

Ideas
&
Derecho

Revista de la
Asociación Argentina
de Filosofía del Derecho

Número 9 - Año 2013

**COMISIÓN DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

PRESIDENTE: JORGE EDUARDO DOUGLAS PRICE

VICEPRESIDENTE: RICARDO GUARINONI

SECRETARIO: DIEGO DUQUELSKY GÓMEZ

TESORERO: JUAN B. ETCHEVERRY

VOCALÉS TITULARES

RICARDO ALBERTO GUIBOURG

ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

EUGENIO BULYGIN

EDUARDO BARBAROSCH

EDUARDO MÉNDEZ

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

RODOLFO VIGO

PABLO LÓPEZ RUF

CARLOS I. MASSINI CORREAS

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

JORGE RODRÍGUEZ

VOCALÉS SUPLENTE

JOSÉ ROLANDO CHIRICO

HUGO ZULETA

EDUARDO QUINTANA

CARLOS CÁRCOVA

REVISORES DE CUENTAS

ELOY EMILIANO SUÁREZ

CARLOS MARÍA FERNÁNDEZ

Ideas & Derecho

Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho
(A. A. F. D.)

EDITOR RESPONSABLE

JORGE E. DOUGLAS PRICE

SECRETARIO DE REDACCIÓN

GUILLERMO MORO

CONSEJO DE REDACCIÓN

Eugenio Bulygin

Carlos M. Cárcova

Miguel A. Ciuro Caldani

Rodolfo L. Vigo

ISSN: 2314-0321

Responsable de la Publicación:
Asociación Argentina de Filosofía del Derecho
Dirección: Uruguay 705 - piso 4°
4011-1312

SUMARIO

	Pág.
El Enfoque Lingüístico en la Clasificación de los Derechos Subjetivos	1
<i>Julio Gamba</i>	
Derecho, Poder y Lenguaje: Hacia una Nueva Topología de la Juridicidad.....	29
<i>Marina Gorali</i>	
El Derecho y el Autor	37
<i>Jorge Roggero</i>	
Modernidade e a Exclusão Indigenista: ideologia e autopoiese no Estado Nacional.	57
<i>Diogo Bacha e Silva</i>	
La Narrativa de un Sueño (O acerca de “El gran dictador”, de Charles Chaplin, y la Justicia).....	77
<i>Ricardo Oliveira Rotondano</i>	
Responsabilidad Atributiva y Sustantiva en la Función Pública	91
<i>Adriana L. Vercellone y Cristián A. Fatauros</i>	
Ética, Felicidad y Conflicto en Kelsen. Un análisis de “¿Qué es la justicia?”	105
<i>Cirilo Bustamante</i>	
El Control de Constitucionalidad y la Litis Estructural en Brown v. Board of Education	121
<i>Mariela Puga</i>	
Garantismo: Constitucionalismo, Derechos Fundamentales y Democracia. Un Análisis de las Limitaciones Conceptuales de este Paradigma	185
<i>Laura Mariela Álvarez</i>	

EL ENFOQUE LINGÜÍSTICO EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

*Julio Gamba*¹

Resumen: Las clasificaciones de los derechos subjetivos resultan insatisfactorias. Carecen de una noción común, que sea operativa, y preserve los principales usos del término. Tal inconveniente podría superarse mediante el enfoque lingüístico. Se basa en las funciones que tienen, en el discurso jurídico, los enunciados que expresan los derechos subjetivos. La aplicación de este enfoque propone una lectura alterna del ejemplo contenido en el primer capítulo de *Normative Systems*, explorando las relaciones de inclusión entre sistemas prescriptivos e institucionales.

Palabras clave: Derechos prescriptivos. Derechos institucionales. Derechos configurativos. Derechos constitutivos. Sistemas normativos. Sistemas institucionales.

The Linguistic Approach in the Classification of Subjective Rights

Abstract: The classifications of subjective rights are unsatisfactory. They have not a common understanding that can be operational and preserve the main uses of the term. This drawback could be overcome by the linguistic approach. It is based on the functions that statements that express subjective rights have in legal discourse. The application of this approach proposes an alternative reading of the example contained in the first chapter of *Normative Systems*, exploring the inclusion relations between prescriptive and institutional systems.

Keywords: Prescriptive rights. Institutional Rights. Configurative Rights. Rights constituent. Regulatory systems. Institutional systems.

¹ Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en elaboración de normas jurídicas, Universidad de Buenos Aires. Cursante de la Maestría en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: juliogamba@hotmail.com

La clasificación de los derechos subjetivos refleja la influencia de la codificación y el desarrollo de la legislación especial, así como la especialización académica y profesional vinculada a la evolución normativa. Los derechos subjetivos de los civilistas, los derechos fundamentales de los constitucionalistas, los derechos laborales, los del consumidor y usuario, muestran importantes diferencias que dificultan su comprensión conjunta. Los intentos realizados desde la teoría del derecho para lograr una noción central, buscan una unidad que no atiende a las particularidades. Aún en el restringido ámbito civil, se carece de una clasificación de útil aplicación, que respete la diversidad de los principales usos de los derechos subjetivos. El enfoque lingüístico podría superar tales inconvenientes.

I. Algunas clasificaciones de los derechos subjetivos

Nino analiza, desde la iusfilosofía, las distintas nociones que dan cuenta de los derechos subjetivos, con la intención de precisar un significado uniforme, para evitar que tengan en común sólo un uso homónimo y accidental, lo que dificultaría su fundamentación².

El derecho subjetivo como ausencia de prohibición, llamado por Hohfeld libertad y por von Wright permisión débil, no es un concepto satisfactorio. La ausencia de prohibición es una falta de calificación normativa. Resulta una situación contra intuitiva que el tener derecho a una conducta, no implique ningún tipo de regulación³.

El derecho subjetivo como inmunidad, entendida como la ausencia de competencia de la autoridad normativa para comprimir la situación de su titular, también lleva a la inexistencia de normas prescriptivas. No habría así diferencia entre un derecho subjetivo y una situación no regulada⁴.

El derecho como simple correlato del deber de otro, implica considerar al ejecutado por el verdugo como titular de un derecho. Incluir la conside-

² NINO, Santiago. *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, pp.31-32

³ *Ibid*, p.26

⁴ *Ibid*, p.30

ración de un beneficio tampoco solventa las dificultades, porque los favorecidos pueden ser distintos del titular del derecho subjetivo⁵.

La posibilidad de demandar o reclamar cierto comportamiento, es el derecho subjetivo en sentido estricto o técnico, según Kelsen. Se asemeja a las elecciones protegidas por el sistema jurídico, según Hart. Sin embargo, hay derechos irrenunciables. Derechos acerca de conductas que, para su titular, son también el contenido de deberes, como la educación y el voto. Y derechos de cumplimiento inexigible, protegidos por normas penales. Un occiso no "tiene derecho" a reclamar la vida perdida. Además, la exigibilidad de un derecho lo presupone y no lo constituye. Aunque demandar pueda ser considerado un derecho en sí mismo, es un uso parasitario respecto al derecho principal que se demanda⁶.

Nino entiende que los derechos se refieren a la posibilidad de realizar acciones que involucren un beneficio. Y al goce de un bien o situación beneficiosa, o a la evitación de un mal o situación perniciosa. Cuando el derecho se refiere a la exclusión de acciones de terceros, se trata de un uso derivado de los principales⁷.

La virtud de esta concepción, vincular las distintas acepciones para facilitar su fundamentación, conlleva cierta debilidad. No aclara las diferencias en la presión normativa de los derechos irrenunciables, y los que son otorgados en beneficio de otros. Considera inadecuadamente a los derechos personales que implican la conjunción de actuaciones recíprocas. Y resulta difícil traducirla a la doctrina y práctica jurídica, que no siempre atiende a las nociones extra normativas de perjuicio y beneficio.

Los intentos provenientes de la dogmática civil parten por renunciar a una noción común, aceptando diferencias insalvables en los usos del término.

Según Gatti, la distinción más importante para la iusfilosofía se establece entre derechos subjetivos absolutos y relativos, en atención a las personas a los que se oponen. Encuentra deficitario este criterio a pesar de su

⁵ Ibid, pp.27- 28

⁶ Ibid, pp.28-29

⁷ Ibid, p.33

aceptación generalizada, porque confunde los derechos subjetivos con las relaciones jurídicas que derivan de ellos⁸.

Además, la división entre derechos reales y personales no es concebida en forma uniforme. En su seno conviven la teoría dualista que separa ambas categorías; las teorías monistas que excluyen el aspecto personalista o realista; y la teoría ecléctica que combina ambos tipos de derecho⁹.

Es además una clasificación incompleta. Deriva de otra centrada en la estimación de los derechos subjetivos, que distingue entre patrimoniales, conformados por los personales, reales e intelectuales; frente a los extra patrimoniales.

Estos inconvenientes llevan a Gatti a centrarse en la actividad que hace efectivos los derechos. Propone agruparlos en poderes y facultades. Los poderes son señoríos de la voluntad sobre las personas o cosas que resultan ejecutables por la autoridad de su titular, en forma autónoma, permitiendo obtener su fin sin la voluntad contraria. Las facultades no son autónomas, ni ejecutables por la propia autoridad del titular, porque persiguen obtener de otro cierto comportamiento.¹⁰

Esta propuesta atenta contra la singularidad de los derechos. Los derechos familiares, que Gatti entiende como poderes jurídicos, son equiparados con el uso, goce y disposición de las cosas, que también pertenecen al señorío de la voluntad¹¹. La falta de colaboración de terceros, resulta un criterio insuficiente para entenderlos.

Otros enfoques, más minuciosos, no aportan elementos unificadores operativos y relevantes. Legaz y Lacambria diferencian entre derechos subjetivos como expresión de atributos de la personalidad, que dividen en fundamentales, estatutarios y en sentido técnico jurídico; y derechos subjetivos según la estructura interna del derecho, que son la libertad, el poder jurídico y la pretensión. Dabin los distingue según el objeto (de la personalidad, reales, de crédito e intelectuales); los sujetos (interindividuales y

⁸ GATTI, Edmundo. *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p.49

⁹ *Ibid*, p.55

¹⁰ *Ibid*, pp.158-59

¹¹ *Ibid*, p.163

corporativos); el fin (egoístas y funcionales); y la actividad (estáticos y dinámicos). Hernández agrega otro elemento, a partir de la fuente (derechos naturales y positivos). Reflejan una concepción heterogénea e irreductible de los derechos subjetivos¹².

II. El enfoque lingüístico

La teoría de los enunciados jurídicos se ocupa, entre otros temas, del inventario de lo que Atienza y Ruiz Manero denominan los elementos, componentes o piezas básicas del lenguaje del derecho, destacando las funciones que cumplen en el discurso jurídico. Busca facilitar la relación entre el contenido de los cuerpos normativos con la actividad de los destinatarios, autoridades y operadores que los invocan, producen y aplican.

A efectos de elaborar una clasificación de los derechos subjetivos, no interesa dilucidar si las normas son enunciados caso (oraciones); enunciados tipo (modelos de oraciones); algo equivalente en el discurso directivo a las proposiciones (el sentido o significado de las oraciones); una mezcla de los grupos anteriores (un enunciado caso o tipo, más su significado); o si son cuasi proposiciones (el sentido de enunciados que no han sido efectivamente formulados)¹³. Cualquiera sea la posición, se puede admitir, conforme a Alchourrón y Bulygin, que las normas son expresables a través de enunciados¹⁴.

Resulta ventajoso el empleo del término “enunciado”, en sentido amplio, porque “norma” se vincula con una concepción prescriptiva del discurso jurídico, que dificulta apreciar funciones discursivas primarias distintas a las de regular conductas mediante la amenaza de una sanción.

Es un enfoque que no pretende ser una concepción completa del Derecho, sino sólo una herramienta de análisis de su lenguaje, que sólo su-

¹² HERNANDEZ, Héctor. *Derecho subjetivo, derechos humanos*, Abeledo Perrot Buenos Aires, 2000, pp.51-54

¹³ HERNANDEZ MARIN, Rafael. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp.49-58.

¹⁴ ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006 (5ta reimpresión), p.99.

ministra insumos a ser empleados por la teoría del derecho¹⁵. Un abordaje parcial del fenómeno jurídico, que no considera los aspectos causales (su relación con el mundo social), estratégicos (la forma de usar exitosamente las disposiciones jurídicas) y teleológicos (los fines del Derecho, entre los que destaca la justicia)¹⁶.

El Derecho es, al menos en parte, un discurso que expresa una técnica de regulación de conductas socialmente relevantes. Resulta incontrovertible considerar que una forma de regular la conducta, es mediante prescripciones que establecen su carácter obligatorio, prohibido o permitido, cuyo cumplimiento se incentiva mediante la amenaza de sanción. Las prescripciones son el primer grupo de enunciados relevantes del discurso jurídico.

Un análisis más detallado capta que se trata de una representación incompleta. Las prescripciones sancionatorias pueden suponer, en los ordenamientos jurídicos institucionalizados, la existencia de reglas que establecen competencias y los procedimientos para producirlas y aplicarlas. La regulación de conductas es una actividad que implica la organización del poder, de lo que también se ocupan los enunciados que conforman el Derecho.

Se podría pretender que no se relaciona directamente con el sujeto de una relación normativa o súbdito. Sin embargo, considerar su falta de relevancia a nivel primario resultaría inadecuado. Frecuentemente, el Derecho no se limita a exigir que las personas actúen de un modo determinado, lo quieran o no. Conforme advirtió Hart, también brinda facilidades para realizar deseos, otorgando potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades dentro del cuadro coercitivo del derecho¹⁷.

¹⁵ ATIENZA, Manuel, y MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp.XI-XII

¹⁶ ROBLES, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mayorca, Palma de Mayorca, 1984, pp.22-27.

¹⁷ HART, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p.35

A pesar de las críticas, es posible considerar válida la distinción que propone Schauer¹⁸ entre reglas que regulan conductas que se presentan en forma independiente del contenido de las disposiciones jurídicas (tales como matar, tomar, despojar y entregar, entre otras); y reglas que crean comportamientos que pueden considerarse inexistentes fuera de su seno (tales como contratar, testar y demandar). La amenaza persuasiva de una sanción, constituye el motivo para la acción que lleva al cumplimiento de las primeras. La validez o invalidez del acto, o más bien el éxito o el fracaso en lograr el reconocimiento de los objetivos normativos perseguidos, es un motivo para la acción distinto del que respalda a las prescripciones. Esto lleva a la admisión de otros enunciados jurídicos no prescriptivos a nivel primario.

Atienza y Ruiz Manero proponen cuatro tipos de enunciados no prescriptivos, para comprender las otras funciones del discurso jurídico. Distinguen entre enunciados que denominan anankástico-constitutivos (también llamados reglas que confieren poder); enunciados técnico-institucionales (que elabora el operador jurídico al aplicar las reglas de poder, para obtener resultados válidos); enunciados meramente constitutivos (que relacionan cambios institucionales o normativos, con meros estados de cosas); y los enunciados cuya emisión representa un acto (que pueden considerarse los efectos de los enunciados que confieren poder). Además, están las definiciones, que a diferencia de los anteriores, no relacionan condiciones con estados de cosas. Sólo vinculan palabras con palabras¹⁹.

Robles distingue, por su parte, entre enunciados directos e indirectos de acción. Los primeros son los procedimientos; las potestades (en sentido amplio, como posibilidad de acción derivada de una capacidad o competencia; y en sentido fuerte como capacidad de acción lícita o permisión); y los enunciados deónticos (de decisión y ejecución). Los enunciados procedimentales y potestativos se refieren a acciones. Los enunciados deónticos se ocupan de conductas. Mientras las acciones son posibles o no posibles, las conductas son las acciones calificadas deónticamente. Los enunciados indirectos establecen las condiciones, requisitos o presupuestos de toda acción, estable-

¹⁸ SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, (Tesis Doctoral). p.494(Existe edición impresa de la Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008)

¹⁹ ATIENZA y RUIZ MANERO, Ob Cit, pp.62-66, p.68

ciendo los sujetos, sus capacidades o competencias, así como el espacio y el tiempo en que la acción ha de llevarse a cabo²⁰.

Con la finalidad de contar con un criterio operativo relevante para considerar los derechos subjetivos, se puede construir otra clasificación, a partir de las anteriores. Un modelo o guía útil es partir del tipo canónico de oración, que vincula un sujeto con un predicado.

En el funcionamiento del Derecho como discurso, se postula que se pueden distinguir cuatro tipos de actos. Se relacionan con las capacidades o competencias de los sujetos que los llevan a cabo. Se expresan mediante enunciados organizados en sistemas.

Hay sujetos constitutivos, configurativos, institucionales y prescriptivos. Se vinculan, respectivamente, con la acción libre, potestativa, facultativa o prescriptiva. Se expresan en sistemas de enunciados que constituyen indirectamente al sujeto, determinan su aptitud configurativa, detallan sus posibilidades de actuación institucional, o regulan prescriptivamente su conducta.

Los sujetos de derecho de los enunciados prescriptivos, tienen una conformación estable y tácita. Son el sustrato permanente que soporta la adjudicación de premios y castigos. Los sujetos de derecho de los enunciados configurativos son también estables, pero explícitos. Son la subjetivación del núcleo de competencias necesarias para adquirir potestativamente las formas jurídicas que el derecho establece. Los sujetos de derecho de los enunciados institucionales son explícitos e inestables, en tanto aluden a una institución o condición expresamente establecida, que puede alterarse por la acción voluntaria, la inactividad, o su ejercicio inadecuado. Los sujetos de derecho constitutivos son, por último, inestables y tácitos. Representan supuestos que el derecho implícitamente reconoce o establece, sin llegar a detallarlos, a fin de fundamentar limitaciones a la competencia de la autoridad, los que varían en sus posibilidades de actuación al resolverse el conflicto entre dos libertades.

Los sistemas de enunciados jurídicos prescriptivos se interesan por determinar el estatus deóntico de una acción, estableciendo si es obligatoria,

²⁰ ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho*. Pamplona, Editorial Civitas-Thompson, 2010, pp.218-19, p.222-245

prohibida o permitida. Los sistemas institucionales distinguen entre acciones facultativas válidas y acciones inválidas. Los sistemas configurativos establecen el éxito o fracaso al adquirir, o mantener, una institución o condición. Los sistemas constitutivos determinan el alcance de una libertad, cuando se enfrenta como inmunidad al poder, o entra en conflicto con otra libertad.

Los derechos subjetivos prescriptivos son permisiones dependientes que derogan para su titular una prohibición u obligación; prohibiciones de no interferencia u obligaciones de colaboración, que protegen el ejercicio de todos los derechos subjetivos; y prestaciones recíprocas que constituyen las obligaciones de una relación personal. En esta dimensión prescriptiva funciona la noción del derecho como correlato del deber, y como exigibilidad. Los derechos subjetivos prescriptivos, como razones para la acción, operan frente a terceros mediante la presión prudencial orientada a evitar el riesgo de la sanción, representada por la aplicación forzada de la prescripción incumplida.

Los derechos subjetivos institucionales son facultades o potestades de actuación, que se derivan de la posesión de una institución o condición especial, como las posibilidades de uso, goce y disposición derivados de la propiedad; o el derecho al sufragio o de reunión, derivados de la nacionalidad. Como razones para la acción, funcionan distinguiendo entre la conducta reconocida y no reconocida por el derecho.

Los derechos subjetivos configurativos son potestades o capacidades generales para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes establecidas por el Derecho. Las razones para la acción para el titular, son el éxito o el fracaso al adquirir o renunciar a una condición, o a la titularidad de una institución.

Algunos tienen un carácter mixto, en tanto son derechos institucionales que funcionan con rasgos configurativos. Los derechos de familia, llamados altruistas o funcionales, ejercen presión sobre su titular, mediante la amenaza de perder una condición o institución por falta de ejercicio, o por su ejercicio inadecuado. Son el caso de la prescripción extintiva, que puede alterar el derecho de propiedad; y de los derechos vinculados al ejercicio de la patria potestad, cuyo ejercicio indebido puede llevar a su privación.

Los derechos subjetivos constitutivos son atributos que se desprenden de una condición subjetiva reconocida o creada por el derecho. Las razones

para la acción consisten en la libre manifestación de la personalidad, limitada por la eventual protección de una esfera similar correspondiente a otro sujeto. También funcionan frecuentemente, en el discurso jurídico, como límites negativos a la competencia de la autoridad normativa.

Se pueden detallar derechos subjetivos constitutivos, llamados frecuentemente fundamentales; derechos subjetivos configurativos, entre los que están la libertad de contratación; derechos subjetivos institucionales, como los de reunión o propiedad; y derechos subjetivos prescriptivos, que se manifiestan en forma constitutiva como las prestaciones recíprocas de los derechos personales, y en forma protectora de todos los derechos subjetivos, como la capacidad de exclusión de terceros.

