algunas ampliaciones y precisiones críticas a la inaceptabilidad teórica del positivismo jurídico según Atienza”, en *Ideas y Derecho-Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Bs. As., AAFD, n° 7, 2010,
- RACHELS, JAMES, *Introducción a la filosofía moral*, G. Ortiz Millán (trad.), México, F.C.E., 2007.
- RADBRUCH, GUSTAV, “Introducción a la ciencia del Derecho”, L. Recasens Siches (trad.), con prólogo de F. de los Ríos, Madrid, en *Revista de Derecho Privado*, 1939.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Heidelberg, Müller, 1946.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, Wenceslao Roces (trad.), México DF, Fondo de Cultura Económica, 1951 [1948].
- RAMIRES, MAURÍCIO, *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- RAMÍREZ GALLEGOS, RENÉ, *Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano*, Quito, SENESCYT, 2012.
- RAMÍREZ, S., *De ordine placita quaedam thomistica*, Salamanca, San Esteban, 1963.
- RAPPAPORT, MICHAEL B., *Originalism and the Colorblind Constitution*, University of San Diego School of Law, 03/04/2013, [en línea] [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2244610#%23](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244610#%23), consultado en diciembre 2013.
- RAWLS, JOHN, “Justice as fairness: political not metaphysical”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, 1985.
- RAWLS, JOHN, “Kantian constructivism in moral theory”, en *Journal of Philosophy*, vol. 77, 1980.
- RAWLS, JOHN, *Political liberalism*, ed. amp., Columbia University Press, XLV y XLVI, 2005.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, México DF, FCE, 1978.
- RAWLS, JOHN, “The idea of an overlapping consensus”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, 1987.
- RAWLS, JOHN, “The priority of right and ideas of the good”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, 1987.
- RAZ, JOSEPH, *Between authority and interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- RAZ, JOSEPH, “Las funciones del derecho”, en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México DF, UNAM, 1985.
- RAZ, JOSEPH, “Two views of the nature of theory of law”, en *Legal Theory*, 4, 1998.
- REALE, MIGUEL, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1979.
- RECASENS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México DF, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1971.

- RECASENS SICHES, L., *Tércio Sampaio, Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*, 4a. ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- REDONDO, M. C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- RETORTILLO, MARTIN; BAQUER, SEBASTIÁN, *La desviación de poder en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1957.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, JUAN C. “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, en *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, n° 2, 2013.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, JUAN C., “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 15, 2012.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C., “Noción de derecho en la metafísica tomista”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 26, 2012.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, JUAN C., “Ser y tiempo jurídicos”, en *FIDES Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade*, 5, n° 2, 2014.
- RIPPERGER, CHARD, “*The species and unity of the moral act*”, en *The Thomist: a speclulative qaterly review*, vol. 59 (1), 1995.
- ROBLES, G., “Adolf Merkl”, en R. Domingo (ed.), *Juristas universales*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- RÓDENAS, ÁNGELES, *Los intersticios del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, “Estudio Preliminar”, en *El Debate Hart-Dworkin*, Bogotá DC, Siglo del Hombre-Universidad de Los Andes, 1997.
- RORTY, RICHARD, *Verdad y progreso. Escritos filosóficos 3*, Madrid, Paidós, 2000.
- ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., Eudeba, 1963.
- RUGGERI, ANTONIO y SPADARO, ANTONINO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE, “El Poder Judicial y la Constitución del Estado”, en *El Poder Judicial en Europa. Ponencias de la Conferencia en Madrid de los Presidente y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas*, 1989.
- RUIZ, ALICIA E. C., “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en Enrique Marí *et. al.*, *Materiales para una teoría crítica de derecho*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1991.
- RUIZ, ALICIA E. C., “Derecho, democracia y teorías críticas de fin de siglo”, en *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 2001.
- RUIZ, ALICIA E., “La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas”, en *Crítica jurídica*, n° 4.
- RUIZ, ALICIA E. C., “La Constitución y los jueces”, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Del Puerto, 2001.