Las dimensiones constitutiva, configurativa, institucional y prescriptiva pueden presentar relaciones de rivalidad y desplazamiento, que lleven al ocultamiento y la distorsión. La relevancia práctica del esquema clasificatorio propuesto resalta la importancia de que los derechos subjetivos sean enfocados en la dimensión apropiada. La perspectiva prescriptiva, por influencia de la teoría del derecho predominante, y por las semejanzas entre la acción permitida, facultativa, potestativa y libre, tiende a extenderse irregularmente sobre los campos institucionales, configurativos y constitutivos, situación que conviene prevenir.

Los conflictos prescriptivos requieren, eventualmente, la dimensión configurativa para su solución. Un contrato establece una prescripción. Una controversia puede presentarse por su contenido y alcance, o por las prescripciones contenidas en el sistema que completa y enmarca la voluntad de las partes. Pero también puede vincularse con la validez o invalidez del contrato. A veces es necesario incluso llegar a aclarar los alcances de la institución de la que se desprenden acciones facultativas, como paso previo a establecer los efectos prescriptivos, según se verá en el caso tratado en el próximo apartado.

III. Sistemas prescriptivos e institucionales

Un análisis basado en distinción entre la dimensión prescriptiva, institucional, configurativa y constitutiva de los derechos subjetivos, cuestiona el caso de laguna normativa que Alchourrón y Bulygin presentan en el primer capítulo de la *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas* y

Sociales (en lo sucesivo *IMCJS*), comparando la acción reivindicatoria de bienes inmuebles regulada en el Proyecto de Código Civil de Freitas y en el Código Civil de Vélez.

Se plantea que los enunciados de base de los “sistemas normativos” analizados son inadecuados para establecer directamente la calificación deóntica de una acción, porque no son prescripciones, sino enunciados relativos al ejercicio de una competencia. Se trata de “sistemas institucionales”, y no de “sistemas normativos”.

El carácter “técnico” de estos sistemas se interesa por aclarar los casos de ejercicio válido de la reivindicación de un bien inmueble, como acto facultativo derivado de la institución de la propiedad. Son sistemas cerrados por cuanto, analíticamente, un sujeto es incompetente para todo aquello que no es competente. La ausencia de vicios equivalentes a las lagunas normativas, es la principal diferencia entre los sistemas institucionales y los sistemas prescriptivos. De esta distinción se podría derivar una regla interpretativa que sugiera la interpretación analógica para las prescripciones, y la interpretación a contrario para los enunciados institucionales. Esto llevaría a considerar al derecho penal, como un sistema institucional que no contiene prescripciones.

El carácter cerrado de los sistemas institucionales no impide la aparición de dificultades por vaguedad y ambigüedad de los términos. Tampoco evita que surjan inconvenientes para distinguir su ejercicio exclusivo o concurrente. O dudas derivadas de las llamadas competencias implícitas, sea porque se relacionan con otras explícitas, o porque se vinculan con la satisfacción de finalidades y requerimientos de la institución, o condición, de la que se derivan las competencias.

1. Los sistemas prescriptivos

En los sistemas prescriptivos de los que trata la *IMCJS*, la tarea de un juez o un operador jurídico, consiste (al menos a nivel primario) en resolver un problema normativo, determinando el estatus deóntico de una acción. Conocer en todos los casos, conformados por la combinación de las propiedades relevantes contenidas en las normas de un sistema, si una conducta se encuentra prohibida, es obligatoria, o está permitida.

Se presenta una laguna normativa cuando hay casos que no se correlacionan con una solución que califique deónticamente una conducta. Una laguna

normativa es objetiva, en tanto se evidencia en el contenido de los enunciados de base de un sistema normativo. La laguna axiológica, en cambio, es valorativa. La produce una interpretación que introduce una hipótesis de relevancia que no está contemplada en el sistema, lo que lleva a su modificación.

El aborto terapéutico fue una distinción que la dogmática introdujo en un tipo penal que originalmente no excluía de su campo de aplicación la interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas. Considerar la preservación de la salud de la madre no era un elemento de relevancia contemplado en el sistema. Fue una hipótesis añadida por el intérprete que, al crear una laguna valorativa, condujo a la modificación del sistema.

Como ejemplo de laguna normativa, Alchourrón y Bulygin comparan la regulación de la acción reivindicatoria de bienes inmuebles contenida en el Proyecto de Código Civil de Freitas y en el Código Civil de Vélez. En palabras de Alchourrón y Bulygin, *el problema surge cuando una persona que posee un inmueble –cuya propiedad no le pertenece– lo transfiere –a título oneroso o gratuito– a un tercero. La cuestión que se plantea entonces es: ¿en qué circunstancias el propietario del inmueble puede reivindicarlo contra el tercero poseedor? O, para plantear la pregunta en otros términos, ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble de su propietario y cuándo le está permitido retenerlo?*²¹

Para captar con claridad y precisión una laguna normativa, Alchourrón y Bulygin diseñan la matriz de casos y soluciones, una herramienta que sirve para la simbolización y manejo de los sistemas normativos.

Ambos sistemas normativos, el de Freitas y el de Vélez, contienen los mismos elementos de relevancia: buena o mala fe del enajenante y del adquirente, y el título oneroso o gratuito de la operación. Estos elementos se pueden representar mediante sus siglas. Como se trata de parejas de alternativas exhaustivas y excluyentes, la mala fe y el título gratuito pueden simbolizarse mediante la negación del elemento contrario.

Alchourrón y Bulygin adoptan lo que denominan una interpretación amplia de las normas del sistema de Freitas, como paso previo a su simbolización. Norma 1: el adquirente tiene la obligación de restituir (OR), si

²¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, Ob Cit, p.32

hay mala fe del enajenante (N1: OR/-BFE). Norma 2: el adquirente tiene la obligación de restituir, si actuó con mala fe (N2: OR/-BFA). Norma 3: el adquirente tiene la obligación de restituir, cuando la adquisición fue título gratuito (N3: OR/-TO). Norma 4: no hay obligación de restituir, situación que Alchourrón y Bulygin interpretan como “facultativo restituir”, en los casos en que se presenten conjuntamente la de buena fe del enajenante, la buena fe del adquirente y el título oneroso (N4: FR/BFE.BFA.TO)²².

El sistema de Vélez contiene sólo dos normas. En la interpretación que hacen Alchourrón y Bulygin, la norma 1 de Vélez restringe el campo de aplicación de la norma 1 de Freitas. La obligación de restituir se presenta sólo en el caso en que se presenten, conjuntamente, la mala fe del enajenante, buena fe del adquirente y el título oneroso (N1: OR/-BFE.BFA.TO). La norma 2 de Vélez reproduce la redacción de la norma 3 de Freitas, por lo que se mantiene inalterada su representación (N2: -OR/-TO)²³.

La matriz de casos y soluciones de ambos sistemas, interpretados en forma prescriptiva, es la siguiente:

Casos				Soluciones					
				Sistema de Freitas		Sistema de Vélez			
				N1	N2	N3	N4	N1	N2
1.-	BFE	BFA	TO				FR		
2.-	-BFE	BFA	TO	OR				OR	
3.-	BFE	-BFA	TO		OR				
4.-	-BFE	-BFA	TO	OR	OR				
5.-	BFE	BFA	-TO			OR			OR
6.-	-BFE	BFA	-TO	OR		OR			OR
7.-	BFE	-BFA	-TO		OR	OR			OR
8.-	-BFE	-BFA	-TO	OR	OR	OR			OR

Resulta evidente que el sistema de Vélez no aclara qué sucede en los casos 1, 3 y 4. La combinación de sus elementos de relevancia, no se corre-

²² Los autores representan la norma 4 como “facultativo restituir”, que equivale a no obligatorio.

²³ Los artículos 2777 y 2778 de Vélez tienen una redacción más compleja, que no se tomará en consideración para no alterar el ejemplo de Alchourrón y Bulygin.

laciona con ninguna solución en esas ocasiones. Son, por tanto, un ejemplo de laguna normativa.

Para resolver una controversia cuando se presente una laguna normativa y cuando exista la obligación de decidir sobre el fondo, aún ante insuficiencia de la ley, *el juez modifica primero el sistema, integrándolo con una nueva norma que soluciona el caso de laguna [normativa], y luego, una vez eliminada la laguna [normativa] procede conforme a lo que establece el nuevo sistema*²⁴.

Atria rechaza que el Juez pueda comportarse como legislador. En las ocasiones en que exista un vacío en el sistema primario, el Juez no lo modifica agregando la prescripción faltante. Decide conforme al sistema secundario, rechazando la demanda por carecer de fundamento de derecho²⁵.

Aquí se propone otra solución, aplicando la clasificación de los derechos subjetivos antes esbozada. Esta lectura alterna se fundamenta en una crítica a la lectura que hacen Alchourrón y Bulygin, mediante los argumentos denominados morfológicos y sintácticos.

2. El argumento morfológico

Para exponer este argumento, conviene comenzar por transcribir el extracto del Proyecto de Freitas, tal como aparece en el primer capítulo de la *IMCJS*. Expresan Alchourrón y Bulygin, que *los artículos pertinentes del Código de Freitas son los siguientes*:

Art 3877. Inc 2º: "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 esa mueble o inmueble de la cosa demandada:..."

Inc. 2º: "Contra el actual poseedor, que de mala fe la hubo de enajenante obligado a restituirla al reivindicante"

²⁴ ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E, Ob Cit, p.218

²⁵ Para el debate Atria-Bulygin, ver ATRIA, Fernando, "Sobre las lagunas" y BULYGIN, Eugenio, "Creación y aplicación del derecho", en *Lagunas en el derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

Inc. 3ª: “Contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe de enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito...”

*Art. 3882, inc 1ª: “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...”*²⁶ [negrillas añadidas]

Se evidencia que Freitas no emplea un lenguaje prescriptivo. Otro tanto se puede decir de Vélez, cuyos artículos tal como aparecen en la *IMCJS*, cambian sólo ligeramente la redacción de Freitas. Las normas detallan los casos de ejercicio válido (e inválido, en el caso de Freitas), de una competencia. No determinan deónticamente ninguna conducta, estableciendo si es obligatoria, prohibida o permitida.

Salvo el caso de los derechos subjetivos funcionales, el ejercicio de una competencia es una acción facultativa que se deriva de la posesión de una condición o institución. En los sistemas de Freitas y Vélez leídos en forma institucional, la acción facultativa consiste en la capacidad de ejercer, siempre a elección del interesado, la reivindicación frente a un tercero poseedor de un bien inmueble. Esta posibilidad de actuación deriva de la determinación configurativa de la condición de propietario.

Como el tercero poseedor del inmueble puede a su vez tener la apariencia de propietario, por satisfacer *prima facie* los requisitos para contar válidamente con esa condición, el sistema institucional debe remitirse, a su vez, a la dimensión configurativa. Siendo la propiedad un atributo que excluye el uso, goce y disposición de terceros, un mismo inmueble no puede pertenecer a dos propietarios distintos. Esto lleva a reconfigurar la institución de la propiedad, estableciendo en qué ocasiones se mantiene, y en qué otras se pierde, frente a otro potencial propietario.

La lectura que atiende al aspecto morfológico de los enunciados, revela otros aspectos relevantes. El único elemento que se repite en los cuatro enunciados del sistema de Freitas, textualmente transcrito, es la buena o mala fe del poseedor actual. Eso podría sugerir su importancia central, como factor que permite relacionar las normas. También indica la conveniencia de interpretarlas en forma conjunta.

²⁶ ALCHOURRON y BULYGIN, Ob Cit, p.38

En el único caso del sistema de Freitas en el que la fe del poseedor actual aparece calificada como mala, el 3878.2, también es la única ocasión en que aparecen otras discrepancias significativas que se presentan entre ese enunciado y el resto.

El 3878.2, a diferencia de los otros tres enunciados, además de la diferencia ya resaltada (el único donde se alude a 1.- mala fe del poseedor), es también el único enunciado que 2.- no menciona si el título de la transferencia es oneroso o gratuito; 3.- tampoco establece si el enajenante procedió de buena o mala fe; 4.- sólo allí se encuentra la expresión “obligado a restituir”; y a diferencia del resto, 5.- aclara que esa obligación de restituir no es del actual poseedor o adquirente, sino del enajenante (que ya no tiene la cosa enajenada).

Se puede pensar que la expresión “enajenante obligado a restituir” es equivalente a enajenante de mala fe. Pero esto no es necesariamente así. El enajenante obligado a restituir pudo adquirir la cosa de buena fe. Luego de enfrentarse a la acción reivindicatoria, conducente a establecer su obligación de restituir, intentó evitar sus efectos transmitiéndosela (ahora sí de mala fe) a otro. La mala fe, en todo caso, sería producto de la obligación de restitución, y no su causa.

Además, si bien en el 3878.3 se menciona a un enajenante, por lo que se trata de la transmisión de la propiedad, no se menciona si el actual poseedor adquirió a título oneroso o gratuito. Esa omisión puede indicar que el poseedor no es necesariamente el adquirente. Pudo recibir la cosa del enajenante o de un tercero, que a su vez la adquirió a título oneroso o gratuito. Esas son hipótesis posibles. En todo caso, parten de elementos existentes en los enunciados citados textualmente.

El contenido del artículo 3878.2 de Freitas, parece apartarse del resto de los enunciados de su sistema. Alchourrón y Bulygin no explican por qué relacionan expresiones que son manifiestamente distintas, pero sólo en un caso particular. La situación regulada en el 3878.2 tiene demasiados elementos de diferencia, y el resto de los enunciados tienen demasiados elementos de semejanza, para pasar esto por alto.

Tiene cierta plausibilidad afirmar que Vélez estimó que Freitas, en el 3878.2, estableció un sistema diferente, compuesto de una sola norma, que regula la hipótesis de un juicio reivindicatorio en que la cosa disputada es

entregada a un tercero, por quien resultó en definitiva judicialmente obligado a restituirla. Lo que podría quererse determinar es que, en esos casos, el propietario original no necesitaría volver a ejercitar otra acción reivindicatoria, sino que podía alcanzar en su ejecución a una persona distinta del condenado; o que conserva la competencia para ejercer nuevamente la reivindicación frente a otro potencial propietario.

Se pretende que esta es una interpretación no sólo distinta, sino mejor de Alchourrón y Bulygin, porque explica más cosas. Atiende a las diferencias que hay entre el 3878.2 y el resto del sistema de Freitas, que Alchourrón y Bulygin pasan por alto.

Esta lectura alterna señala, indirectamente, la influencia de la “ideología prescriptiva” con la que proceden Alchourrón y Bulygin. Partiendo del postulado que sólo hay controversias dirimibles en tribunales que implican enunciados prescriptivos susceptibles de cumplimiento forzoso, toman por obligación de restituir, lo que son casos de competencia para reivindicar.

Si se acepta que el 3878.2 regula otra situación, quedan dos opciones: incorporar el elemento de relevancia que contiene (el obligado a restituir, distinto del enajenante o adquirente de buena o mala fe), o sacar la norma (N2) de la matriz de casos, porque pertenece a un sistema distinto. Ambas posibilidades traen inconvenientes para la lectura prescriptiva del sistema de Freitas.

Vélez considera, según la lectura que hacen Alchourrón y Bulygin, sólo dos situaciones en forma explícita. En un caso (N1), determina que el propietario original es competente para reivindicar, presente la buena fe del adquirente, el título oneroso y la mala fe del enajenante. En el otro (N2) establece que el propietario original es competente para reivindicar, *aunque* esté presente la buena fe del adquirente, *si* la transacción es a título gratuito.

Si se toma en consideración que, leídos institucionalmente, se trata de enunciados de competencia, los que por oposición definen necesariamente los casos de incompetencia; y se le añaden los rasgos “morfológicos” indicados, parece una buena idea tratar de interpretarlos conjuntamente, organizándolos piramidalmente

En la base de la pirámide, de cuatro niveles, está la interpretación de la norma 2 (tomada del artículo 2778 del Código de Vélez, aunque de forma

incompleta), tal como aparece en la *IMCJS*: *Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete ... contra el actual poseedor, aunque de buena fe, si la hubo por título gratuito...* El propietario original es competente para reivindicar en los casos de transmisión gratuita, a pesar de que exista buena fe del poseedor, equivalente al adquirente (BFA.-TO → CR). Esa norma, tal como aparece citada parcialmente por Alchourrón y Bulygin, no aclara qué sucede con la buena o mala fe del enajenante.

El segundo peldaño de la pirámide está conformado por la interpretación a contrario de los aspectos internos de la norma 2. El que el propietario original sea competente para reivindicar, “*aunque*” haya buena fe del adquirente, “*si*” la hubo por título gratuito, implica que es igualmente competente para reivindicar cuando hay mala fe del adquirente y título gratuito. (-BFA · -TO → CR)

El tercer peldaño de la pirámide consiste en el corolario de los anteriores, por trasposición. Si con independencia de la buena o mala fe del adquirente hay reivindicación, si se da el título gratuito [(BFA v -BFA) · -TO → CR]; con independencia de la buena o mala fe del adquirente no hay reivindicación, si hay título oneroso [-CR → (BFA v -BFA) · TO]

El cuarto peldaño lo conforma la norma 1, que a su vez confirma la plausibilidad de las interpretaciones anteriores: el propietario original es competente en los casos de transmisión onerosa y buena fe del adquirente, que en principio impiden la reivindicación, si hay mala fe del enajenante.

En el caso no mencionado directamente, cuando hay transmisión onerosa, buena fe del adquirente y mala fe del enajenante, no hay competencia para reivindicar. No hace falta aclararlo porque por interpretación a contrario, se es incompetente para todo aquello que no se es competente.

No quedan lagunas en el sistema de Vélez, leído en forma institucional y piramidal, conforme dicho sistema se refleja en la *IMCJS*. Alchourrón y Bulygin pudieron, inadvertidamente, interpretar los enunciados de manera similar a la propuesta. Esto se intentará mostrar al respaldar la lectura institucional de los sistemas de Freitas y Vélez, con el argumento sintáctico.

3. El argumento sintáctico

Alchourrón y Bulygin han aclarado que un cambio de interpretación hace variar la base del sistema, y puede que la interpretación rival planteada no tenga suficiente fuerza para desplazar a la de la *IMCJS*. Por ello conviene permanecer en el nivel sintáctico de correlación entre casos y soluciones²⁷, aceptando y partiendo provisionalmente de la interpretación de la *IMCJS*, para explorar si se presentan contradicciones que logren refutar la lectura prescriptiva desde adentro, en base a sus supuestos. Así, ya no habría dos lecturas alternas, desechada la contradictoria.

Volvamos a revisar el ejemplo que Alchourrón y Bulygin ponen de un sistema completo y coherente, el de Freitas, compuesto de cuatro normas leídas como lo hacen los autores. Conviene, para facilitar el análisis, repetir la matriz que lo representa:

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

Pongamos el acento sobre un enunciado en especial, el 3, interpretado en forma amplia. Si hay transferencia a título oneroso, hay obligación de restituir. Esto se formaliza así: $-TO \rightarrow OR$. Pero por trasposición, se llega a un curioso resultado: si no hay obligación de restituir, no puede haber transferencia onerosa ($-OR \rightarrow TO$). Si con independencia de la buena o mala fe del adquirente, y con independencia de la mala o buena fe del enajenante, el título gratuito obliga a restituir; con independencia de la buena o mala fe del adquirente, y con independencia de la buena o mala fe del enajenante,

²⁷ ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, "Dogmática jurídica y sistematización del Derecho", en *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 467.

la restitución no debería ser posible cuando hay título oneroso, que es la negación del título gratuito. Pero esta inferencia causa contradicciones entre la norma 3 y las normas 1 y 2, en los casos 2, 3 y 4.

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

Hay una alternativa para superar la dificultad. Considerar que N3 tiene un campo de aplicación mucho más restringido, simbolizado así: OR → BFA.BFE.-TO. Con la nueva lectura, la norma se aplica sólo en un solo caso, el 5. Así, se impide la inferencia por trasposición a los casos 1 al 4. Por referirse conjuntamente a los tres supuestos de hecho, no se aplica a cualquier situación distinta en que no se presente esta particular combinación. Esta interpretación de N3 no sólo elimina las contradicciones creadas por la trasposición, sino que también acaba con la redundancia en los casos 6 y 8.

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

Ahora el sistema de Freitas es coherente, completo y, además, contiene una sola redundancia. Por tanto, parece una propuesta superior. ¿Por qué

Alchourrón y Bulygin no hacen tal lectura restrictiva? Por las consecuencias sobre las otras normas.

Si se acepta lo anterior, también se tiene que sostener que la norma 1 no expresa N1: OR→-BFE, sino que su contenido, asumiendo lo que Alchourrón y Bulygin denominan interpretación restringida, es sólo N1: OR→BFA.TO-BFE. En esta otra versión, N1 se aplica sólo al caso 2. Aparece así un “boquete” en el caso 6, donde antes había una redundancia.

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

Hay otra salida, que consiste en desechar el inicio de este desbarajuste. Alchourrón y Bulygin podrían aducir que dado que las prescripciones no admiten interpretación a contrario, por ende, no es válida la trasposición de N3, que termina considerando como positiva o fuerte, una situación negativa o débil, no consagrada explícitamente.

Aunque puede haber dificultades para entender lo que Alchourrón y Bulygin denominan *derivación de las consecuencias de la base normativa*, para lo que *se utilizan las reglas de inferencia*²⁸ (téngase presente que la trasposición es una regla de inferencia)²⁹, sin embargo, se puede contra argumentar que la lógica deóntica (al menos en el ámbito prescriptivo, no en el institucional) es distinta a la proposicional, precisamente, en aspectos como el rechazo de la trasposición como inferencia válida. Esto implica la posibilidad de postular dos lógicas jurídicas distintas.

²⁸ ALCHOURRON y BULYGIN, *Introducción a la Metodología...* p.117

²⁹ COPY, Irving, *Introducción a la lógica*. Buenos Aires, EUDEBA, 1978, p.336. La trasposición aparece numerada como la regla de inferencia 15.

Sin embargo, rechazada la trasposición de N3 y aceptada la interpretación amplia de N1 y N3, no terminan las dificultades. Las normas N1 y N3, tomando en consideración las expresiones “aunque” y “si” que aparecen en su contenido, igualmente restringen su campo de aplicación en relación a la lectura que de ellas se hace en la *IMCJS*. A lo más que se puede llegar es a considerarlas como disyunciones: N1: [(BFA.TO) v -(BFA.TO)]. -BFE →OR; N3: [(BFA.BFE) v -(BFA.BFE)]-TO →-OR.

El contenido de N3, aun interpretado en forma amplia, no puede llegar a aclarar qué sucede con la transferencia a título gratuito, cuando se encuentra acompañada de combinaciones distintas a las que aparecen dicho enunciado, tales como la buena fe del enajenante y de la mala fe del adquirente, o viceversa.

En N1 pasa otro tanto. La buena fe del enajenante se encuentra circunscrita sólo a una hipótesis determinada: establece la obligación de restituir cuando se presenta junto con el título oneroso y la buena fe del adquirente. Su campo de aplicación se puede extender un poco. *El uso de la palabra “aunque” parecería indicar que la buena fe del adquirente y el título oneroso sólo se mencionan a título de ejemplo (para indicar un caso límite) y que la única condición que la norma estipula para la reivindicación es la mala fe del enajenante*³⁰. Hasta aquí es cierto. Así, la norma puede cubrir la pareja de supuestos contraria: la mala fe del adquirente y el título gratuito, que es el caso 8. Pero no cubre los casos 4 y 6, en los que hay una combinación de propiedades de signo distinto a la conjunción contenida en la norma (título oneroso y mala fe adquirente, o título gratuito y buena fe adquirente).

En esto concuerdan, en parte, Alchourrón y Bulygin, cuando comentan que: *en esta interpretación amplia, la norma dice que la mala fe del enajenante es condición suficiente para la obligación de restituir, cualesquiera que sean las otras circunstancias: aunque hubiese buena fe en el adquirente y el título fuese oneroso*³¹. Pero no sabemos qué pasa cuando hay buena fe del adquirente y título gratuito, o mala fe del adquirente y título oneroso, que abarcan los casos 4 y 6. Esto no lo sabemos, al menos,

³⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la Metodología ...*p.39

³¹ *Ibidem*

en un plano sintáctico que defiende la independencia lógica de los supuestos, leídos en forma autónoma, respecto a enunciados jurídicos entendidos como prescripciones.

Así, N1 se aplica al caso 2 y puede mediante interpretación amplia abarcar al caso 8. No se trata de una interpretación a contrario o trasposición. La ampliación se fundamenta en la presencia de las expresiones “aunque” y “si”, que permiten construir una disyunción. Pero para aplicar N1 al caso 6, en cambio, se debe producir otra norma. De igual manera, la norma 3 resulta aplicable al caso 5, y por interpretación amplia al caso 8. Pero para aplicarla a los casos 6 y 7, debe producirse otra norma. Sin esa creación, el caso 6 queda por fuera de la cobertura de las normas 1 y 3 de Freitas.

Alchourrón y Bulygin exponen, en la *IMCJS*, un ejemplo útil para el punto que se desea demostrar, al criticar el uso del argumento a contrario (que es la trasposición) en las prescripciones, atendiendo al grado de relevancia de los elementos del sistema. Dado un sistema con dos normas: N1 (si se dan A y B, debe ser p) y N2 (si se dan no A y no B, debe ser no p), ¿cuál es el status deóntico en el caso en que se den las circunstancias A y no B, o no A y B?³² No es posible establecerlo con la información contenida en las normas.

El enunciado “si la ceremonia va a comenzar en dos horas, aunque te cambies de ropa inmediatamente, y tomes el tren, no podrás asistir a la boda”, no imposibilita que el destinatario del enunciado pueda asistir, si no se cambia de ropa y toma el tren. La única forma de darse cuenta de que esa alternativa es inválida, es suponiendo el contenido de otro enunciado, tal como: “sin frac, no podrás asistir a la boda”

La norma 1 de Freitas establece que *aunque* BFA y TO estén presentes, si está -BFE, debe ser OR, lo que se simboliza [(BFA . TO).-BFE →OR]. También se simboliza en forma amplia: esté o no la buena fe del adquirente y sea a título oneroso o gratuito, si hay mala fe del enajenante, habrá reivindicación, lo que se simboliza [-(BFA.TO) ∨ (BFA.TO)].-BFE→OR. Hasta aquí se puede llegar. Pero no se puede saber qué sucede si se presenta BFA y -TO, o si se presenta -BFA y TO.

³² Ibid, p.224

Los cambios “internos” entre BFA y TO (BFA.-TO; TO.-BFA) serían, en la terminología de Alchourrón y Bulygin, “irrelevantes”, por pertenecer a un universo de casos más fino³³, respecto a un universo de casos en que sólo existen dos elementos de relevancia –BFE, y la conjunción de (BFA.TO).

Si se construye un universo de casos con sólo dos elementos, BFE y (BFA.TO), éste no se puede combinar, en un mismo sistema, con un universo de casos de normas que contengan la conjunción de BFA y a TO. Se trataría de niveles con distinto grado de fineza. La forma en que estos diferentes niveles de desagregación se pueden traducir a un sistema, es ordenando previamente dichas normas en forma arbórea o piramidal, conforme se expuso en el caso de Vélez.

Sin estos ajustes interpretativos arbóreos o piramidales, la matriz de casos del sistema de Freitas, por la independencia parcial y asimétrica de los elementos de relevancia, no es completa. En sentido estricto, la matriz de casos que presentan Alchourrón y Bulygin carece de los casos 3, 6 y 7.

1.-	BFE	BFA	TO	Caso existente, considerado por Freitas en 3882.1
2.-	-BFE	BFA	TO	Caso existente, considerado por Freitas en 3877.2
3.-	BFE	-BFA	TO	Caso inexistente, debe crearse norma
4.-	-BFE	-BFA	TO	Caso existente, interpretación amplia del 3882.1
5.-	BFE	BFA	-TO	Caso existente, considerado por Freitas en 3878.3
6.-	-BFE	BFA	-TO	Caso inexistente, debe crearse norma
7.-	BFE	-BFA	-TO	Caso inexistente, debe crearse norma
8.-	-BFE	-BFA	-TO	Caso existente, interpretación amplia del 3878.3

¿No tenía tal vez razón Vélez, tal como su sistema aparece en la *IMCJS*, al descartar dos normas de Freitas porque no resultan en definitiva necesarias, y porque podían producir los problemas que efectivamente producen? El sistema de Freitas, según se presenta en la cuadrícula de la matriz de casos, o se interpreta de una forma que conduce a una contradicción, o conduce a varias lagunas, o se ordena piramidalmente para superar las dificultades. Si se hace esto último, se nota que el sistema de Vélez que aparece en la *IMCJS* es mejor, en tanto es más económico y nítido.

³³ Ibid pp.152-53.

¿Le falta a Vélez determinar qué sucede cuando coinciden la buena fe del actual poseedor y del enajenante, y el título oneroso? Evidentemente que no. ¿Puede suscitar dudas y controversias esta situación? Evidentemente que sí. Y las dos cosas son entendibles, pero no por una laguna prescriptiva, sino por una eventual laguna configurativa que no aclarase el caso de dos propietarios distintos, con similares derechos sobre un mismo inmueble.

Lo que los sistemas de Freitas y Vélez hacen, institucionalmente interpretados, es agregar (o más bien crear, puesto que en la hipótesis de los ejemplos, son las únicas normas existentes) una causal de extinción de la propiedad. Están determinando cuándo alguien deja de ser propietario de un inmueble, y por ende pierde la facultad de reivindicarlo, frente a otro que pasa a ser propietario por acto entre vivos, en forma distinta a la venta, la donación o la usucapión. Al hacer esto, reestablecen configurativamente el alcance o vigencia de la propiedad, para determinar institucionalmente el ámbito de competencias reivindicatorias del propietario original, frente a otro sujeto que le disputa la condición de propietario. Esto, por último, tiene una manifestación prescriptiva, ya que la titularidad de la propiedad conlleva el ejercicio facultativo de la competencia reivindicatoria, lo que eventualmente produce prescripciones que establecen la obligación de restituir. Pero este último asunto no es el centro de interés de los sistemas considerados, sino una mera consecuencia forzosa.

La controversia que se dirime aplicando los sistemas de Freitas y Vélez no es, como pretenden Alchourrón y Bulygin, determinar a partir de una prescripción, el estatus deóntico de una acción prescriptiva, que para una parte se denomina reivindicación, derecho que tiene como correlato el deber de restitución en la otra parte. El conflicto de intereses se presenta a nivel institucional entre el ejercicio válido de la competencia para reivindicar, y el ejercicio aparentemente válido de la competencia de resistir la intervención de terceros (que supone la invalidez de la reivindicación). El choque de dos enunciados técnicos, por eventuales problemas en la configuración institucional, es lo que ha producido los problemas doctrinarios.

IV. Conclusiones

El enfoque lingüístico, según lo planteado, brinda la doble utilidad de presentar un criterio de clasificación de los derechos subjetivos que man-

tiene la unidad y permite la relación de los diferentes usos del término. Y contribuye, conforme al ejemplo del sistema de Vélez revisado, según su exposición en la *IMCJS*, a una aplicación más adecuada de los enunciados que contienen derechos subjetivos.

La lectura propuesta podría tener importantes implicaciones teóricas. La primera consecuencia, ya vista, consiste en debilitar la distinción que Alchourrón y Bulygin establecen entre lagunas normativas y axiológicas. Si toda norma es fruto de la interpretación de la formulación normativa, y si la interpretación puede estar influida por valores (en forma de una ideología prescriptiva o de una ideología institucional), las pretendidas lagunas normativas también pueden ser introducidas por la visión del operador jurídico, conforme sucede con las axiológicas.

Otra consecuencia teórica es que se abre a la exploración la posibilidad de que los sistemas institucionales, a diferencia de los prescriptivos, deban satisfacer un requisito lógico distinto, pero equivalente, a la completitud. Esto también implica la posibilidad de concebir dos tipos de lógica jurídica.

También promete ser un campo fértil para la especulación estudiar las relaciones de rivalidad, inclusión y exclusión entre los sistemas prescriptivos e institucionales.

Por último, la mirada propuesta podría ayudar a aclarar el debate entre Atria y Bulygin, respecto a las lagunas normativas. La distinción entre sistemas institucionales y prescriptivos lleva a postular que cuando se trate de un sistema de enunciados prescriptivos, el Juez no cuente con normas contingentes de clausura, y tenga la obligación también contingente de decidir sobre el fondo, deberá en el caso de una laguna prescriptiva comportarse como legislador. Cuando el sistema de enunciados sea igualmente primario, pero institucional, el modelo de Atria parece más indicado, con una importante corrección. La decisión no se produciría por las normas secundarias. Se aplicaría un sistema primario o dirigido al súbdito que, por su carácter técnico, comparte igualmente las características de plenitud del sistema secundario que regula los requisitos de una sentencia válida. Tal corrección acepta la validez de la crítica de Bulygin. Al permitir un desplazamiento del sistema primario por el secundario, que lleve a una decisión fundamentada en el Derecho, sin que el Juez se comporte como legislador, Atria admite tácitamente la presencia de algo equivalente a una norma

de clausura permisiva, no contingente, al menos desde el punto de vista práctico. Esta podría ser una inconsecuencia de su modelo. Además, Atria también desatiende la obligación de resolver el fondo de la controversia aun ante el silencio de la ley, cuando esta se presente en forma contingente.

Una ventaja de la propuesta sería ayudar reducir la discrecionalidad judicial, lo que también es una meta de los ordenamientos jurídicos contingentemente establecida, evitando las lagunas que produce la lectura prescriptiva de los sistemas institucionales.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006 (5ta reimpresión).
- , “Dogmática jurídica y sistematización del Derecho”, en *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid, 1991, Centro de Estudios Constitucionales,
- ATIENZA, Manuel, y MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ATRIA, Fernando, “Sobre las lagunas” en *Lagunas en el derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BULYGIN, Eugenio, “Creación y aplicación del derecho”, en *Lagunas en el derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- COPY, Irving, *Introducción a la lógica*. Buenos Aires, EUDEBA, 1978.
- GATTI, Edmundo. *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- HART, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HERNANDEZ, Héctor. *Derecho subjetivo, derechos humanos*, Abeledo Perrot Buenos Aires, 2000.
- HERNANDEZ MARIN, Rafael. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- NINO, Santiago. *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

ROBLES, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mayorca, Palma de Mayorca, 1984.

———, *Teoría del derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho*. Pamplona, Editorial Civitas-Thompson, 2010.

SUCAR, Germán. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, (Tesis Doctoral). (Existe edición impresa de la Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008)

DERECHO, PODER Y LENGUAJE: HACIA UNA NUEVA TOPOLOGÍA DE LA JURIDICIDAD

*Marina Gorali*¹

Resumen: La Botella de Klein es una figura topológica no orientable que no posee exterior ni interior. Es una superficie que implica un autoatravesamiento: la torsión que conlleva hace que los giros que la rodean se in-viertan después de dar la primera vuelta. Su construcción se gesta a partir de dos bandas de Moebius de torsión diferente pegadas en su borde. Como el sin-fin de las mil y una noches o la escena dentro de la escena, el trazado topológico de la Botella de Klein reabre el enlace de una infinita interrogación: ¿Hay un afuera y un adentro en la interpretación jurídica? Si – como señala Cárcova- un razonable equilibrio permite superar la pretensión de un sentido último y definitivo sin que ello importe decantar en un radical escepticismo, ¿cuál es el recorrido de esta multiplicidad? ¿Es esta errancia una migración sin orden, o por el contrario –como en los cuentos de Kafka- la apuesta por el desplazamiento del sentido nos habla de la ausencia como posibilidad? El presente trabajo pretende recorrer parte esta huella inscribiéndose en el marco de una profunda convicción: el derecho merece la posibilidad de su resignificación. Nuevas topologías pueden ciertamente contribuir a este desafío. Desafío que nos interroga como operadores jurídicos pero fundamentalmente nos interroga como comunidad.

Palabras clave: Interpretación Jurídica; Sentido; Topología; Poder; Lenguaje

Law, Power, and Language: Towards a New Topology of Legality

Abstract: Klein's Bottle is a topologic figure which cannot be oriented, possessing neither an outside nor an inside. It is a surface that implies a self-go-

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires – Licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires – Doctoranda de la Facultad de Derecho (UBA) – Investigadora tesista Proyecto UBACYT “La deriva del sentido y los límites de la interpretación judicial” dirigido por el Dr. Carlos M. Cárcova – Docente Filosofía del Derecho, Cátedra Cárcova, Facultad de Derecho(UBA). Miembro Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

through: the torsion it entails make the turnings that surround it get inverted after the first lap. Its construction stems from two moebius strips of differing torsion attached to its border. Like the never-end from the 1001 Arabian Nights or the scene-within-the-scene, the topological route of Klein's Bottle re-opens an infinite interrogation: Is there an outside and an inside in legal interpretation? If –as Carlos Carcova points out– a reasonable equilibrium allows for an overcoming of the pretension of an ultimate and definitive meaning without it implying turning to a radical skepticism, which is the itinerary of this multiplicity? Is this wandering an orderless migration, or to the contrary –just like in Kafka's tales– the bet for a displacement of meaning speaks of absence as a possibility? This article aims at going over this path assuming as a profound belief that law deserves to be re-signified. New topologies can certainly contribute to this challenge. A challenge that interrogates us as legal actors but most of all as a community.

Keywords: Legal Interpretation; Meaning; Topology; Power; Language

“El verdadero laberinto es la línea recta”. J.L.Borges

La Botella de Klein es una figura topológica² no orientable que no posee exterior ni interior. Es una superficie que implica un autoatravesamiento: la torsión que conlleva hace que los giros que la rodean se inviertan después de dar la primera vuelta. Su construcción se gesta a partir de dos bandas de Moebius de torsión diferente pegadas en su borde

Como el sin-fin de las mil y una noches o la escena dentro de la escena, el trazado topológico de la Botella de Klein reabre el enlace de una infinita interrogación: ¿Hay un afuera y un adentro en la interpretación jurídica? Si – como señala Cárcova- un razonable equilibrio permite superar la pretensión de un sentido último y definitivo sin que ello importe decantar en un

² La topología ha marcado una intensa impronta en las enseñanzas de Jacques Lacan. Figuras como la banda de Moebius, el toro, el cross-cap, la botella de Klein, el nudo borromeo, han dibujado gran parte del pensar lacaniano. Trayectos que lejos de conformar metáforas, elaboran la estructura que funda su disposición espacial. J. A. Miller explica que la topología de Lacan está presente desde el Discurso de Roma (1953) donde al final, al referirse a la función primordial de la muerte, marca su lugar de manera eminente. “Decir que este sentido mortal revela en la palabra un centro exterior al lenguaje es más que una metáfora y revela una estructura”. Para Miller todos los problemas de la topología de Lacan ya están presentes en esta frase. ¿De qué está hecha esta topología? Primero hay tres objetos, no más. Esta topología está al nivel de la geometría proyectiva y de tres superficies de esta disciplina que clásicamente se llamaba análisis situs. Se trata de la banda de Moebius, de la botella de Klein y del cross-cap, figura un poco más compleja que Lacan introduce en su Seminario sobre la identificación. Por otro lado, están los nudos, más precisamente el nudo borromeo, introducido en el seminario XX.

radical escepticismo, ¿cuál es el recorrido de esta multiplicidad? ¿Es esta errancia una migración sin orden, o por el contrario -como en los cuentos de Kafka- la apuesta por el desplazamiento del sentido nos habla de la ausencia como posibilidad? ¿Es la torsión del espacio discursivo que contiene lenguaje y ley el lugar que aloja la lectura de una inasible juridicidad? Y en tal caso ¿Cuál es la dimensión política que habilitaría este anudamiento?

La literatura de Kafka capta el instante mismo de esta torsión: el sentido no está allí dado en el texto sino desplazado porque la única manera que tiene de acontecer es en lo ausente, en lo inacabado. Benjamin decía que las novelas se bastan a sí mismas, mas los libros de Kafka no se bastan nunca, sino que son narraciones preñadas de una concreta moraleja, una que, sin embargo, nunca llega a nacer.³

La obra de Blanchot se inscribe también en la marca de este cruce: la reflexión jamás cierra sobre sí misma, sino que desplaza su objeto hasta el infinito y vive en esa disrupción como el lugar de una libertad desconocida. Las referencias recurrentes al “habitar” (habitación, estancia, errancia) vuelven a plantear la cuestión de la «modernidad» del descentrado y disperso sujeto blanchotiano. Imágenes diametralmente opuestas en su desarraigo a los lemas heideggerianos de patria, tierra, casa⁴.

La radicalización del no-lugar vuelve a tomar forma en el cuerpo de los textos, redescubriendo el estrecho vínculo entre palabra e indecibilidad. Este trayecto interroga la forma misma del lenguaje pero fundamentalmente el estatuto político de aquella construcción.

Identificada con el todo, la razón hegeliana excluye todo rastro polifónico del discurso. Se trata de un monólogo que desvasta 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 alojada la integridad de lo existente.⁵

³ BENJAMIN, W. (1989) “*Franz Kafka: construyendo la muralla china*” en *Walter Benjamin. Obras Libro II. Vol. 2*, Abada Editores, Madrid, 2009

⁴ Cf. BLANCHOT, Maurice. “Introducción de Repalda J.” En *El paso (no) más allá*. Paidós, Barcelona, 1994.