- SACCO, RODOLFO; GAMBARO, ANTONIO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 1999.
- SALDAÑA, J., *Ética Judicial. Virtudes del juzgador*, México, SCJN-UNAM, 2007.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, CRISTINA, “Feminismo y ciudadanía”, en *Estado, justicia, derechos, Elías Díaz y José Luis Colomer* (eds.), Madrid, Alianza, 2002.

- SANDEL, MICHAEL, "Political liberalism", en *Harvard Law Review*, vol. 107, 1994.
- SANDOVAL, MARCELA y UNDURRAGA, VERÓNICA, "Mujeres y ciudadanía: revisiones conceptuales y estrategias políticas. ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?", en *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II. Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2012.
- SARAYED-DIN, LUIZA FARNESE LANA, *A ponte do Rio*, Río de Janeiro, E-papers, 2009.
- SARLO, OSCAR, "La legislación como fenómeno institucional discursivo", en Gerardo Caetano y Oscar Sarlo (coords.), *Técnica legislativa. Teoría, métodos y aspectos político-institucionales*, Montevideo, Parlamento del Uruguay/PNUD, 2010.
- SEARLE, JOHN, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- SELIGSON, MITCHELL, El Estado, la gobernabilidad y la legitimidad política en América Latina, en *Democracia-Estado-Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, Serie Contribuciones al debate, vol. II, Lima, PNUD, 2008.
- SCARPELLI, UBERTO, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.
- SCHICK, HORACIO, "La tutela del despido discriminatorio", en *LL*, 18/05/2007.
- SCHIPANI, SANDRO, "El Derecho Romano en el Nuevo Mundo", en *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2000.
- SCHMITT, CARL, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), Barcelona, Labor, 1931 [Der Hüter der Verfassung, 1931].
- SECONDAT, CHARLES L., "Señor de la Brède y Barón de Montesquieu", en *De l'esprit des lois*, vol. 1, París, Gallimard, 1995.
- SELAMÉ GLENA, Nicole y Villavicencio Miranda, Luis, "Liberalismo, multiculturalismo y Estado de bienestar", en *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia*, vol. 60, n° 147, 2011, [en línea] <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/36752>
- SELLARS, W., "Presupposing", en *Philosophical Review*, n° 63, 1954.
- SELLERS, MORTIMER, "Law, reason and emotion", en *World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (XXVI). Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, Belo Horizonte, 21-26 July 2013, Belo Horizonte, Forum, 2013.
- SEN, AMARTYA, *Elección Colectiva y Bienestar Social*, Francisco E., Castillo (trad.), Alianza, Madrid, 1976.
- SENPLADES, *Recuperación del Estado nacional para alcanzar el Buen Vivir. Memoria bienal 2007-2009*, Quito. SENPLADES, 2009.
- SERNA, PEDRO, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006.
- SERPE, ALESSANDRO, "Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio", en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Maracaibo, Venezuela, 2013.
- SHACHAR, AYELET "Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights", Cambridge University Press, 2001.
- SHACHAR, AYELET, "On Citizenship and Multicultural Vulnerability", en *Political Theory*, vol. 28 (1), 2000.

- SHAPIRO, IAN, “Democratic Justice, Multi-cultural Recognition”, en *Multiculturalism Reconsidered*, Paul Kelly (ed.), Cambridge, Polity Press, 2002.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA, “Deciding without deliberating”, en *International Journal of Constitutional Law.*, Oxford, v. 11, 2013.
- SIMPSON, LORENZO C., *Technology Time and the Conversations of Modernity*, Nueva York/Londres, Routledge, 1995.
- SMOLKA, MARTÍN O.; LARANJEIRA, ADRIANA DE A., “Informalidad y políticas urbanas en América Latina”, en Adriana de A. Laranjeira, *Regularización de asentamientos informales en América Latina*, Cambridge, Lincoln Institute, 2007.
- SOLARI, GIOELE, *Filosofía del Derecho privado*, t. I: La idea individual, Bs. As., Depalma, 1946.