⁵ Cfr. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito*. Ediciones Sígueme. Salamanca, 2006, SUCASAS, Alberto. *Levinas: lectura de un palimpsesto*. Ed. Lilmod, Buenos Aires, 2006.

Frente a ello es preciso oponer la apertura misma de lo infinito y la desarticulación de toda comunidad de sustancia. Lejos de asentarse en el *propium*, la *communitas* se constituye como conjunto de personas a quien une, no una propiedad, sino una falta, una despropiación que inviste y descentra al sujeto, forzándolo a salir de sí mismo. A alterarse.⁶

Para Levinas 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”, Levinas 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 Lévinas denomina lo Dicho. Es también el tiempo de la autoconstitución de la conciencia a través de la constitución de 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 requiriente 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.⁷

⁶ Cfr. ESPÓSITO, Roberto. *Communitas. Origen y destino de la comunidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 2007.

⁷ Cfr. GARRIDO MATURANO, Angel. *Sincronía, diacronía y tiempo mesiánico: génesis y evolución de la noción de tiempo en la fenomenología de Emmanuel Levinas*, Revista Enfoques, vol. XIV, núm. 1, enero-diciembre, 2002, Universidad Adventista del Plata, pp. 57-71.

La errancia supone el movimiento mismo del lenguaje, siempre en marcha, en incesante desplazamiento, atestiguando la propia equivocidad. La palabra ya no habla, circula, dialoga, muestra el destierro, se abisma en la indecibilidad. Foucault decía “de aquí en adelante, el lenguaje va a crecer sin punto de partida, sin término y sin promesa”.

Es en esta tensión entre la necesidad que el lenguaje tiene de sobreponerse a su inevitable ambigüedad, de nombrar una parte del mundo y la imposibilidad de satisfacerla⁸, el lugar que aloja la lectura, la interpretación.

Kristeva⁹ señalaba que un texto no es la significación estructurada que se presenta en un corpus lingüístico visto como una estructura plana. Es su engendramiento: un engendramiento inscripto en ese fenómeno lingüístico, ese fenómeno que es texto impreso, pero que no es legible más que cuando se remonta verticalmente a través de su génesis: 1) de sus categorías lingüísticas y 2) de la topología del acto significativo. Lo que se abre en esa vertical es la operación (lingüística) de generación del feno-texto.¹⁰

La zona generativa así abierta ofrece un objeto de conocimiento que “deroga los principios de la localización euclidiana” y no tiene “especificidad sustancial”¹¹. El texto será pues un objeto dinamizado: el discurso que tratará de él tendrá por finalidad detectar los tipos de objetos dinamizados que se presentan como significantes.

El Derecho desplegado como relato, como narración, descubre la estructura misma de la inasibilidad. Estructura que se desplaza en la doble torsión que el espacio de Klein anuda, produciendo el incesante baile de la infinitud.

⁸ Cf. YELIN, J. “¿De qué está hablando? Las primeras lecturas de Kafka en el ámbito hispanoamericano”, Ponencia al II Congreso Internacional de Cuestiones Críticas. Rosario, 2009.

⁹ KRISTEVA, Julia. “Preliminares al concepto de texto. El semanálisis”, en *Semiotica 2*, Espiral, 1981.

¹⁰ Kristeva señala: “Denominaremos a esa operación un geno-texto, desdoblado así la noción de texto en feno-texto y geno-texto (superficie y fondo, estructura significada y productividad significativa)”.

¹¹ BACHELARD, Gastón. *La filosofía del 'no': ensayo de una filosofía del nuevo espíritu científico*, Amorrortu, Buenos Aires, 2003.

Barthes¹² en “La lección inaugural” cifraba la compleja trama entre poder, lenguaje e imposibilidad. Allí sostenía que el poder (la libido domi-
nandi) está siempre agazapado en todo discurso que se sostenga, así fuere a
partir de un lugar fuera del poder. Y cuanto más libre sea la enseñanza, más
aún resulta necesario preguntarse en qué condiciones y según qué operacio-
nes puede el discurso desprenderse de todo querer-asir.

“Algunos esperan de nosotros que actuemos en toda ocasión contra el
Poder -escribe Barthes -; pero nuestra verdadera guerra está en otra parte;
está contra los poderes, no se trata de un combate fácil porque, plural en
el espacio social, el poder es, simétricamente, perpetuo en el tiempo his-
tórico: expulsado, extenuado aquí, reaparece allá; jamás perece: hecha una
revolución para destruirlo, prontamente va a revivir y a rebrotar en el nuevo
estado de cosas. La razón de esta resistencia y de esta ubicuidad es que el
poder es el parásito de un organismo transocial, ligado a la entera historia
del hombre, y no solamente a su historia política, histórica. Aquel objeto en
el que se inscribe el poder desde toda la eternidad humana es el lenguaje o,
para ser más precisos, su expresión obligada: la lengua.”

En este contexto sólo es posible una cosa, hacerle trampas a la lengua.
A esta fullería saludable que permite escuchar a la lengua fuera del poder
- en el esplendor de una revolución permanente del lenguaje- Barthes la
llamaba sencillamente: literatura.

La literatura, en su inacabado intento por representar lo “real” (aquello
que se sustrae, que escapa a lo simbólico)¹³, habla quizás lo imposible. Es
precisamente a esta imposibilidad topológica a la que la literatura no quiere
nunca someterse. Los hombres no se resignan a esa falta de paralelismo
entre lo real y el lenguaje, y es este rechazo, posiblemente tan viejo como el
lenguaje mismo, el que produce, en una agitación incesante, la literatura¹⁴.

¹² BARTHES, Roland.. *El placer del texto y Lección inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.

¹³ En el sentido de “lo real” en Lacan.

¹⁴ Barthes dice: “Podría imaginarse una historia de la literatura o, para decirlo mejor, de las producciones de lenguaje, que fuera la historia de los expedientes verbales, a menudo muy locos, que los hombres han utilizado para reducir, domeñar, negar o por el contrario asumir lo que siempre es un delirio, a saber, la inadecuación fundamental del lenguaje y de lo real.”

A partir de ahí pensaríamos en una subjetividad que está siempre en relación con aquello que no puede realizarse, con aquello que excede.

Quizás esa sea la brújula que tanto ansiamos encontrar, legado que nuestros maestros nos han sabido transmitir: la inmensa fuerza filosófica que el saber literario nombra cuando se entrecruza con el complejo y paradójico recorrido discursivo de la juridicidad. Saber que lejos de suturar, mantiene abierta la falta, la abertura que ya somos, pasaje que nos referencia y constituye como inconclusividad.

Bibliografía

- BACHELARD, Gastón. *La filosofía del 'no': ensayo de una filosofía del nuevo espíritu científico*, Amorrortu, Buenos Aires, 2003.
- BARTHES, Roland.. *El placer del texto y Lección inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.
- BENJAMIN, W. (1989) "*Franz Kafka: construyendo la muralla china*" en *Walter Benjamin. Obras Libro II, Vol. 2*, Abada Editores, Madrid, 2009.
- BLANCHOT, Maurice. "Introducción de Repalda J." En *El paso (no) más allá*. Paidós, Barcelona, 1994.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito*. Ediciones Sígueme, Salamanca, 2006, SUCASAS, Alberto. *Levinas: lectura de un palimpsesto*. Ed. Lilmod, Buenos Aires, 2006.
- ESPÓSITO, Roberto. *Communitas. Origen y destino de la comunidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 2007.
- GARRIDO MATURANO, Angel. *Sincronía, diacronía y tiempo mesiánico: génesis y evolución de la noción de tiempo en la fenomenología de Emmanuel Levinas*, Revista Enfoques, vol. XIV, núm. 1, enero-diciembre, 2002, Universidad Adventista del Plata, pp. 57-71.
- YELIN, J. "*¿De qué está hablando? Las primeras lecturas de Kafka en el ámbito hispanoamericano*", Ponencia al II Congreso Internacional de Cuestiones Críticas, Rosario, 2009.
- KRISTEVA, Julia. "Preliminares al concepto de texto. El semanálisis", en *Semiotica 2*, Espiral, 1981.

EL DERECHO Y EL AUTOR

*Jorge Roggero*¹

Resumen: Basado en la categoría foucaultiana de “función-autor”, Ian Ward sostiene que es necesario reintroducir la noción de autor en los estudios *Derecho y Literatura* con un objetivo educacional de categorización. Este artículo se propone demostrar que el propósito de Ward se puede lograr sin reponer la problemática figura del autor.

Palabras clave: Muerte del autor –función-autor– Derecho y Literatura

The Law and the Author

Abstract: Based on Foucault’s category of author-function, Ian Ward argues that is necessary to reintroduce the notion of author in *Law and Literature* studies with an educational categorization goal. This paper aims to demonstrate that Ward’s purpose can be achieved without replacing the problematic figure of the author.

Key words: Death of the Author –Author-Function– Law and Literature

I. Introducción

¿Qué es un autor? ¿Para qué sirve? A casi cincuenta años de su muerte conviene, sin embargo, recordarlo. ¿Qué sentido tiene esta desaparición? ¿Qué consecuencias acarrea para el derecho? ¿Qué posición debe asumir el movimiento *Derecho y Literatura* en relación a este acontecimiento?

En uno de los capítulos de su ya clásico *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Ian Ward sostiene la necesidad de reintroducir la

¹ Abogado y Licenciado en Filosofía por la UBA. Profesor Adjunto a cargo de la materia: “Derecho y Literatura. Elementos para un análisis semiológico, crítico y deconstructivo del discurso jurídico” de la Facultad de Derecho de la UBA. Director del proyecto de investigación DeCyT 1233: “Derecho y Literatura. Una articulación necesaria”, con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la UBA. jorgeroggero@hotmail.com

noción de autor en el ámbito de los estudios *Derecho y Literatura*, “si no en la empresa interpretativa, al menos en la pragmática del uso del texto”.² Según Ward, es el autor quien controla el uso del texto. En apoyo de su tesis, el jurista invoca la noción de “función-autor” propuesta por Michel Foucault³ y la define como una “‘fuerza restrictiva’, una que ‘impide la libre circulación, la libre manipulación, la libre composición, descomposición y recomposición de la ficción’”.⁴ Me propongo en este artículo poner en cuestión la pertinencia de la reflexión de Ward en un doble sentido. En primer lugar, considero que existe una cierta ambigüedad en la lectura del texto foucaultiano propuesta por el jurista. El capítulo de su libro exhibe ciertas tensiones que demandan una aclaración. Estratégicamente, Ward utiliza de modo indistinto la noción de autor y la categoría de “función-autor” que Foucault claramente diferencia. En segundo lugar, entiendo que los objetivos del movimiento *Derecho y Literatura*, enunciados por Ward –y que comparto–, a saber: intervenir en la educación y presentar una agenda socio-política,⁵ pueden alcanzarse de manera más efectiva si no se intenta reponer la noción de autor. Ian Ward es, sin lugar a dudas, uno de los exponentes más lúcidos e influyentes del *Law and Literature Movement*. Su trabajo representa un aporte invaluable para la consecución de los fines planteados. Particularmente respecto del objetivo educacional, la tarea de Ward es de una importancia decisiva.⁶ Sin embargo, entiendo necesario revisar su propuesta en este capítulo de su *Law and Literature...*, pues considero que en la noción de autor se pone en juego un supuesto que condiciona nuestra concepción de la tarea educativa y socio-política. El derecho debe aprender de la teoría literaria la imposibilidad de garantizar el sentido, debe procurar emancipar sus palabras de todo control disponiéndolas para una libre apropiación. No existen sentidos fijos, los significados se constituyen en el marco de la disputa política, disputa que consiste precisamente en un combate por las palabras. Ahora bien, esto no implica afirmar que

² WARD, Ian, “Text, Author and Literature in Legal Studies”, en *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 28.

³ Cfr. FOUCAULT, Michel, “Qu’est-ce qu’un auteur?”, *Littoral*, 9, 1983, pp. 3-32.

⁴ WARD, Ian, “Text, Author and...”, op. cit., pp. 30-31.

⁵ Cfr. *ibidem*, p. 38.

⁶ Cfr. en especial el reciente artículo: WARD, Ian “Legal Education and the Democratic Imagination”, *Law and Humanities*, 3, 1, 2009, pp. 87-112.

exista una completa indeterminación. Toda palabra, toda frase, todo texto se encuentra sujeto a la mediación interpretativa, pero ésta se da siempre inscripta en un marco contextual que la restringe y la determina. El acto interpretativo no es ni arbitrario ni individual, sino más bien el producto de una articulación de libertad y restricción en base a presupuestos y pre-comprensiones de carácter colectivo.

Con el objetivo de aclarar los extremos de esta hipótesis, en un primer apartado examinaré la idea de “la muerte del autor”, deteniéndome particularmente en el tratamiento que Foucault hace de ella en su “¿Qué es un autor?” y distinguiéndolo de la lectura que hace Ward. En un segundo apartado analizaré la noción foucaultiana de “función-autor” y la propuesta de categorización de Ward. Finalmente, propondré algunas conclusiones aplicables al ámbito del derecho.

II. La muerte del autor

Hacia 1968, desplegando las consecuencias de la nietzscheana muerte de Dios,⁷ Roland Barthes proclama la “muerte del autor”: “Darle a un texto un Autor es imponerle un seguro, proveerlo de un significado último, cerrar la escritura. Esta concepción le viene muy bien a la crítica, que entonces pretende dedicarse a la importante tarea de descubrir al Autor (o a sus hipótesis: la sociedad, la historia, la psique, la libertad) bajo la obra: una vez hallado el Autor, el texto se ‘explica’. [...] [Sin embargo] un texto está for-

⁷ Cabe destacar que el *dictum* nietzscheano no apunta a señalar la inexistencia de Dios, sino que se compromete con una afirmación más amplia que excede el ámbito de la religión. Nietzsche sostiene la ausencia de todo fundamento que se postule como absoluto y definitivo. “El hombre frenético saltó en medio de ellos y los traspasó con su mirada: ‘¿A dónde ha ido Dios?’, gritó, ‘¡yo os lo voy a decir! ¡Nosotros lo hemos matado –vosotros y yo! ¡Todos nosotros somos sus asesinos! ¿Pero cómo hemos hecho esto? ¿Cómo fuimos capaces de beber el mar? ¿Quién nos dio la esponja para borrar todo el horizonte? ¿Qué hicimos cuando desencadenamos esta tierra de su sol? ¿Hacia dónde se mueve ahora? ¿Hacia dónde nos movemos nosotros? ¿Lejos de todos los soles? ¿No caemos continuamente? ¿Y hacia atrás, hacia los lados, hacia adelante, hacia todos los lados? ¿Hay aún un arriba y un abajo? ¿No erramos como a través de una nada infinita? ¿No nos sofoca el espacio vacío? ¿No se ha vuelto todo más frío? ¿No llega continuamente la noche y más noche? ¿No habrán de ser encendidas lámparas a mediodía? ¿No escuchamos aún nada del ruido de los sepultureros que entierran a Dios? ¿No olemos aún nada de la descomposición divina? –también los dioses se descomponen. ¡Dios ha muerto! ¡Dios permanece muerto! ¡Y nosotros lo hemos matado!’”. NIETZSCHE, Friedrich, *La ciencia jovial*. “*La gaya scienza*”, trad. José Lara. Monte Ávila, Caracas, 1990, p. 117. La muerte de Dios es la muerte de todo sentido último y definitivo, de todo fundamento, de todo *arché*.

mado por escrituras múltiples, procedentes de varias culturas y que, unas con otras, establecen un diálogo, una parodia, una contestación; pero existe un lugar en el que se recoge toda esa multiplicidad, y ese lugar no es el autor, como hasta hoy se ha dicho, sino el lector. [...] La unidad del texto no está en su origen, sino en su destino. [...] El nacimiento del lector se debe pagar con la muerte del autor”.⁸ Barthes advierte que la figura del “autor” es deudora de la idea de “Dios”. Ambos actúan como un sentido último que garantiza la univocidad del sentido. Sostener la “muerte de Dios” implica sostener la “muerte del autor”, lo que equivale a afirmar la irreductible multiplicidad del texto que sólo adquiere una configuración de sentido en la interpretación del lector.

Por esos mismos años, la obra de Jacques Derrida trabaja la misma cuestión con notable insistencia y radicalidad. La deconstrucción considera que toda escritura supone la ausencia del autor. Escribir es siempre escribir para cuando uno no esté. El autor jamás va a poder dar cuenta de lo que escribió. Una vez escrita, la palabra comete parricidio, se independiza del *querer decir* del autor, su sentido comienza a rodar, se disemina sin poder ser reconducida a un significado originario. La escritura es diseminación de sentido. Por eso Derrida, ya en 1964, invitaba a emancipar el lenguaje, *laisser la parole*, “dejar la palabra [...] dejarla hablar completamente sola, cosa que sólo puede hacerse en lo escrito”.⁹

1. La lectura de Michel Foucault

Este es el marco en el que se inscribe la reflexión foucaultiana sobre el autor en su Conferencia de 1969, dictada ante la *Société Française de Philosophie*, titulada “¿Qué es un autor?”. La pregunta que va a guiar su análisis es si estas consideraciones sobre la “muerte del autor” han sido lo suficientemente radicales. Foucault se cuestiona si esta constatación, que goza de un amplio consenso en la crítica contemporánea, no es más que una mera expresión de deseo: “...no estoy seguro de que se hayan extraído rigurosamente todas las consecuencias exigidas por esa constatación, ni de que se haya tomado con exactitud la medida del acontecimiento. Más precisamente, me

⁸ BARTHES, Roland, “La mort de l’Auteur”, en *Le bruissement de la langue*, Éditions du Seuil, Paris, 1984, pp. 68-69.

⁹ DERRIDA, Jacques, “Edmond Jabès et la question du livre”, en *L’écriture et la différence*, Éditions du Seuil, Paris, 1967, p. 106.

parece que un cierto número de nociones que están hoy destinadas a sustituir el privilegio del autor, de hecho, lo bloquean, y esquivan lo que debería ser despejado".¹⁰ Tal el caso de las nociones de obra y de escritura, que –según Foucault– obturan la posibilidad de llevar la desaparición del autor hasta sus últimas consecuencias. La crítica cree que puede abocarse al estudio de la obra y prescindir de la idea de autor, pero no parece advertir el carácter problemático de la noción de obra. Existe una dependencia entre la obra y el autor en la que no se ha reparado suficientemente. ¿Se puede hablar de obra sin autor? Si el marqués de Sade no es considerado un autor, ¿se puede hablar de una obra en referencia a sus papeles? E, inversamente, ¿todo lo que escribe un autor es obra? ¿Cómo se delimita la unidad de la obra? ¿Todo fragmento encontrado entre los papeles de Nietzsche forma parte de su obra? ¿Aun una nota de lavandería o una dirección encontrada en uno de sus cuadernos de aforismos? Es insuficiente sostener que podemos abocarnos al estudio de la obra prescindiendo del autor, porque la palabra "obra" designa una unidad igualmente conflictiva que la individualidad del autor.¹¹

La segunda noción que actúa como un impedimento para desplegar las implicancias de la muerte del autor es la noción de escritura. En este punto, la crítica foucaultiana se dirige a Derrida. Según Foucault, la noción derridiana de escritura traspone en una suerte de "anonimato trascendental", los caracteres empíricos del autor. La propuesta de Derrida parece entronizar a la escritura en el lugar vacante dejado por el autor, pues ella mantiene "los privilegios del autor bajo la salvaguarda del *a priori*".¹² Si el objetivo es pensar la desaparición del autor en toda su dimensión, es necesario levantar el "bloqueo trascendental" que impone la noción de escritura.

Más allá de que se acepten o no las objeciones a las nociones de obra y de escritura, la Conferencia deja en claro que Foucault comparte la posición de la crítica respecto de la desaparición del autor. Su propuesta no es negar esta desaparición, sino, por el contrario, poner en evidencia que no es posible afirmar la "muerte del autor" sin problematizar estos conceptos, es decir, su planteo invita a tomar conciencia de que es necesario pensar este aconteci-

¹⁰ FOUCAULT, Michel, "Qu'est-ce qu'un auteur?", op. cit., pp. 7-8.

¹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 8-9.

¹² *Ibidem*, p. 9

miento en toda su radicalidad si nuestro objetivo es afirmar el beckettiano “qué importa quién habla” como un principio ético de nuestro tiempo.¹³

2. La lectura de Ian Ward

¿Ian Ward sostiene la misma postura que Foucault? ¿Qué noción de autor busca reintroducir? El texto de Ward contiene una tensión irresuelta respecto de esta cuestión. Por un lado, parece concordar con la imposibilidad de reponer la figura del autor como el garante del sentido, como la autoridad del texto.¹⁴ Pero, por otro lado, en algunos pasajes, Ward parece afirmar lo contrario: “Si el autor pudiera ser removido de la ecuación, entonces, con él o con ella, desaparece toda posibilidad de ‘descifrar’ el texto, esto es, decodificar el texto de tal modo que permita encontrar el verdadero sentido”.¹⁵ El autor al que hay que devolverle sus privilegios, ¿es el autor entendido como custodio del “verdadero sentido”, el autor-garante-del-sentido?

En otro apartado, Ward comenta *Contingencia, ironía y solidaridad*¹⁶ y concluye que, según Rorty, “no existen verdades ocultas en un texto, pero sí posibilidades, y esas posibilidades son creadas por el autor. Así, el autor restringe las posibilidades creativas, tanto como lo hacen la condición social del lector y, por supuesto, el texto mismo”.¹⁷ Haciendo propia esta idea, Ward se compromete nuevamente con el planteo de que es necesario recuperar al autor en su rol de control en la interpretación del texto.¹⁸ En diversos pasajes, la argumentación del texto deviene en un alegato a favor de la “resurrección del autor”. Ward cree poder eludir esta posible crítica mediante la invocación de la noción foucaultiana de “función-autor”, sin embargo, en el particular uso que hace de ella no la distingue de la noción tradicional de autor-garante-del-sentido.

¹³ Cfr. *ibidem*, p. 6 y p. 23.

¹⁴ Ward reconoce que es correcta la apreciación de Barthes respecto de que es el lector quién controla la interpretación del texto. Cfr. WARD, Ian, “Text, Author and...”, op. cit., p. 28.

¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶ RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. A. E. Sinnot, Paidós, Barcelona, 1991.

¹⁷ *Ibidem*, p. 41.

¹⁸ Volveré sobre esta cuestión en los apartados siguientes.

III. La función-autor

La estrategia foucaultiana para subsanar la insuficiencia de las lecturas en torno a la “muerte del autor” se centra en una constatación atenta del espacio vacío dejado por el autor. “Lo que habría que hacer es localizar el espacio dejado vacío por la desaparición del autor, no perder de vista el reparto de las lagunas y de las fallas, y acechar los emplazamientos, las funciones libres que esa desaparición hace aparecer”.¹⁹ El primer paso en la elaboración de esta tarea va a estar dado por un análisis de los problemas que plantea el uso del nombre del autor: ¿Qué es un nombre de autor? Y, principalmente, ¿cómo funciona un nombre de autor?

1. El nombre de autor

El nombre de autor es un nombre propio. En algún sentido plantea los mismos problemas que un nombre propio. Lo primero que hay que advertir es que el nombre propio no es meramente una referencia pura y simple, sus funciones no se limitan a las indicativas. Sin embargo, el nombre de autor tiene una particularidad que lo distingue del resto de los nombres propios. El nombre de autor exhibe una “singularidad paradójica”. No es lo mismo decir que Juan Pérez no existe que decir que Homero no existió. En el primer caso lo que se indica es que no existe una persona con ese nombre, en el segundo, lo que se señala es que varios han sido confundidos bajo un solo nombre.²⁰

Pero, ¿qué relación guarda este nombre de autor con el texto? Foucault constata que el nombre de autor no es simplemente un elemento más en un discurso, sino que cumple un rol específico en relación al discurso. En primer lugar, garantiza una función clasificatoria, permitiendo reagrupar ciertos textos y excluir otros. En segundo lugar, establece una relación entre los textos entre sí. Esta relación puede constituir un vínculo de homogeneidad, o de filiación, o de autenticación de unos por otros, o de explicación recíproca, o de utilización concomitante. Asimismo, en tercer lugar, el nombre de autor funciona para caracterizar un cierto modo de ser del discurso: in-

¹⁹ FOUCAULT, Michel, “Qu'est-ce qu'un auteur?”, op. cit., p. 10.

²⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 10-11.

dica que no se está frente a una palabra cotidiana, efímera, indiferente, sino que se trata de una palabra que debe ser recibida de un modo específico.²¹

Cabe destacar que esta primera constatación foucaultiana no implica un pronunciamiento respecto de un autor-garante-del-sentido y tampoco constituye la última palabra de Foucault, sino más bien un primer diagnóstico. El diagnóstico definitivo va a estar dado por el análisis específico de esta función-autor propia del nombre de autor que caracteriza el modo de existencia, de circulación y de funcionamiento de ciertos discursos en el interior de una sociedad.

2. La función-autor y sus características

Foucault presenta una exégesis detallada de la función-autor, estableciendo cuatro características principales.

La primera característica señala que la función-autor está ligada de manera particular al sistema jurídico e institucional que determina y articula todos los discursos. Los textos que tienen una función-autor son objetos de apropiación, son objetos de propiedad privada. Pero esta propiedad es secundaria en relación a la importancia histórica de lo que podría llamarse la “apropiación penal”. “Los textos, los libros, los discursos han empezado realmente a tener autores (distintos de los personajes míticos, distintos de las grandes figuras sacralizadas y sacralizantes) en la medida en que el autor podía ser castigado, es decir, en la medida en que los discursos podían ser transgresores”.²² Y es, paradójicamente, este régimen penal de castigo el que va a consagrar el imperativo de la transgresión como inherente a la literatura. Esta primera característica se limita a señalar cierto vínculo histórico entre el derecho y el autor.

El segundo rasgo de la función-autor es el que señala que ésta se encuentra sólo en algunos discursos. Foucault recuerda que hubo un tiempo en el que los discursos “literarios” circulaban sin autor, su anonimato no ocasionaba dificultades. Por el contrario, los textos que ahora llamaríamos “científicos” no siempre fueron aceptados en base a su capacidad demostrativa. En La Edad Media, el valor de verdad de un texto que versara sobre

²¹ Cfr. *ibidem*, pp. 11-12.

²² *Ibidem*, p. 12.

cosmogonía, medicina, ciencias naturales o geografía provenía del hecho de “estar marcados” con el nombre de su autor. Hacia el siglo XVII o XVIII se produjo una transformación radical: los discursos científicos comenzaron a ser recibidos por sí mismos, por la demostrabilidad de su verdad y por su pertenencia a un conjunto sistemático que los garantizaba, mientras que los discursos “literarios” comenzaron a depender de la existencia de una función-autor. Hoy en día “el anonimato literario no nos resulta soportable”.²³ Esto pone en evidencia que la función-autor no es un complemento necesario para la circulación de ningún discurso, sino más bien un rasgo circunstancial, histórico.

La tercera característica de la función-autor es que ella no se forma espontáneamente, simplemente por la atribución de un discurso a un individuo. La función-autor es el resultado de una operación compleja que construye un determinado “ser de razón” que llamamos autor. Si bien es cierto que se trata de dar un “estatuto realista” a la categoría de autor, lo que en el individuo es designado como autor no es más que la proyección psicologizante de ciertos rasgos presentes en el texto, que consideramos pertinentes. Frente a esta constatación, Foucault denuncia la forma en que la crítica literaria, durante mucho tiempo, definió al autor. Para reencontrar al autor en la obra, la crítica moderna utiliza operaciones similares a las de la exégesis cristiana en cuanto ésta pretendía probar el valor de un texto por la santidad del autor. San Jerónimo, en *De viris illustribus*, propone cuatro criterios para atribuir una obra a un autor. El primer criterio prescribe que si en un conjunto de libros, alguno de ellos tiene un valor inferior, debe ser excluido como parte de la obra de ese autor. Este principio refiere a un nivel constante de valor. El segundo criterio indica que si algún texto entra en contradicción doctrinal con el resto de la obra, debe ser excluido. Este principio afirma la necesidad de una coherencia conceptual para conformar el concepto de autor. El tercer criterio ordena excluir todo texto que esté escrito con un estilo diferente al del resto de la obra. Con este principio se consagra la idea de autor como unidad estilística. El cuarto criterio establece que debe considerarse como extrapolado todo texto que se refiera a acontecimientos o a personajes posteriores a la fecha de la muerte del autor. De esta manera, se afirma la idea de autor como un momento histórico definido y punto de encuentro de un determinado nú-

²³ *Ibidem*, p. 14.

mero de acontecimientos. Todos estos principios operan en la forma en que la crítica moderna define al autor y hace actuar la función autor. “El autor es lo que permite explicar tanto la presencia de ciertos acontecimientos en una obra como sus transformaciones, sus deformaciones, sus diversas modificaciones (y esto por la biografía del autor, el descubrimiento de su perspectiva individual, el análisis de su pertenencia social o de su posición de clase, la puesta al día de su proyecto fundamental). El autor es asimismo el principio de una determinada unidad de escritura –debiendo al menos reducirse todas las diferencias mediante los principios de la evolución, de la maduración o de la influencia. El autor es además lo que permite superar las contradicciones que puedan desplegarse en una serie de textos: debe haber verdaderamente allí –en un determinado nivel de su pensamiento o de su deseo, de su conciencia o de su inconsciente– un punto a partir del cual las contradicciones se resuelvan, los elementos incompatibles finalmente se encadenen unos con otros o se organicen en torno de una contradicción fundamental u originaria. Por último, el autor es un determinado foco de expresión que bajo formas más o menos acabadas se manifiesta igualmente y con el mismo valor en obras, en borradores, en cartas, en fragmentos, etc.”.²⁴ Este tercer rasgo es fundamental pues cumple un doble propósito. En primer lugar, permite exponer las cuatro notas constitutivas de la noción de autor-garante-del-sentido sostenida por la crítica moderna. La muerte del autor es la desaparición del autor como principio explicativo del sentido del texto, como principio lógico y cronológico unificador de la escritura, como principio reductor de contradicciones y como principio unificador de la expresión. En segundo lugar, este tercer rasgo abre la posibilidad de superar la concepción del autor-garante-del-sentido, invitando a pensar al autor no como creador, sino como creatura. La función-autor invierte la prioridad del autor sobre el texto. El autor deviene una proyección, un producto del texto.

Finalmente, el cuarto rasgo de la función-autor señalado por Foucault advierte que ésta no remite pura y simplemente a un individuo real, sino que puede dar lugar a varios egos. El texto lleva siempre signos (ej. *shifters*) que remiten al autor. Pero es importante reparar en que estos signos actúan de un modo particular cuando el texto contiene la función-autor. Por ejemplo, en una novela escrita en primera persona, el pronombre personal

²⁴ *Ibidem*, p. 15.

no remite al escritor, ni al momento en que escribe, ni al gesto mismo de la escritura. No hay que buscar al autor en el escritor real, pero tampoco en el locutor ficticio: la función-autor tiene lugar en el espacio mismo que distingue a ambos.²⁵ Esta cuarta característica, como la tercera, también tiende a desarticular todo intento de reponer la figura del autor-garante-del-sentido.

3. La categorización de Ian Ward

Sobre el final de su Conferencia, Foucault sostiene que es necesario establecer una tipología de los discursos que debe ser llevada a cabo, no a partir de sus caracteres lógicos o gramaticales, sino a partir de relaciones discursivas (que son irreducibles a las leyes de la lógica y la gramática). Una de estas propiedades discursivas sería la relación o no del discurso con un autor. Hay que estudiar los discursos, no solamente en su valor expresivo o formal, sino en lo que hace a sus modalidades de existencia, a sus modos de circulación, de valoración, de atribución, de apropiación.²⁶ Ian Ward entiende que hay que retomar este programa foucaultiano en el marco de los estudios *Derecho y Literatura*. En tanto se sostenga un propósito educativo, es decir, un propósito “funcional”, es necesario recuperar la tarea de categorización de la literatura que comenzó James Boyd White en *Legal Imagination*.²⁷ Ward ofrece una clasificación de textos literarios con un posible uso jurídico en tres tipos de discursos identificables a partir de su “función-autor”.

La primera categoría la componen textos que pertenecen a una etapa pre-moderna y que, por lo general, no se inscriben dentro de la tradición occidental. Estos textos utilizan la literatura para ilustrar la naturaleza del derecho. Se trata de textos escritos por juristas, que están dirigidos, en principio, a una audiencia jurídica, pero que recurren a la narrativa para presentar sus conceptos. Ejemplos de esta primera categoría son la Sharia islámica o el Talmud judío, textos que recurren a metáforas y parábolas para explicar preceptos jurídicos.²⁸

²⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 15-16.

²⁶ Cfr. *ibidem*, p. 22.

²⁷ Cfr. WHITE, James Boyd, *Legal Imagination*, University of Chicago Press, Chicago, 1985.

²⁸ Cfr. WARD, Ian, “Text, Author and...”, *op. cit.*, pp. 34-35.

La segunda categoría es la compuesta por literatura escrita para describir y comentar el derecho y la sociedad. Se trata, en la mayoría de los casos, de textos escritos con una audiencia y una agenda en mente. Un ejemplo de este tipo de literatura es *Casa desolada* de Charles Dickens. Allí Dickens satiriza al sistema legal inglés y a sus funcionarios. Ward afirma que la política de la literatura es la política de los excluidos. Particularmente, existen dos sectores de excluidos que reciben atención por parte de la literatura. El primero de ellos es el de la mujer. Las novelas de Jane Austen pone de manifiesto la importancia de la igualdad de derecho hereditario. *Jude el oscuro* de Thomas Hardy indica la necesidad de una igualdad de derechos en relación al divorcio. La obra de Nathaniel Hawthorne, *La letra escarlata*, expone la hipocresía de las leyes de adulterio. El segundo sector es el que repara en las víctimas del racismo. Las novelas de Mark Twain,²⁹ Harper Lee³⁰ y Alice Walker³¹ ponen en evidencia los prejuicios y la injusticia presente en el ordenamiento legal en relación a ciertos sectores de la población.

Respecto de esta segunda categoría, Ward sostiene que “es deliberadamente obtuso ignorar al autor al usar estos textos”.³² Según el jurista, si no se tiene en cuenta al autor no es posible comprender las reivindicaciones presentes en estas novelas. ¿Pero es esto realmente así? ¿Qué es lo que hay que tener en cuenta del autor? ¿Su intención, su posición política? Ward invoca las ideas de Terry Eagleton y Edward Said para destacar la dimensión política de la literatura y la importancia de ser conscientes de la agenda política tanto del texto como del autor. Ward destaca que Eagleton muestra cierta simpatía con la noción de “posiciones sujeto”. Según el crítico inglés, si bien es importante entender a la obra literaria como una “pieza de lenguaje desprendida de una relación ‘viviente’ específica [de un autor histórico real]”,³³ esto no implica que ella no ofrezca ciertas “posiciones sujeto”. “Homero no previó que yo, personalmente, leería sus poemas, pero su lenguaje, por virtud de las formas en

²⁹ *Huckleberry Finn*.

³⁰ *Matar a un ruiseñor*.

³¹ *El color púrpura*.

³² WARD, Ian, “Text, Author and...”, op. cit., p. 36.

³³ EAGLETON, Terry, *Una introducción a la teoría literaria*, trad. J. E. Calderón, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p.146.

que está construido, inevitablemente ofrece ciertas ‘posiciones’ para el lector, ciertos puestos de observación favorablemente situados desde los cuales puede ser interpretado. Comprender un poema significa aprender su lenguaje como ‘orientado’ hacia el lector desde una serie o gama de posiciones: al leer, elaboramos un sentido referente a la clase de efectos que este lenguaje desea lograr (‘intención’), sobre los recursos retóricos que consideró apropiados, sobre las suposiciones que rigen los tipos de táctica poética que emplea, sobre las actitudes frente a la realidad que ello implica”.³⁴ Sobre el final de su libro, Eagleton va a proponer una teoría literaria basada en la retórica que pone al descubierto la dimensión política del texto.³⁵ Sin embargo, ¿esto equivale a develar las intenciones políticas del autor? Eagleton es más que elocuente al respecto: “Nada de esto tiene que ser idéntico a las intenciones, actitudes y suposiciones de quien de hecho es autor histórico en el momento de escribir”.³⁶

Con el mismo propósito, Ward alude a la reflexión de Edward Said en torno al “estilo”. En *El mundo, el texto y el crítico*, el crítico palestino sostiene que si bien una vez que la obra de un autor está en el mundo, una vez que comienza a circular, va más allá del control autorial, siempre pervive el signo reconocible del autor en el estilo.³⁷ El estilo es –según Said– un fenómeno complejo en el que se articula la repetición y la recepción. “Pero lo que hace que el estilo pueda recibirse como la firma de las maneras de su autor es una colección de rasgos diversamente denominados idiolecto, voz o individualidad irreductible. La paradoja es que algo tan impersonal como un texto, o un disco, pueda sin embargo transportar un sello o un rasgo de algo tan vivo, tan inmediato y tan transitorio como una ‘voz’”.³⁸ Nuevamente, en el estilo Ward cree encontrar una marca de autor que obli-

³⁴ *Idem.*

³⁵ “La retórica, que fue la forma de análisis crítico heredada de generación en generación desde la antigüedad hasta el siglo XVIII, estudió la forma en que están contruidos los discursos con el fin de lograr ciertos efectos. No le importaba el que los objetos que estudiaba fueran orales o escritos, poesía o filosofía, novela o historiografía: su horizonte era nada menos que el campo de las prácticas discursivas en el conjunto de la sociedad; le interesaba especialmente aprehender dichas prácticas como formas de poder y ejecución”. *Ibidem*, p. 243.

³⁶ *Ibidem*, pp.146-147.

³⁷ SAID, Edward W., *El mundo, el texto y el crítico*, trad. R. García Pérez, Debate, Buenos Aires, 2004, p. 51.

³⁸ *Ibidem*, pp. 51-52.

ga a restringir la interpretación. Sin embargo, ¿puede afirmarse que el estilo escapa a la mediación interpretativa?

Un segundo punto que Ward destaca es la denuncia del texto de Said respecto del rol político que desempeña la literatura, o el modo en que ella es tematizada, en la perpetuación de la cultura eurocéntrica. “Cuando se enseña a nuestros estudiantes cosas tales como ‘las humanidades’, casi siempre se les enseña que esos textos clásicos encarnan, expresan y representan lo mejor de nuestra, es decir, de la única, tradición. Además se les enseña que campos como el de las humanidades, y subcampos como el de la ‘literatura’ existen en un medio político relativamente neutral, que deben ser valorados y venerados, que definen los límites de lo que es aceptable, apropiado y legítimo en lo que a la cultura se refiere”.³⁹ Esta inapelable crítica de Said no implica, no obstante —como pareciera pretender Ward— que sea posible imputar este propósito político a la subjetividad de un autor.⁴⁰

La tercera categoría presentada por Ward es la que agrupa textos literarios que utilizan al derecho para describir alguna otra cosa. Por ejemplo, las obras de Fiodor Dostoievki,⁴¹ Albert Camus⁴² y Franz Kafka⁴³ se valen del derecho para exponer la alienación de la condición humana.

4. La categorización y el autor

Más allá de la innegable utilidad de la categorización propuesta por Ward, es importante destacar que ella no depende para su construcción de la reintroducción de la noción de autor, ni siquiera de la categoría de “función-autor”. La noción foucaultiana de “función-autor” surge con un doble propósito. En primer lugar, viene a dar cuenta de aquellas funciones relacionadas con el espacio vacío dejado por el autor-garante-de-sentido que continúan operando y tienden a reponerlo en sus funciones. En segundo lugar, constituye un primer paso para la superación de estas operaciones restauradoras, en tanto invierte la prioridad en la relación texto-autor. Es el

³⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁰ Volveré sobre esta cuestión en el apartado siguiente.

⁴¹ *Crimen y castigo*.

⁴² *El extranjero*.

⁴³ *El proceso*.

texto el que crea ese “ser de razón” que es el autor mediante un “proyección psicologizante” de algunos de sus rasgos, y no a la inversa. La función-autor constituye, entonces, una constatación de una situación dada, y señala un posible camino para una modificación de esa situación. Las palabras finales de la Conferencia reflejan este anhelo, en ellas, el filósofo francés destaca que la función-autor no es indispensable. “Podemos imaginar una cultura donde los discursos circularían y serían recibidos sin que la función autor apareciera nunca. Todos los discursos, cualquiera sea su estatuto, su forma, su valor, y cualquiera sea el tratamiento a que se los someta, se desarrollarían en el anonimato del murmullo”.⁴⁴ Foucault alberga la esperanza de una cultura que esté a la altura del principio ético del “qué importa quién habla” de Beckett, una cultura que esté a la altura de la afirmación de la “muerte de la autor”. La “función-autor” no es la propuesta de Foucault, sino su diagnóstico, esto es lo que parece no querer advertir Ward cuando celebra la operatividad funcional de la noción de autor.