- SOMEK, A., *Stateless Law: Kelsen’s Conception and its Limits*, Iowa, University of Iowa, 2005.
- SONG, SARAH, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge University Press, 2007.
- SORIANO, RAMÓN, “Culturas, ideologías y derechos de las minorías”, en *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 5.
- SPAACK, T., “Kelsen on Monism and Dualism”, en M. Novakovic (ed.), *Basic Concepts of Public International Law: Monism & Dualism*, Belgrado, Alter DOO, 2013.
- SPEHLING, DIANA, “Des(a)tinios de la violencia”, en *Nombres*, año XIII, n° 18, Córdoba, diciembre 2003.
- SQUELLA, AGUSTÍN, VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS y ZÚÑIGA FAJURI, ALEJANDRA, *Curso de filosofía del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- STAMMLER, R., *Die Lehre vom richtigen Recht*, Berlin, Guttentag, 1902.
- STEIN, PETER, *El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Madrid, Siglo XXI, 2001.
- STEUP, M., *An Introduction to Contemporary Epistemology*, Prentice Hall, New Jersey, 1995.
- STEWART, I. M., “Kelsen’s Reception in Australasia”, en Robert Walter et al. (eds.), *Hans Kelsen Anderswo/Hans Kelsen Abroad, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, 2009.
- STORINI, CLAUDIA y NAVAS ALVEAR, M., *La acción de protección en Ecuador, realidad jurídica y social*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013, p. 41, [en línea] [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La\\_accion\\_de\\_proteccion\\_Ecuador\\_2013/La\\_accion\\_proteccion\\_Ecuador\\_2013.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_accion_de_proteccion_Ecuador_2013/La_accion_proteccion_Ecuador_2013.pdf), consultado el 12/12/2014.
- STRECK, LENIO L., *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, LENIO L., *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, LENIO, “Sobre a decisão do STF (união homoafetiva)”, [en línea] <http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>], consultado en diciembre de 2013.
- STRECK, LENIO L., *Verdade e Consenso*, 5ª ed., San Pablo, Saraiva, 2014.
- SUNSTEIN, C. R., *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990.
- TARANILLA GARCÍA, RAQUEL, “Los interrogatorios: las narrativas a prueba”, en *La justicia*

- narrante. *Un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal*, Cizur, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- TELMAN, D. A., "A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists", en R. Walter, C. Jabloner & K. Zeleny (eds.), *Hans Kelsen Anderswol Hans Kelsen Abroad*, Hans Kelsen Institute/Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2010.
- TELMAN, D. A., "The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: A Sociological Model", en *L'Observateur des Nations Unis*, v. 24, Valparaiso, Univ. Legal Studies Research, 2008.
- TENORIO SÁNCHEZ, P. J., "El poder judicial" (tema 22), en AAVV, *Introducción al Derecho Político (unidades didácticas)*, Madrid, Universidad de Educación a Distancia, 1993.
- TEUBNER, GUNTHER, "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en Bourdieu P., y Teubner, G., *La Fuerza del Derecho*, Bogota DC, Uniandes, 2000.
- TEUBNER, GUNTHER, "Regímenes globales privados: ¿derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?", en AAVV, *Estado, Soberanía y Globalización*, Bogotá DC, Uniandes, 2010.
- TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*. París-Italia.
- TOMÁS y VALIENTE, F., "Poder Judicial y Tribunal Constitucional" en *Poder Judicial, especial XI, Consejo General del Poder Judicial*, 1988.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, RAFAEL, *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- TORBISCO, NEUS, "Beyond the Feminism vs. Multiculturalism Dispute on Group Rights: Towards a Participatory Approach", documento para la discusión, SELA, 2011, inédito, [en línea] [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11\\_Torbisco\\_CV\\_Eng\\_20110524.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Torbisco_CV_Eng_20110524.pdf)
- TORRES DEL MORAL, ANTONIO, *Estado de derecho y Democracia de Partidos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 3ª ed., Madrid, 2010.
- TORRES DEL MORAL, ANTONIO, "Requiem por el mandato representativo", en *Revista de Derecho Político*, n° 81, mayo-agosto, 2011.