IV. Por un derecho sin autor

Sostener la “muerte del autor” es sostener la muerte del autor-garante-del-sentido. La muerte del autor implica el nacimiento de la interpretación. Foucault nos invita a reflexionar si están dadas las condiciones históricas para pensar este acontecimiento en toda su dimensión. La función-autor tiene el doble propósito –ya indicado– de diagnosticar y señalar un posible enfoque emancipador. Si es el texto el que constituye al autor, si es el habla la que domina al hablante, ya no puede invocarse a un autor como el garante del sentido, como el custodio de la univocidad del significado del texto. ¿Esto nos condena a vagar en el desierto de la indeterminación y la indecidibilidad y, por lo tanto, nos somete a la arbitrariedad?

1. La indeterminación. Relativismo y solipsismo

La muerte del autor, no sólo no nos entrega a la indeterminación, sino que nos convoca más bien a advertir su imposibilidad real. Todo texto, toda frase, toda palabra contiene ya siempre un significado determinado porque siempre ya está inscrita en una situación, en un contexto interpretativo. En palabras de Stanley Fish: “La comunicación se produce en situaciones

⁴⁴ FOUCAULT, Michel, “Qu’est-ce qu’un auteur?”, op. cit., p. 23.

y encontrarse en una situación es estar ya en posesión de (o estar poseído por) una estructura de supuestos, de prácticas consideradas pertinentes en relación con los propósitos y objetivos ya vigentes; y sólo desde dentro de tal supuesto es que se escucha inmediatamente cualquier expresión”.⁴⁵ En este sentido, toda interpretación se da en un marco que combina libertad y restricción, y está dado por las normas institucionales propias del contexto en la que tiene lugar. Quienes no aceptan este carácter situado de la comunicación temen a la pluralidad de posibles interpretaciones en relación a la multiplicidad de contextos, temen al fantasma de la indeterminación, pues presuponen que existen expresiones que puede prescindir de todo contexto o que poseen un significado que puede ser entendido de manera unívoca en toda situación. Pero, ¿es esto realmente posible? ¿En qué consistiría una expresión libre de interpretación? Por otro lado, este tipo de posiciones también parece guardar un temor particular respecto del acto interpretativo porque lo considera subjetivo y arbitrario. Esto es lo que conduce a formular dos tipos de acusaciones: la de relativismo y la de solipsismo. En “¿Hay algún texto en esta clase?”, Fish sostiene que es posible responder a ambas objeciones. En primer lugar, el relativismo implica una distancia respecto de la propia creencia que es inviable. Si bien es cierto que admitir una pluralidad de normas y criterios, es decir, una multiplicidad de contextos posibles, es no tener ninguna norma o criterio, esto no es verdad para nadie en particular. Todos nos encontramos siempre ya inscriptos en contextos y situaciones determinadas, en presupuestos y pre-comprensiones concretas que nos constituyen y respecto de las cuales no es posible establecer distancia alguna.⁴⁶ En segundo lugar, no cabe una imputación de solipsismo, pues la interpretación siempre tiene una naturaleza social. Quienes temen a la arbitrariedad interpretativa no comprenden que ningún presupuesto o pre-comprensión es individual. El sujeto que interpreta no lo hace desde opiniones propias, privadas, él no es el origen de sus creencias, sino que ellas pertenecen a una comunidad institucional, a una comunidad interpretativa.⁴⁷ Los temores de relativismo y solipsismo son injustificados si se atiende a la naturaleza de la interpretación.

⁴⁵ FISH, Stanley, “¿Hay algún texto en esta clase?” trad. H. Pons, en José Elías Palati (ed.), *Giro lingüístico e historia intelectual*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1998, pp. 232-233.

⁴⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 233-234.

⁴⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 235-236.

Cuando Ward se refiere a la noción de “función-autor” como una “fuerza restrictiva” sostiene que “a pesar de que ésta [la fuerza restrictiva] puede ser mala, es quizás necesaria. Debe existir una restricción en algún lugar”.⁴⁸ En esta frase se condensa la tensión del texto en toda su dimensión. Por un lado, Ward se deja llevar por los dos temores injustificados que señala Fish. Teme al relativismo y al solipsismo que puede producir la indeterminación, y por eso se obsesiona con la necesidad de encontrar una restricción que no es necesario buscar pues ella ya se encuentra siempre allí, ya dada por el marco interpretativo. Por otro lado, de alguna manera, Ward también es consciente de que el camino de vuelta hacia el autor puede ser una “mala” elección. Ward sabe que es el lector quien controla la interpretación,⁴⁹ buscar un control por el lado del autor puede traer consecuencias no deseadas. Y sin embargo, el jurista cree necesario correr ese riesgo.

2. La intención del autor

Buscar la restricción a través de una reintroducción del autor conduce a Ward a confundir la noción de “función-autor” con la de “autor-garante-del-sentido”. La función que Ward asigna al autor en su categorización tiene a reponer al autor como el custodio del verdadero sentido del texto en tanto parece depender de la posibilidad de establecer la “intención del autor” en términos tradicionales. En “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism” –texto escrito como respuesta crítica a “Law as Interpretation” de Dworkin– Stanley Fish vuelve sobre la cuestión de la “intención del autor” proponiendo un enfoque que puede ser de utilidad para pensar la tensión presente en el texto de Ward. Fish señala que uno de los errores en los que incurre la argumentación dworkiniana es, precisamente, su intento de refutar la idea de una “intención del autor”. Dworkin sostiene tres argumentos para rechazar la “intención del autor” como fuente de autoridad interpretativa. En primer lugar, afirma que la intención del autor es compleja y, por lo tanto, difícil de conocer. En segundo lugar, entiende que la intención del autor sólo constituye un “dato psicológico” y, por este motivo, es irrelevante para determinar un significado que tiene carácter institucional. En tercer lugar, el movimiento interno de la mente que constituye la intención desconoce el contexto propio de la

⁴⁸ WARD, Ian, “Text, Author and...”, op. cit., p. 31.

⁴⁹ Cfr. *ibidem*, p. 28.

interpretación, que es el de la historia de las prácticas y convenciones. Fish sostiene que estos argumentos presentados por Dworkin tendrían sentido si la intención fuese un fenómeno privado, pero la intención nunca es individual ni arbitraria. Toda intención está “ya estipulada previamente por la comprensión de qué actividades son posibles para alguien que ya está trabajando dentro de la empresa”.⁵⁰ El error de Dworkin es creer que es posible construir el sentido con independencia de la identificación de posibles intenciones. Dworkin propone corroborar esta posibilidad por medio del ejemplo de un autor que reinterpreta su propia obra. Fish responde que, en rigor, lo que hace este “autor-lector” no es prescindir de la intención, sino caracterizarla de otro modo. Fish sostiene que la intención es un elemento constitutivo de la interpretación que debe ser entendida, no como un evento psicológico que se manifiesta sin antecedentes, sino como formas de un posible comportamiento convencional. Afirmar una intención no implica sostener que ésta fija una interpretación de sentido desde afuera, sino advertir que “lo crucial es que no podemos leer o releer independientemente de la intención, es decir, independientemente del supuesto de que estamos tratando con marcas o sonidos producidos por un ser intencional, un ser situado en alguna empresa con respecto a la cual tiene un propósito o un punto de vista. Éste no es un supuesto que añadamos a un sentido ya construido para estabilizarlo, sino un supuesto sin el cual la construcción de sentido no podría tener lugar”.⁵¹ El problema principal del planteo de Dworkin es que supone que interpretar y asignar intenciones son dos actividades diferentes, sin advertir que la asignación de una intención forma parte constitutiva del acto interpretativo. De esta manera, toda remisión a un autor cae dentro del marco de la mediación interpretativa. Esta es la cuestión que pretende olvidar Ward y que permite explicar las tensiones presentes en su texto. No es posible considerar a la intención como un hecho libre de toda dimensión interpretativa que actúe como un condicionante de la interpretación. No es necesario reintroducir al autor para articular una categorización de textos porque se trata de una instancia siempre supuesta en la tarea interpretativa y nunca externa a ella. Comprender esto constituye en sí mismo un aporte fundamental a los fines educativos y socio-políticos del movimiento *Derecho y Literatura*. Lejos de subestimar el valor de la categorización pro-

⁵⁰ FISH, Stanley, “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism”, en *Critical Inquiry*, Vol. 9, N° 1, 1982, p. 212.

⁵¹ *Ibidem*, p. 213.

puesta por Ward, considero que su propósito educativo se vería potenciado si además fuera utilizada para señalar la importancia política de la “muerte del autor”. La categorización wardiana –como toda categorización– no responde al descubrimiento del “sentido verdadero” e inmutable del texto, impuesto por la “intención del autor”, sino que se construye en el marco de una interpretación que opera con “la intención del autor” como una de sus categorías interpretativas y en el marco de las restricciones que la situación y la pre-comprensión del interprete le imponen.

3. Por un derecho sin autor

Tomar consciencia de la mediación interpretativa es hacer lugar a la democracia. Pues la democracia sólo puede tener lugar donde no exista un monopolio del sentido, donde no se imponga un sentido último. La democracia solo puede darse donde los sentidos se construyan intersubjetivamente, en el marco de una disputa política que admita el disenso. Democratizar el derecho implica, entonces, emanciparlo del autor, liberarlo de toda sujeción a un sentido fijo. La democracia demanda un autor sin derecho en pos de un derecho sin autor. Un derecho sin autor es un derecho que deja de pertenecer alguien, para ser de todos. Un derecho sin autor es un derecho que ya no se piensa como inmutable, sino que se temporaliza, se historiza, se ajusta al momento justo, al aquí y ahora en el que se demanda justicia. Un derecho sin autor es un derecho que ya no se piensa como un hecho, sino como una interpretación. Así, la interpretación deviene la tarea política por excelencia, la tarea en la que está en juego la posibilidad de la justicia; tarea por la que todos somos responsables en primera persona y respecto de la cual no es posible eximirse invocando a ningún autor.

Bibliografía

BARTHES, Roland, “La mort de l’Auteur”, en *Le bruissement de la langue*, Éditions du Seuil, Paris, 1984, pp. 68-69.

DERRIDA, Jacques, “Edmond Jabès et la question du livre”, en *L’écriture et la différence*, Éditions du Seuil, Paris, 1967.

EAGLETON, Terry, *Una introducción a la teoría literaria*, trad. J. E. Calderón, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

- FISH, Stanley, "¿Hay algún texto en esta clase?" trad. H. Pons, en José Elías Palti (ed.), *Giro lingüístico e historia intelectual*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 1998.
- FISH, Stanley, "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism", en *Critical Inquiry*, Vol. 9, N° 1, 1982.
- FOUCAULT, Michel, "Qu'est-ce qu'un auteur?", *Littoral*, 9, 1983.
- NIETZSCHE, Friedrich, *La ciencia jovial. "La gaya scienza"*, trad. José Lara, Monte Ávila, Caracas, 1990.
- RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. A. E. Sinnot, Paidós, Barcelona, 1991.
- SAID, Edward W., *El mundo, el texto y el crítico*, trad. R. García Pérez, Debate, Buenos Aires, 2004.
- WARD, Ian, "Text, Author and Literature in Legal Studies", en *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- WARD, Ian "Legal Education and the Democratic Imagination", *Law and Humanities*, 3, 1, 2009.
- WHITE, James Boyd, *Legal Imagination*, University of Chicago Press, Chicago, 1985.

MODERNIDADE E A EXCLUSÃO INDIGENISTA: IDEOLOGIA E AUTOPOIESE NO ESTADO NACIONAL

Diogo Bacha e Silva¹

Resumo: O presente artigo visa investigar como o Estado moderno serviu para mascarar uma relação de exclusão e dominação contra o diferente, o “outro”. O apoio administrativo do Estado serviu para encobrir uma ideologia de exclusão, com especial destaque para os índios, habitantes originários da América Latina. A partir da produção do processo de conhecimento a ideologia encobriu-se de forma a ter como consequência normal do desenvolvimento a dominação cultural. Somente o Estado Plurinacional é capaz de romper com esta lógica moderna enquanto garantia do direito à diversidade coletiva.

Palavras-chave: Modernidade; Exclusão indígena; Estado Plurinacional.

Modernity and Indigenous Exclusion: Ideology and Autopoiesis in the National State

Abstract: This article aims to investigate how the modern state has served to mask a ratio of exclusion and domination against the diverse, the “other”. The administrative support of the state served to mask an ideology of exclusion, with particular attention to the Indians, original inhabitants of Latin America. In the process of knowledge-production ideology concealed itself so as to take cultural domination as a normal consequence of development. Only the Multinational State is able to break through this modern logic as a guarantee of the right to collective diversity.

Keywords: Modernity, Indigenous exclusion; Plurinational State.

I. Introdução

O que nos traz à modernidade? Ou, o que nos traz a modernidade? A mudança de posição de uma crase representa muito mais do que uma questão gramatical, é a mudança de perspectiva de um observador.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela FDSM- Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduado em Direito Tributário. Advogado.

Estas indagações, mais do que um mero jogo de palavras, trazem profundas conseqüências na compreensão que temos do mundo e do direito como um todo. Saber como chegamos à modernidade e qual o projeto que animou a construção de nossa sociedade dita moderna é crucial para entendermos uma sociedade desigualitária e excludente, construída ao longo de séculos. Do mesmo modo, saber o que o projeto da modernidade nos trouxe é importante para refletirmos acerca do futuro da sociedade que queremos.

Este trabalho se propõe a refletir sobre a exclusão indígena como causa ou conseqüência de uma modernidade inventada para assegurar os interesses de um Estado Nacional que sempre serviu de apoio ideológico de uma maioria.

O núcleo assecuratório dos interesses da minoria dominante na modernidade foi, sem dúvida, a criação de um ente abstrato que serviria para a consecução dos objetivos eleitos egoisticamente por esse poder.

Neste sentido, o Estado dito moderno surge a pretexto de alcançar o bem comum, mas que, ao final, é eleito por uma minoria capaz de influenciar o jogo político. À margem, então, do poder político, ficam as minorias que não se enquadram no projeto de apropriação, com exclusividade, deste mesmo poder.

Reconhecer, deste modo, direitos a esta minoria é mais do que necessário, é, outrossim, buscar equilibrar a assimetria de poder criada pela modernidade. Não basta apenas reconhecer o direito à diferença, é preciso, antes de tudo, permitir, apoiar e incentivar a manifestação desta diferença. Ou seja, é preciso efetivar o direito à diversidade enquanto direito coletivo, seja através de fórmulas jurídicas, seja, ainda, através de práticas sociais que respeitem o outro tal qual é.

II. A modernidade e o projeto exclusivista: início e desenvolvimento da retórica européia

A modernidade é um projeto complexo, que tem como termo inicial o ano de 1492, segundo a tese de Enrique Dussel, e busca encobrir o diferente, ou seja, aquele que não é europeu. Não desconhecemos as teorias, tal como a sustentada por Bobbio, que buscam demarcar o processo da modernidade com a Revolução Francesa de 1789, onde, a partir de tal marco

temporal, tem início um conjunto de fatores que implicam em mudanças no seio social, econômico e cultural.² Entretanto, estas teorias buscam, de modo consciente ou não, mascarar uma violência cultural perpetrada pelo centro contra a periferia.

Para Dussel,

1492, según nuestra tesis central, es la fecha del “nacimiento” de la Modernidad; aunque su gestación -como el feto- lleve un tiempo de crecimiento intrauterino. La Modernidad se originó en las ciudades europeas medievales, libres, centros de enorme creatividad. Pero “nació” cuando Europa pudo confrontarse con “el Otro” y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un “ego” des-cubridor, conquistador, colonizador de la Alteridad constitutiva de la misma Modernidad³

O mito da modernidade, assim, nasce de um complexo processo de subjugação e violência dirigido contra o diferente. O diferente, no caso, é o índio. O latino americano, descoberto, vencido e subjugado pelo eurocentrismo, perde sua subjetividade, entrando no seu lugar o ego europeu:

ese Otro no fue “des-cubierto” como Otro, sino que fue “en-cubierto” como “lo Mismo” que Europa ya era desde siempre. De manera que 1492 será el momento del “naci-miento” de la Modernidad como concepto, el momento concreto del “origen” de un “mito” de violencia sacrificial muy particular y, al mismo tiempo, un proceso de “en-cubrimiento” de lo no-europeo⁴.

A Espanha que, segundo o filósofo argentino, era a única nação com potencial para conquistar, constitui o início do processo da modernidade. Após o descobrimento⁵ de nosso continente, o processo da modernidade tem início como colonização. E, a referida colonização, não importa ape-

² BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco . *Dicionário de Política*. 11ª edição. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 768.

³ DUSSEL, Enrique. *1492 El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del “Mito de la Modernidad”*. La paz: plural editores, 1994. pp. 7-8.

⁴ DUSSEL, Enrique. *Ibidem*. p. 8.

⁵ DUSSEL, Enrique. *Ibidem*. p. 12.

nas em subjugação econômica, mas, além disso, importa na colonização do mundo da vida⁶ (*Lebenswelt*).

Ou seja, a subjetividade moderna que se cria, parte da identidade individual e é, a partir dela, que o eurocentrismo domina a alteridade⁷ dos índios, habitantes da periferia européia, que somente deviam servir aos interesses do “centro”.

A partir desta lógica filosófica, a modernidade traz consigo certas ambigüidades que, na verdade, escondem um mito⁸. Por detrás da racionalidade da modernidade, o mito encobre uma modernidade ambígua e violentadora do outro, culminando em um processo de dominação cultural. A dominação se faz em desfavor do índio varão pelo trabalho de servidão, pela dominação sexual da índia, e, finalmente, pela dominação religioso-cristã⁹ em torno dos valores religiosos dantes construídos pelos índios.

O habitante do novo mundo, denominado de índio pelos europeus, perdem, assim, sua identidade, passando a serem vistos como partes de um processo necessário de civilização européia. Ou seja, a Europa “centro” passa a constituir o ponto de referência para a América Latina “periferia”.

A ambigüidade da modernidade e do projeto eurocêntrico fica latente no encontro espiritual de dois mundos:

Por tales entendemos el dominio que los europeos ejercieron sobre el “imaginario” (*imaginaire* diría Sartre) del nativo, conquistado antes por la violencia de las armas. Es un proceso contradictorio en muchos niveles. Se predica el

⁶ Segundo a definição de Nicola Abbagnano, em seu Dicionário de Filosofia, mundo da vida é “ Termo introduzido por Husserl em *Krisis*, para designar o mundo em que vivemos intuitivamente, com suas realidades, do modo como se dão, primeiramente na experiência simples e depois também nos modos em que sua validade se torna oscilante”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 689.

⁷ Mais uma vez, utilizamo-nos da ajuda de Nicola Abbagnano para entender melhor o processo de dominação que o eurocentrismo impôs para o diferente. É que alteridade, segundo o autor, é “ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro. A alteridade é um conceito mais restrito que a diversidade e mais extenso que diferença”(ABBAGNANO, Nicola. *Ibidem*. p. 34).

⁸ Mito é aqui, e também acreditamos, utilizado na obra de Enrique Dussel, como “[...] a justificação retrospectiva dos elementos fundamentais que constituem a cultura de um povo”(ABBAGNANO, Nicola. *Ibidem*. p. 674) .

⁹ DUSSEL, Enrique. *Ibidem*. pp. 50-53.

amor de una religión (el cristianismo) en medio de la conquista irracional y violenta. Se propone de manera ambigua y de difícil interpretación, por una parte, al fundador del cristianismo que es un crucificado, una víctima inocente en la que se funda la memoria de una comunidad de creyentes la Iglesia; y, por otra, se muestra a una persona humana moderna con derechos universales. Y es justamente en nombre de una tal víctima y de tales derechos universales que se victimiza a los indios.

Los indios ven negados sus propios derechos, su propia civilización, su cultura, su mundo... sus dioses en nombre de un "dios extranjero" y de una razón moderna que ha dado a los conquistadores la legitimidad para conquistar. Es un proceso de racionalización propio de la Modernidad: elabora un mito de su bondad ("mito civilizador") con el que justifica la violencia y se declara inocente del asesinato del Otro¹⁰

A violência da modernidade produzida pelos povos europeus é sintetizada por José Carlos Moreira da Silva Filho a partir da obra de Dussel:

A grande crítica que Dussel faz com relação à concepção da Modernidade não está em negar aquilo que ele chama de "núcleo libertário" ou "razão emancipatória", mas em desmascarar a existência de uma outra face desse processo de modernização, relacionada com o exercício em larga escala de uma violência irracional nas colônias, não apenas física, mas cultural, que simplesmente nega a identidade do "outro", seja através de uma postura assimilacionista, seja através da simples exclusão e eliminação! Tudo isto está simbolizado no "mito sacrificial", isto é, toda a violência derramada na América Latina era, na verdade, um "benefício" ou, antes, um "sacrifício necessário". E diante disso, os índios, negros ou mestiços eram duplamente culpados por "serem inferiores" e por recusarem o "modo civilizado de vida" ou a "salvação", enquanto os europeus eram "inocentes", pois tudo que fizeram foi visando atingir o melhor¹¹.

A modernidade ou o processo de modernização é um projeto que encobre o diferente, exatamente por considerá-lo "inferior", incivilizado, ou seja, a dominação cultural o faz se tornar igual ao europeu. A padronização

¹⁰ DUSSEL, Enrique. *Ibidem*. p. 55-56.

¹¹ MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. *Da "invasão" da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da "inferioridade" latino-americana*. In. *Fundamentos de História do Direito*. Antonio Carlos Wolkmer (org.). 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. pp. 227-228.

dos valores, culturas, tendo como parâmetro aqueles compartilhados no velho continente traz consigo uma forma de violência que busca fazer o povo autóctone perder sua identidade construída desde longos tempos.

Em parte, tal projeto deve-se ao estoicismo, filosofia adotada pelos povos da península-ibérica, onde cada ser basta por si próprio, criando sua identidade a partir de si mesmo, em um verdadeiro culto egoístico de sua personalidade¹². De outra parte, pode-se justificar a dominação cultural como parte de um projeto de expansão econômica dos povos europeus, mais propriamente dos países colonizadores, em que visou utilizar os índios como mão-de-obra escrava¹³.

Exemplo típico da perniciosidade da dominação cultural feita pelos europeus sobre os índios é a patologia conhecida como banzo, que é uma espécie de “moléstia mental originada das saudades da pátria, tendo como sede o cérebro”, segundo célebre definição de Joaquim Manuel de Macedo em sua monografia sobre a Nostalgia no ano de 1844¹⁴, tendo sido causa de várias mortes por suicídio. Ora, como se pode perceber, a dominação é tão nefasta que fez com que os povos originários perdessem sua referência de lar. Ou seja, aqueles que por milhares de anos habitaram estas terras já não podiam mais tê-las como lar e, desta forma, sofriam de uma patologia que era conectada com estrangeiros.

É verdade, portanto, dizer que Ginés de Sepúlveda foi vencedor em seu celebre debate com Bartholomé de Las Casas em Valladolid, como a história tratou de demonstrar¹⁵. Seus argumentos escodem um “mito” da modernidade, denunciado por Dussel, de que el “concepto” [de modernidade] muestra el sentido emancipador de la razón moderna, con respecto a civilizaciones con instrumentos, tecnologías, estructuras prácticas políticas o económicas o al grado del ejercicio de la subjetividad menos desarrolladas. Pero, al mismo tiempo, oculta el proceso “de dominación” o “violencia”

¹² HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 32.

¹³

¹⁴ Disponível em <http://revistapesquisa.fapesp.br>, acesso em 12 de Junho de 2011.

¹⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

que ejerce sobre otras culturas. Por ello, todo el sufrimiento producido en el Otro queda justificado porque se “salva” a muchos “inocentes”, víctimas de la barbarie de esas culturas¹⁶.

Assim, a pretexto de civilizar o incivilizado, de emancipar aquele que supostamente seria incapaz e de ensinar o ignorante, a retórica do poder cometeu violências dos mais diversos tipos, tal como matar, a pretexto de salvar, violentar, a pretexto de curar.

O maior problema, entretanto, é que a história, dominada pelos modernos, passou a ser contada e recontada pelos vencedores, dominadores. A história, assim, é a história dos modernos, e tudo quanto conhecemos nesta seara, é do olhar europeu. Neste sentido, Immanuel Wallerstein, em tom crítico, com especial referência ao sistema capitalista:

A história do sistema-mundo moderno tem sido, em grande parte, a história da expansão dos povos e dos Estados europeus pelo resto do mundo. Essa é a parte essencial da construção da economia-mundo capitalista. Na maioria das regiões do mundo, essa expansão envolveu conquista militar, exploração econômica e injustiças em massa. Os que lideraram e mais lucraram com ela justificaram-na a seus olhos e aos do mundo com base no bem maior que representou para todos os povos. O argumento mais comum é que tal expansão disseminou algo invariavelmente chamado de civilização, crescimento e desenvolvimento econômico ou progresso¹⁷.

O processo de encobrimento do outro é completo. Primeiro, domina-se fazendo com que o diferente passe a compartilhar dos mesmos valores, das mesmas crenças e da mesma cultura que o dominador. Depois, justifica-se a dominação sob o argumento de que tal compartilhamento trará progresso e felicidade para o outro. Somente com este processo de padronização é que a modernidade poderia ter subsistido.

¹⁶ DUSSEL, Enrique. *Ibidem*, p. 72.

¹⁷ WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 29.

III. Legitimação teórica para o projeto: autopoiese e ideologia no estado nacional

Para alcançar o desiderato da modernidade que é encobrir o diferente, uniformizando os valores, as condutas e a forma de pensar, o projeto contou com a criação de um Estado Nacional e com seu aparato burocrático criado por trás deste. Instituições políticas, administrativas e policiais eram administradas no sentido de controlar o diferente, de impor as concepções que o mito da modernidade trouxe consigo.

Compreende-se como Estado moderno

do ponto de vista objetivo, [...] um poder estatal soberano, tanto interna quanto externamente; quanto ao espaço, refere-se a uma área claramente delimitada, o território do Estado; e socialmente refere-se ao conjunto de seus integrantes, o povo do Estado. O domínio estatal constitui-se nas formas do direito positivo, e o povo de um Estado é portador da ordem jurídica limitada à região de validade do território desse mesmo Estado¹⁸.

A nação, entretanto, em torno da qual a idéia de Estado foi construída, significa “uma comunidade política marcada por uma ascendência comum, ao menos por uma língua, cultura e história em comum”¹⁹. O êxito do projeto da modernidade dependia, assim, da construção de uma nação, no sentido de assenhoreamento do poder com o intuito de reprimir aquele que não fazia parte do projeto.

A construção de conceitos como soberania e povo teve o único intuito de retirar do poder aquele que não comungava das mesmas concepções da modernidade, ou seja, que aceitava as concepções de emancipação e libertação do dito incivilizado. A soberania conceito que excluía o exercício de outro poder que não o do Estado,

[...] entendida originariamente como situación eficiente de una fuerza material empeñada em construir y garantizar su supremacia y unicidad en

¹⁸ HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 124.

¹⁹ HABERMAS, Jurgen. *Ibidem*. p. 124.

la esfera política –se encontraba implícito, *in nuce*, el principio de exclusion y beligerância frente a lo ajeno²⁰.

Assim também o conceito de nação que, através de sua auto-estilização positiva, se defendia de tudo quanto lhe fosse estranho, e servia de mecanismo de exclusão das minorias nacionais²¹. Serviam, portanto, a soberania e o conceito de nação para suprimir a manifestação do pluralismo étnico-cultural, impedindo que houvessem, sob aquele território juridicamente delimitado, manifestações culturais e axiológicas diferentes das produzidas pela maioria.

O Estado Nacional e seus pressupostos teóricos tiveram como objetivo encobrir uma ideologia perpetrada, desde o nascimento da modernidade, de padronização de comportamento e valores. Ideologia “é o processo pelo qual as idéias da classe dominante se tornam idéias de todas as classes sociais, se tornam idéias dominantes”²². Utilizando-se deste conceito de ideologia, no sentido negativo-marxista, o próprio ação de conhecimento da realidade impede que se veja a ideologia que o Estado Nacional, através da razão moderna, tenta encobrir.

Conhecer a realidade e, neste ponto, apreender a razão que subjaz à modernidade, “é uma ação da parte daquele que conhece”.²³ A partir da tese dos biólogos chilenos Maturana e Varela, de que o processo de conhecimento depende sempre do próprio sujeito que conhece, a razão moderna se entranha no conhecimento da ideologia propugnada pelo Estado Nacional. Nas palavras dos biólogos:

o fato de o conhecer ser a ação daquele que conhece está enraizado no modo mesmo de seu *ser vivo*, em sua *organização*. Sustentamos que as bases biológicas do conhecer não podem ser entendidas somente pelo exame

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª Ed. Madri: Editorial Trotta, 2009. p.10.

²¹ HABERMAS, Jurgen. *Ibidem*. p. 127.

²² CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Abril Cultura, 1984. p. 35.

²³ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Árvore do Conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano*. Trad. Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Editorial PSY II, 1995. p. 76.

do sistema nervoso. Parece-nos necessário entender como esses processos estão enraizados no ser vivo como um todo²⁴.

Assim, a compreensão de todo fato social depende da estrutura e organização daquele que conhece:

Entende-se por *organização* as relações que devem se dar entre os componentes de um sistema para que este seja reconhecido como membro de uma classe específica. Entende-se por *estrutura* os componentes e as relações que concretamente constituem uma determinada unidade e realizam sua organização²⁵.

Os biólogos denominam a organização dos seres vivos como autopoieticos, ou seja, “os seres vivos se caracterizam por sua organização autopoietica. Diferenciam-se entre si por terem estruturas diferentes, mas são iguais em sua organização”²⁶. A noção de autopoiese para os biólogos pressupõe, então, explicitação da autonomia das unidades dos seres vivos, que, neste sentido, cria suas próprias leis para o que lhe é próprio²⁷:

Possuir uma organização, evidentemente, é próprio não só dos seres vivos, mas de todas as coisas que podemos analisar como sistemas. No entanto, o que os distingue é sua organização ser tal que seu único produto são eles mesmos, inexistindo separação entre produtor e produto. O ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis, e esse constitui seu modo específico de organização²⁸.

É partindo de tais conceitos e análises que os biólogos tentam desmistificar a cognição, partindo sempre de que conhecer é também ação.

Portanto, na base de tudo o que diremos está essa constante consciência de que o fenômeno do conhecer não pode ser equiparado à existência de “fatos” ou objetos lá fora, que podemos captar e armazenar na cabeça. A experiência de qualquer coisa “lá fora” é validada de modo

²⁴ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Ibidem*. p. 76.

²⁵ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Ibidem*. p. 76.

²⁶ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Ibidem*. p. 87.

²⁷ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Ibidem*. p. 88.

²⁸ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Ibidem*. p. 89.

especial pela estrutura humana, que toma possível uma “coisa” que surge na descrição. Tal circularidade, tal encadeamento entre ação e experiência, tal inseparabilidade entre ser de uma maneira particular e como o mundo nos parece ser, indica que *todo ato de conhecer produz um mundo*²⁹.

Se, portanto, criamos um mundo a partir mesmo de nossas experiências e estruturas autopoieticas próprias, a relação que se estabelece entre a ideologia e o processo de percepção do mundo é mais intensa do que pode parecer à primeira vista. Cada pessoa cria seu mundo a partir das sensações e percepções exteriores que recebe. A ideologia que o Estado Nacional faz transparecer é de que a razão da modernidade é passo necessário para o desenvolvimento da humanidade.

Assim, nossa percepção acerca do mundo acaba por receber essa ideologia e transforma-a em verdade dominante. Recebemos, assim, uma ideologia do Estado Nacional e transformamos estas idéias em verdade, em fato incontestado, a partir de nossa estrutura autopoietica.

O Estado Nacional utiliza esta ideologia de desenvolvimento e libertação para encobrir uma violência e manipulação cultural, partindo de nossa própria estrutura de cognição.

IV. Exclusão indígena e o direito à diversidade: uma apologia ao Estado Plurinacional

Ora, nem é preciso dizer que quem mais sofreu com a violência e a dominação cultural foram os índios. Aqueles habitantes originários da América latina que, conforme dissemos foram subjugados e exterminados em nome de uma ideologia do Estado Nacional. Seu modo de vida, sua cultura, seus valores foram sufragadas em nome de uma pseudo-libertação, com o único objetivo de padronizar comportamentos, valores, culturas, enfim formas de vida.

O conflito entre o estranho –do ponto de vista europeu– e o homem normal ocasiona dissensos profundos em uma sociedade pluralista, sendo inclusive incorporado pelo Direito que passa, então, a tentar regular

²⁹ MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Ibidem*. p. 68..

os conflitos. Para os índios, a situação não foi diferente. A partir de sua dominação cultural, os mesmos, em plena terra natal, deviam se comportar de acordo com aquelas normas produzidas pelos europeus. Exemplo paradigmático de tal situação é a incapacidade civil que o Código Civil de 1916 impunha aos índios em seu art. 6º, III e parágrafo único:

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

[...]

III - os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

A forma de tutela jurídica dada pelo Código Civil aos índios era de tal forma assimilacionista da razão moderna que, além de não oferecer tutela à identidade indígena, ainda dispunha que ele só adquiriria personalidade após sua civilização, ou seja, a partir de que ele compartilhasse dos mesmos valores, da mesma cultura, da mesma crença e, enfim, da mesma forma de vida que seu colonizador³⁰.

A Lei 6.001 denominada de Estatuto do Índio, promulgada em 19 de Setembro de 1973, manteve, a propósito, a consideração da modernidade de que o diferente deve ser igual, para ser portador dos mesmos direitos, ao europeu-normal. Basta ver seu art. 1º para observar que o índio deve ser igual ao europeu colonizador:

³⁰ Não é mera coincidência a redação do art. 6º do Código Civil de 1916 com as disposição da *Grundregel* n. 24 do *Volksgesetzbuch*, ou projeto de Código Civil par ao povo alemão do partido nazista, que dispunha: "O Código do Povo Alemão será aplicável a todos os súditos do Grand-Reich. Para os súditos deste Reich, porém, que não forem de sangue alemão, não vigorarão as disposições que, segundo o seu espírito, só devam aplicar-se aos que forem desse sangue". Ou seja, àqueles que não compartilham dos mesmos valores que o povo alemão não tinham o direito de praticar qualquer negócio jurídico, isto é, não detinham personalidade jurídica. Este é o exemplo mais perfeito de encobrimento do outro. CARVALHO, Orlando. *A Teoria Geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2ª edição. Coimbra: Centelha, 1981. p. 62.

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

A classificação que traz o Estatuto de índios demonstra a intenção legislativa de igualar os diferentes, mormente em sua consideração de integração dos índios:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; *

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Ora, o tratamento legislativo —é de bom alvitre salientar que referida lei continua em vigor em pleno século XXI— dado pela lei esconde, além da ideologia da modernidade, um paradoxo. Nele,

o índio é visto como um “ser inferior” que deve ser e precisa ser “integrado à comunhão nacional”. Completada a integração, não será mais considerado “inferior”, mas também não será mais considerado índio e, portanto, não merecerá mais qualquer forma de tutela especial³¹.

³¹ BARRETO, Helder Girão. *Direito Indígenas: vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 34.

Deste paradoxo resulta que nossa legislação ao invés de tutelar, proteger as manifestações culturais dos índios solapa o direito à diversidade enquanto direito coletivo dos povos indígenas.

A Constituição de 1988 lança alguma luz no tema ao cuidar de reconhecer aos índios, em seu art. 231, a manifestação de sua cultura, sua forma de organização social, costumes, línguas e crenças. Contudo, isso ainda é bem pouco para abarcar a necessária proteção para a diversidade de forma de vida tão complexa como as dos índios.

O direito à diversidade enquanto direito coletivo é mais do que reconhecer a diferença imamente entre os seres humanos, é, isto sim, tutelar de forma digna os valores e culturas enquanto manifestação da diferença.

Por mais que nosso Estado Democrático de Direito busque reconhecer o pluralismo, é necessário, antes de tudo, pois

desde una perspectiva pluralista las prácticas sociales, incluyendo las epistémicas, se comprenden como insertas y formando parte de un medio, un entorno, y no ajenas a él. Por eso las prácticas sociales (cognitivas, agrícolas, económicas, educativas, recreativas, religiosas) de las comunidades tradicionales, y en general las culturas tradicionales, no deben concebirse como separadas de su entorno, de su habitat y del ecosistema del que forman parte. Por esta vía, bajo una concepción pluralista, es posible además justificar el derecho de los pueblos indígenas a participar activamente en la toma de decisiones sobre la explotación de los recursos naturales de los territorios que ocupan y sobre la manera de canalizar esos beneficios, sin que esto obstaculice el desarrollo de un proyecto nacional común, donde se respete la identidad colectiva de cada grupo, pero donde existan y operen efectivamente mecanismos de toma de decisión con la auténtica participación de todos los involucrados³².

Esforço no sentido de tentar garantir o direito à diversidade indígena tem sido feito pelos órgãos estatais. Neste sentido, o julgamento da Petição 3388 pelo Supremo Tribunal Federal, caso conhecido como Raposa Serra do Sol, em que ficou reconhecido o direito à demarcação contínua de terras indígenas, ficando assegurado o direito a posse aos habitantes originários

³² OLIVÉ, Leon. *Por una auténtica interculturalidad basada en el reconocimiento de la pluralidad epistemológica*. In. Pluralismo Epistemológico. Boaventura de Souza Santos (org.). La Paz: Muela del Diablo editores, 2009. p. 28.

naquela situação, enquanto pertencentes a um grupo étnico-social indígena distinto³³.

O mesmo vale dizer do julgamento do caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde ficou reconhecido que a relação que os povos autóctones mantêm com a terra em que vivem não pode ser subsumida a uma mera relação de posse jurídico-civil, mas, antes de tudo, mantêm uma relação espiritual com a mesma que, com sua violação por parte estatal, permite exigir reparação por danos espirituais às comunidades indígenas.

São, de fato, duas decisões que buscam, na maior medida possível, reconhecer aos índios o direito a manutenção de sua identidade, valores e cultura enquanto minoria étnico-social. Ainda assim, não é tudo.

³³ Convém citar, ao menos um item do longo acórdão elaborado pelo Ministro Ayres Britto: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. [...]

9 A Demarcação de Terras indígenas como capítulo avançado do Constitucionalismo Fraternal. Os 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. (STF, pleno, Pet. 3388, rel. Min. Ayres Britto, j. 19.03.2009)''

É preciso que se diminua a assimetria de poder causada pela modernidade. Capaz disso somente o Estado Plurinacional, tal qual adotado pela Bolívia. O Estado Plurinacional não é um Estado-nação, vincado na absoluta separação entre Estado e sociedade civil. Também não é um Estado com poder centralizado, senão que prevê autonomias regionais³⁴.

O próprio artigo 1º da Constituição Boliviana de 2009 trata de explicitar a opção por este modelo de estado:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

A colocação, logo no segundo artigo da Constituição Boliviana de reconhecimento de direitos a autodeterminação indígena, representa uma preocupação de ordem topográfica que orienta toda a axiologia da Constituição. Assim dispõe o artigo mencionado:

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

Não convém citar todos os artigos da Constituição Boliviana que promove o direito à diversidade, mas é de bom alvitre citar que a referida Carta Magna reserva aos índios porcentagem em todos os altos cargos dos Poderes Públicos, representando uma preocupação constante com a participação da minoria no poder político.

Somente um Estado desta forma constituído representa uma verdadeira tutela ao direito à diversidade enquanto direito coletivo dos índios. A preocupação, então do jurista alemão Dieter Grimm, acerca de conflitos promovidos em uma sociedade multicultural, só pode ser resolvida por um Estado Plurinacional.

³⁴ ALCOREZA, Raul Prada. *Umbralos y horizontes de la descolonización. In. El Estado. Campo de lucha*. TAPIA, Luis (org.). La Paz: Muela del Diablo editores, 2009. p. 88-89.

Diz o jurista:

Cuando las migraciones alcanzan a todo el orbe, exige también plantearse el derecho del hombre en otro lugar del mundo diferente de aquél del que procede. Es, pues, la pregunta por su derecho a continuar viviendo allí, como extranjero, de la misma forma que en su país de origen resultaba familiar, quizá incluso sagrada. Pero también se trata, al mismo tiempo, del derecho de los naturales del país a que sus formas de vida e sus orientaciones valorativas, junto con las garantías normativas que unas y otras hayan logrado, sean tenidas en consideración por los extranjeros inmigrados³⁵.

Somente com um Estado em que haja reconhecimento de todos aqueles que vivem sob o mesmo território e, ainda que não compartilhem os mesmos valores e culturas, sejam garantidos direitos iguais é que o pluralismo cultural será garantido e, dessa forma, o direito à diversidade enquanto direito coletivo efetivado.

V. Conclusão

Respondendo à indagação proposta no início deste trabalho, podemos afirmar que a modernidade trouxe um projeto de exclusão do diferente, do outro, em detrimento do normal, do europeu, do dono da razão. Da mesma forma, a modernidade adveio por interesses de uma maioria dominante que, em nome de uma pseudo-libertação, trouxe dominação e violência, através de um aparato administrativo, guardião dos interesses desta maioria, denominada Estado.

O direito, enquanto produto deste Estado-nação, também foi utilizado como forma de dominação cultural, econômica e social.

Apenas com a conjugação de um Estado plurinacional que reconheça e efetive plenamente o direito à diversidade é capaz de romper com a lógica moderna de exclusão e violência cultural.