- TOURAINÉ, ALAIN, *Critique de la modernité*, París, Fayard, 1992.
- TUZET, GIOVANNI, *Dover decidere Roma*, Carrocci Editore, 2010.
- ULLMANN-MARGALIT, E., "Holding True and Holding as True", en *Synthese*, n° 92, 1992.
- URIBE, M. VICTORIA, "Desde los márgenes de la cultura", en *Arte y violencia en Colombia desde 1948*, Bogotá, Museo de Arte Moderno de Bogotá y Grupo Editorial Norma, 1999.
- VAN PARIS, PHILIPPE, *¿Qué es una sociedad justa?*, Juana A. Bignozzi (trad.), Barcelona, Ariel, 1993.
- VARGAS CULLELL, JORGE, "Democratización y calidad de la democracia", en *La reforma del estado y la calidad de la democracia en México*, Óscar Ochoa González (coord.), Porrúa, 2008.
- VATTIMO, GIANNI, *El fin de la modernidad*, 3ª ed., Alberto L. Bixio (trad.), Barcelona, Gedisa, 1990.
- VÁZQUEZ CALERO, FEDERICO, "México en el espejo latinoamericano: política, Estado y ciudadanía", en Rodolfo Mariani (coord.), *Democracia/Estado/Ciudadanía: Hacia un Estado*

- de y para la Democracia en América Latina, Lima, PNUD, 2007.
- VELASCO, JUAN C., “Identidad colectiva y patriotismo constitucional”, en *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza, 2003.
- VERDÚ, PABLO Lucas, *O sentimento constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Río de Janeiro, Forense, 2004.
- VERENICH, VADIM, “The Case of Lauris Kaplinski: A Guide to a Semiotic Reading of Incitement of Hatred in Modern Criminal Justice”, en *Signs and Society*, vol. 1, n° 2, 2013.
- VERNANT, JEAN P., “Esbozos de la voluntad en la tragedia griega”, en *Mito y tragedia en la antigua Grecia*, Barcelona, Paidós, 2002.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VIDAL ANDREU, GUILLERMO, “La independencia judicial”, en *Cuadernos Jurídicos*, n° 26, enero, 1995.
- VIOLA, FRANCESCO, “La vía europea de la razón pública”, en *Persona y Derecho*, n° 65, 2011.
- VIOLA, FRANCISCO; ZACCARIA, GIUSEPPE, *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.
- VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Jorge F. Malem Seña (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997.
- VIEYRA AVILÉS, M. DE CARMEN, “El juez en el nuevo modelo de justicia”, en D. Cienfuegos, Salgado, (coord.), *La Función Judicial*, México, Porrúa, 2008.
- VIGO, RODOLFO L., *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003.
- VIGO, RODOLFO L., “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”, *Ex Legibus*, n° 1, octubre de 2014.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Algunas críticas a la idea de razón pública rawlsiana”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 32, n° 1, 2009, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000100015&lng=es&nrm=iso&tlng=es)
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, n° 2, 2010, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200006&lang=pt)
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Delineando al liberalismo auténtico. Las tesis centrales del constructivismo rawlsiano”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, n° 10, 2013, [en línea] <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/10.157-190.Villavicencio.pdf>
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “La concepción política de la persona y las visiones constitutivas del bien”, en *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia*, n° 135, 2007, [en línea] <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80915461002>
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, *La justicia y la política de la diferencia*, Silvina Álvarez (trad.), Cátedra, Madrid, 2000.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “La relevancia moral de la identidad cultural”, en *Polis*, vol. 9, n° 26, 2010, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682010000200019&lng=es&nrm=iso&tlng=es)

- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres”, en *Revista de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile*, 2014, en prensa.
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Privatizando la diferencia: El liberalismo igualitario y el pluralismo cultural”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIII, n° 1, 2010, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502010000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es)
- VILLAVICENCIO MIRANDA, LUIS, “Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo”, en *Revista Opinión Jurídica, Facultad de Derecho*, Universidad de Medellín (Colombia), vol. 11, n° 22, 2012, [en línea] <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v11n22/v11n22a03.pdf>
- VILLEGAS DÍAZ, MIRNA, “Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXV, n° 2, 2012, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502012000200008](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008)
- VILLEGAS DÍAZ, MIRNA, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, en *Política Criminal*, vol. 9, n° 17, 2014, [en línea] [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_17/Vol9N17A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A7.pdf)
- VON BOGDANDY, ARMIN, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en Griselda Capaldo; Jan Sieckmann y Laura Clérico (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Bs. As., Eudeba, 2012.
- VON WRIGHT, G. H., “Prólogo” a Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- WAISMAN, CARLOS, “Autonomía, autorregulación y democracia: sociedad civil y Estado bifurcado en América Latina”, en *PostData. Revista de Reflexión y Análisis Político*, n° 11, abril de 2006.
- WALDMANN, PETER, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003.
- WALDRON, JEREMY, *Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- WALSH, CATHERINE, “Interculturalidad, colonialidad y educación”, en *Revista Educación y Pedagogía*, vol. XIX, n° 48, Medellín, Universidad de Antioquia, mayo-agosto 2007.
- WALTER, R. (ed.), “*Adolf J. Merkl, Werk und Wirksamkeit*”, en *Ergebnisse eines Internationalen Symposions in Wien* (22.-23. März 1990), Viena, Manz, 1990.
- WALZER, MICHAEL, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Heriberto Rubio (trad.), México DF, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WARAT, LUIS A., *Semiótica y derecho*, Bs. As., Eikon, 1972.
- WARAT, LUIS A., *Elementos de semiótica: conceptos básicos, proyecciones jurídicas, ideología y comunicación social*, Bs. As., Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- WARNER, MICHAEL, *Publics and Counterpublics*, Boston, Zone Books, 2002.
- WEBER, MAX, *La política como vocación*, Madrid, Alianza, 1980.



- WEBER, MAX, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübinga, J.C.B. Mohr, 1925.
- WOLFE, CHRISTOPHER, *The rise of modern Judicial Review. From constitutional interpretation to judge-made law*, Nueva York, Rowman & Littlefield, 1994.
- WOOD, PETER, *Diversity. The Invention of a Concept*, Encounter Books, San Francisco, 2003.
- WRÓBLEWSKI, J., “Structure et fonctions des présomptions juridiques”, en C. Perelman y P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en Droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974.
- YOUNG, IRIS M., “A Multicultural Continuum: A Critique of Will Kymlicka’s Ethnic-Nation Dichotomy”, en *Constellations*, vol. 4, n° 1, 1997.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *Estructuras judiciales*, Bs. As., Ediar, 1994.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY, VLADIMIRO, “La responsabilidad del magistrato nell’attuale ordinamento. Prospettive di Riforma”, en *Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1982.
- ZAMBRANO, PILAR, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009.
- ZAMBRANO, PILAR, “Pincipi, ragioni e diritti. Il diritto come differenza pratica”, en *Revista internazionale de filosofia dil diritto*, vol. II, 2013.
- ZAMBRANO, PILAR, “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción ente la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, en Juan B. Etcheverry (ed.), *Los fundamentos del derecho y la moral. Estudio sobre el pensamiento de John Finnis. A propósito de la segunda edición de ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2012.
- ZAVALETA MERCADO, RENÉ, *Lo nacional-popular en Bolivia*. La Paz, Muela del Diablo, 2002.
- ZIZEK, SLAVOJ, *Bienvenidos al desierto de lo real*, Madrid, Akal, 2005.
- ZULETA HUGO, *Razón y Elección*, México, Fontamara, 1998.
- ZÚÑIGA AÑAZCO, YANIRA, “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXII, n° 2, 2009, [en línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200003&lang=pt)
- ZWEIGERT, KONRAD; KÖTZ, HEIN, *An Introduction to Comparative Law*, 2ª ed., Londres, North Holland Publishing Company, 1992.