Ainda que nossas sociedades ditas democráticas de direito se digam pluralistas, a incorporação desta ideologia faz cair por terra qualquer tentativa de tratamento diverso para seres diversos. A padronização de comportamentos e formas de vida ainda está emprenhada em nossa cultura e nosso Estado dito Democrático de Direito.

³⁵ GRIMM, Dieter e DENNINGER, Erhard. *Derecho Constitucional para La sociedad multicultural*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, 2007. p. 53.

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALCOREZA, Raul Prada. *Umbralos y horizontes de la descolonización*. In. El Estado. Campo de lucha. TAPIA, Luis (org.). La Paz: Muela del Diablo editores, 2009.
- BARRETO, Helder Girão. *Direito Indígenas: vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11ª edição. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília.
- CARVALHO, Orlando. *A Teoria Geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2ª edição. Coimbra: Centelha, 1981.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Abril Cultura, 1984.
- DUSSEL, Enrique. *1492 El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del "Mito de la Modernidad"*. La paz: plural editores, 1994.
- GRIMM, Dieter e DENNINGER, Erhard. *Derecho Constitucional para La sociedad multicultural*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, 2007.
- HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MATURANA, Humberto R. e VARELA, Gustavo G. *Árvore do Conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano*. Trad. Jonas Pereira dos Santos. São Paulo: Editorial PSY II, 1995
- MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. *Da "invasão" da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da "inferioridade" latino-americana*. In. Fundamentos de História do Direito. Antonio Carlos Wolkmer (org.). 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

OLIVÉ, Leon. *Por una auténtica interculturalidad basada en el reconocimiento de la pluralidad epistemológica*. In. Pluralismo Epistemológico. Boaventura de Souza Santos (org.). La Paz: Muela del Diablo editores ,2009.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9ª Ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

LA NARRATIVA DE UN SUEÑO (O ACERCA DE “EL GRAN DICTADOR”, DE CHARLES CHAPLIN, Y LA JUSTICIA)

*Ricardo Oliveira Rotondano*¹

Resumen: El artículo comienza con una lectura atenta de algunos pasajes de la película “El gran dictador” de Charles Chaplin: la importancia del principio, la caracterización del barbero y el dictador, la famosa danza del dictador y el último discurso del barbero. En la segunda parte, el acto de contar un sueño se caracteriza por ser un acto de habla de acuerdo con la teoría y las consideraciones de John Austin y John Searle y por las categorías: propósito, posición del hablante con respecto a su auditorio e intención. Allí, el acto mismo del discurso se analiza de acuerdo con algunas categorías extraídas de la *Retórica* de Aristóteles obras y *Poética*, lo que demuestra que este tipo de acto de habla tiene sus propias peculiaridades. Al final, se compara el acto de contar un sueño con lo que hace un Profesor que enseña Derecho y que busca enseñar Justicia.

Palabras Clave: Justicia; Ensueño; Sueño; Acto de habla; Narrativa.

¹ Este texto ha sido escrito con el fin de hacer una objeción a una de las clases del curso de Filosofía del Derecho que ministró el profesor José Reinaldo de Lima Lopes en la Universidad de São Paulo. Tuve el privilegio de ver y ayudar como tutor para algunos estudiantes de esta clase en el primer semestre del año 2012. El tema principal de la clase es la relación necesaria entre el “Derecho” y “Justicia”, un tema que no suele ser abordado en la Facultad de Derecho en Brasil. Cuando se discutía sobre un extracto del libro “La última palabra”, de Thomas Nagel, le pregunté al profesor sobre lo que es la acción necesaria o postura que el hombre debe tomar para hacer un juicio ético. En el debate yo no fui capaz de expresar lo que pienso que es necesario: que el hombre debe tener un sueño con el fin de expresar algo acerca de la “Justicia” y que la racionalidad no es suficiente si el juicio ético debe ser compartido. Esto es lo que quería decirle, profesor.

*The Narrative of a Dream (or, about “The Great Dictator”,
by Charles Chaplin, and Justice)*

Abstract: The article begins with a careful reading of some passages of the film “The Great Dictator”, by Charles Chaplin: the importance of the beginning, the characterization of the barber and the dictator, the famous dance of the dictator and the last speech of the barber. In the second part, the act of dream-telling is characterized as a speech-act according with John Austin and John Searle’s theory, along the following lines: purpose, speaker position with regard to the auditorium, and intention. Then, discourse itself is analyzed according with some categories extracted from Aristotle’s *Rhetorics* and *Poetics*, by which it is shown that this kind of speech-act has its own peculiarities. Finally, the act of dream-telling is compared with the doings of a Professor that teaches Law & Justice.

Keywords: Justice; Daydream; Dream; Speech-Act; Narrative.

Todo empieza con una guerra

La película “El gran dictador” de Charles Chaplin, estrenada en 1940, representa a un soldado que lucha en una guerra y luego pierde la memoria tras un accidente. Él se recupera y vuelve a la ciudad para reabrir su barbería. El barbero ahora se entera de que su país está siendo gobernado por un dictador y la sociedad se convirtió en intolerante, especialmente contra la población judía, que son los que más sufren con la violencia en los guetos.

Chaplin interpreta el papel del barbero, que no tiene nombre, así como el papel del dictador Adenoid Hynkel. En el momento en que se hizo la película, al principio del siglo XX, había dictaduras en Europa y en otros países, pero, naturalmente, teniendo en cuenta el contexto y la descripción hecha en la película, lo más probable es que la parodia haya sido hecha para representar a Adolf Hitler. Durante toda la historia hay violencia y comedia. Pero, al final, un cambio debido a la casualidad ocurre y el barbero toma el lugar de Hynkel, después de la invasión de un país vecino, y pronuncia un discurso de esperanza y libertad. Jaques en la obra “As you like it”, de Shakespeare, dice: “Todo el mundo es un escenario / Y todos los hombres y mujeres meros actores”.

El hecho de que el barbero y Hynkel sean interpretados por el mismo actor, Chaplin, se puede interpretar como una coincidencia, como se dijo irónicamente en los créditos de la película, pero también puede ser interpretado como una declaración acerca de la humanidad, la naturaleza humana o la condición humana. El hecho de que ambos papeles hayan sido interpretados

por Chaplin fue una forma de mostrar que Adenoid y el barbero son seres humanos. Adolf Hitler era un veterano de guerra antes de convertirse en un dictador, después de haber luchado en la Primera Guerra Mundial. La distinción entre la historia y la película, en este caso, es que el barbero judío es aquel que lucha en la guerra. Es posible proponer que el barbero, que no se nombra en la película, representa al dictador como una persona sin memoria de la guerra y el terror, como un papel que evoca un estado natural del hombre.

Adenoid es un dictador. Su nombre es Adenoid Hynkel. Un hombre dispuesto a sacudir un poco el mundo hecho frágil por su poder. Su papel es el de comandante de un ejército, del país. Él controla. Él es el maestro de muchas vidas. Hay algo digno de mención sobre el lenguaje del dictador. La película trata de imitar la incomprendibilidad del alemán para el hablante nativo inglés. Adenoid Hynkel habla un galimatías. Esta tontería, aunque cómica, también es una forma de representar al bárbaro, al otro, al hombre que se reduce a un idioma no de la humanidad, sino de la violencia.

El barbero es otro papel. Él representa al hombre común, el trabajador, el ciudadano de Alemania y otros países europeos que sólo quería vivir tranquilamente. Ni siquiera era consciente de la guerra hasta que la violencia llegó a los guetos. El barbero es un hombre amable, dispuesto a luchar contra la injusticia, pero también que tiene miedo de la muerte. Él quiere vivir, no sólo para él, sino para ayudar a otros y amar a la mujer que se separa de él debido a la persecución y la violencia. El barbero también representa lo que la sociedad podría haber sido si la Segunda Guerra Mundial no hubiera pasado. Las guerras pueden terminar, pero las cicatrices duran en los cuerpos individuales y la memoria se conserva colectivamente a través de la recreación simbólica. Este es un punto tan fuerte de la película que lo único capaz de dar marcha atrás al soldado en un barbero es la pérdida de memoria.

También están los pobladores que representan la resistencia de la gente. Ahí están los soldados que representan la violencia institucional perpetrada en el período. Está el amor del barbero. Y, naturalmente, hay docenas de otros roles jugados en la película, cada uno con una función distintiva o una parte de la narración. La importante declaración hecha por la película es que los roles, como el del dictador y el de los soldados que supuestamente se convirtieron en máquinas, no pueden reducir o eliminar lo que es bueno en los hombres, al menos no de forma permanente. Todavía hay esperanza, tal vez sólo una, y debido a la esperanza el discurso se entrega.

Entonces, hay la danza

Primero viene el asombro. "Mi mundo" ("My world"). El globo al que se acerca delicadamente el dictador que está solo en la habitación, casi con miedo o ansiedad de un niño que recibe un regalo. ¡Qué pequeño es el mundo en el marco, especialmente en comparación con el dictador que envuelve sus manos alrededor de él y parece apoderarse de él cuando se mueve desde el titular que mantuvo en órbita! Cuando el mundo se levanta para que empiece la danza, una sorpresa de horror capta a los espectadores. El mundo es ligero y está en las manos del dictador. Risotadas suceden al éxito. La canción es suave y tranquila. La banalidad. La danza comienza muy elegante, completamente coreografiada, no un resbalón o la caída que espera por el espectador. No hay comedia. Los espectadores contienen la respiración cada vez, con la esperanza de que el mundo, como una burbuja, no se rompa. La elegancia de la danza imita la elegancia del progreso. Su danza representa los logros alcanzados durante este tiempo, durante las guerras, las muchas innovaciones tecnológicas. Poco a poco el dictador comienza a jugar más y más, pateando y lanzando el mundo casi como probando los límites de su control. Hay una pausa simbólica y una sonrisa al mirar a través de África. Qué fácil es jugar con el mundo cuando un hombre controla ejércitos que pueden destruir todo lo que se conoce por el hombre. Las personas son rehenes de los dictadores. Al final, el mundo estalla y el dictador llora como un niño egoísta que no puede continuar jugando.

Él termina con un discurso

"El mundo espera su palabra." ("The world awaits your word."). El barbero se despoja de su chaqueta y se sube a la escalera que tiene "libertad" grabado para hablar a la multitud que le espera. Señor Basura (Herr Garbage) precede al barbero con su propaganda. "La democracia, la libertad y la igualdad son palabras para engañar a la gente". ("Democracy, liberty and equality are words to fool the people".) Durante el discurso del oficial con un mensaje de odio contra los Judios el barbero levanta la cabeza. A continuación, se anuncia el barbero, pero vacila al principio. "Usted habla" ("You speak"). Hay soldados, oficiales y escucha el mundo entero. ¿Cómo puede un hombre ser más poderoso que todo eso? ¿Cómo puede un hombre saber qué decir? "No puedo" ("I can't"). El hecho es que la preparación es imposible para estos momentos. ¿Cómo puede una persona prepararse para una experiencia que requiere el sacrificio total,

que cambia la base de la propia existencia y, por lo tanto, que cambia las condiciones en que alguien piensa? El hecho es que no es posible para un hombre superar todos estos factores. La verdadera tarea es la que no se puede ganar. No por un solo hombre. Me imagino al barbero con el temor de la muerte y la tortura que vendría después del discurso. ¿Entonces por qué? ¿Duda? "Debes hacerlo. Es nuestra única esperanza" ("You must. It's our only hope."). ¿Por qué alguien se sacrifica a sí mismo si el final es tan inevitable o igual? Todo sacrificio y todo acto de avanzar en estas situaciones se realiza por el bien de los demás. Mucho se pregunta con un pronombre, "nuestra". El general le pide al barbero para que se vea en peligro junto al resto de la humanidad no apelar a su sentido de autopreservación, sino para que él entienda que es lo mismo que todos los demás. Él se levanta. Lo que debemos entender es que él tiene la oportunidad de hacer una diferencia. Tiene que arriesgar su vida y todo lo que tiene y tuvo para esto. La casi certeza del fracaso para sí mismo se pone en contraste con la inevitabilidad del fracaso a todos los demás de no intentarlo. Esta es la esencia del mensaje, este es el acto de contar un sueño. "Esperanza" ("Hope"). Simplemente un suspiro, pero lo suficientemente fuerte como para que dé su discurso. "Lo siento" ("I'm sorry"). Con una mirada distante el barbero se disculpa por no ser el dictador, por no ser el hombre destinado a dar el discurso. Chaplin se disculpa por no ser lo que se esperaba en ese momento, otro hombre dispuesto a llevar a los hombres a la batalla por el poder y por conquistas. Lentamente, levanta la cabeza y mira al público, al igual que los personajes de "Las Meninas" miran a sus observadores, la incorporación de la población real de personas en todo el mundo a la realidad creada por la película. Él habla de una serie de paradojas para tratar de representar el estado de confusión de la época. Se dirige a los soldados, les recuerda, "ustedes no son máquinas, son hombres" ("you are not machines, you are men"). Al final se dirige de nuevo "ustedes, el pueblo" ("you the people"), como él mira directamente al observador, proclamando las últimas palabras de su discurso. Un gran aplauso sigue al discurso del futuro que podría haber sido, como los que siguieron al discurso de los dictadores en el pasado que fue.

El acto de contar un sueño

La expresión "contar" es un verbo, que se utiliza en este texto para representar un tipo específico de interacción entre personas en la que se

transmite un mensaje personalmente o por lo menos en la que la persona que envía el mensaje está identificada y su presencia se hace sentir de alguna manera. El acto de contar un sueño se analizará de acuerdo con dos tradiciones filosóficas diferentes. Existen consideraciones acerca de la “narración de un sueño” como un “acto de habla” con el fin de subrayar el punto sobre la fuerza ilocucionaria de este acto, entendido como su finalidad, de acuerdo con los trabajos de John Austin², John Searle³ y Paul Ricoeur. Otras consideraciones sobre el mensaje se hacen teniendo en cuenta las obras de Aristóteles, a saber, *Retórica* y *Poética*.

El acto de contar un sueño no describe un sueño, pero es un acto de habla. Su significado es una interpretación de la acción de contarlo. Una acción solo puede ser comprendida por referencia a la intencionalidad del agente y al fin de la acción⁴.

Los aspectos de este acto de habla que son analizados son: el propósito del agente, la posición del hablante con respecto a su auditorio y su intención.

Acerca del propósito del acto de habla, los sueños son mensajes que *presentan una realidad alternativa en la que la comunidad política podría vivir únicamente si se toman ciertas medidas*. En este sentido, un sueño es un mensaje que tiene como objetivo presentar una reflexión.

Por otra parte, los sueños son historias que deben encantar una vez que se cuentan. Para que un sueño sea reconocido la persona que expresa el mensaje debe vivir de acuerdo con las virtudes que busca transmitir. El sueño y la persona que lo dice deben inspirar, porque, si no, el mensaje será considerado como un engaño y descartado.

Un hecho importante es la posición especial que él o ella mantiene en relación con el público. La persona que dice el sueño tiene que cautivar la confianza. El soñador debe ser tomado en serio. El público, con el fin de considerar la revisión de sus actos y luchar por la proposición del soñador

² AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1962.

³ SEARLE, John. *Speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

⁴ Esta discusión es exposta en: RICOEUR, Paul. *El discurso de la acción*. Traducción por Pilar Calvo. Madrid: Catedra, 1988.

debe confiar en que el sueño es posible. Pero también es necesario confiar en el soñador. El relato de un sueño es un acto de habla siempre en circunstancias que se presentan al soñador con una amenaza. La persona que cuenta el sueño tiene algo que perder y tiene que estar dispuesto a perderlo de una manera que la gente pueda creer que el sacrificio y la supuesta lucha valen la pena.

Como toda acción libre, el acto de contar un sueño tiene motivos. La palabra "móvil" y no la palabra "causa" es utilizada en un intento de expresar que una acción sólo puede considerarse tal si deriva de la libertad de elección. Hay causas físicas del movimiento, por ejemplo, pero las personas actúan debido a sus motivos⁵.

Sólo las acciones de "contar un sueño" inspiradas por las ideas que se convierten en motivos o fines, de promoción del bien para la humanidad o para alguna comunidad se deben considerar los sueños. Los tipos de actos de habla analizados en este texto son los que tienen como motivos la promoción del bien común para alguna comunidad política.

Además, si el acto de contar el sueño también implica enfrentarse a la adversidad o a los poderes que se benefician del statu quo, entonces es posible que la persona que cuenta sufra represalias a menudo, por lo que el acto debe tener como motivo la aceptación del sacrificio por otros.

Un sueño tiene que ser contado de tal manera que el evento pueda ser recordado y, si hay éxito en la difusión del mensaje, de manera colectiva celebrada. La gente debe ser capaz de decir el sueño y, al hacerlo, transmitir el mensaje o impugnarlo. Tiene que convertirse en tema de conversación pública, por lo que el sueño puede extenderse. A veces, el acto de la narración de un sueño es ritualista o sucede en un contexto ritual. Esto se representa en la película por el hecho de que el sueño de esperanza de Chaplin es escuchado por un público en todo el mundo en los cines y en la película debido al hecho de que el discurso del barbero es escuchado por "todo el mundo" a través de la radio.

⁵ Las cuestiones de "Treatise on the last end" de Tomas de Aquino presenta esta idea. AQUINAS, Thomas. The summa theologica. Translated by Father Laurence Shapcote. Vol. I. Chicago and others: Encyclopaedia Britannica, Inc, 2003. Ver también el capítulo de "El concepto de motivación: causas y motivos" en RICOEUR, Paul. El discurso de la acción. Traducción por Pilar Calvo. Madrid: Catedra, 1988.

Esta característica separa a este uso de la palabra “sueño” del uso de la psicología. Un “sueño” para esta ciencia se explica como una manifestación de los deseos inconscientes, o tiene otros significados, pero el aspecto importante es que los sueños para los psicólogos son siempre manifestaciones individuales, incluso si las consideran manifestaciones de temas generales, como serían supuestamente los arquetipos. Incluso cuando estos sueños pueden ser analizados por comparación o por un estudio arquetípico, los sueños de las personas todavía tienen sentido y son interpretados de acuerdo con las referencias individuales del paciente.

Se puede decir que ambos “sueños” vienen del mismo lugar: la imaginación individual. Eso es sólo parcialmente cierto. Al analizar un sueño de un individuo dado el psicólogo profesional se informará acerca de las experiencias individuales, la historia, los miedos actuales y pasados, las ansiedades, las razones de la alegría y de la tristeza y muchos otros factores por los cuales el sueño podría ser interpretado por y para el mismo individuo. Este sueño individual sigue teniendo como referencia fija la experiencia de la persona o la historia. Un sueño colectivo, sólo para establecer aquí una variación que permita una mejor comunicación, en cambio, sólo puede ser entendido por los análisis de muchas experiencias, del pasado, presente y futuro de una sociedad o de un grupo de personas que por alguna razón interactúan.

Por otra parte, un sueño de un individuo no tiene que ser informado de existir. El fenómeno de “soñar” es independiente de cualquier consideración adicional. Uno puede tener un sueño y ni siquiera recordarlo correctamente o no hablar de ello y el sueño igualmente ha existido. Los sueños colectivos, o sólo sueños en el sentido utilizado en este texto, no pueden existir a menos que alguien los comunique a otras personas mediante actos de habla.

Voy a presentar en la siguiente parte de este texto consideraciones sobre el acto de contar un sueño que tienen como referencia para las categorías utilizadas la obras de Aristóteles, *Retórica* y *en el arte de la poesía*.

El sueño es un mensaje que, como ya se ha dicho, lleva la intención del mensajero de persuadir a los miembros de una comunidad para que actúen o se comporten de cierta manera que es diferente de la *situación actual*, con el fin de lograr un estado u organización diferente. Hay una elección de lo

que se hará. Este problema es central para Aristóteles, cuando él afirma que sólo se puede elegir lo que puede ser objeto de elección⁶.

Según Aristóteles, hay tres medios de persuasión retórica⁷: La primera depende del carácter personal del que habla, la segunda de poner a la audiencia en un cierto estado de ánimo, y la tercera en la prueba, o la prueba evidente, siempre por las palabras del propio discurso.

Sobre la presencia de la mente del orador y la audiencia, Aristóteles postula que el orador debe demostrar que su discurso es digno de fe y que él es digno de confianza⁸. El que cuenta el sueño debe tener las cualidades virtuosas que propone o hacer los sacrificios con el fin de mostrar que estas virtudes se pueden y se deben obtener para que su mensaje sea exitoso. Incluso más que virtuoso, la persona debe estar dispuesta a sacrificarse por los demás en el intento de seguir el camino virtuoso. El soñador debe buscar la perfección.

En lo que respecta a la estructura mental en que el orador pone al espectador, el primer objetivo es obtener su confianza. La persona que cuenta el sueño tiene que ser considerada como calificada o capaz de ver realmente una realidad alternativa o una solución para los problemas de la comunidad que nunca son simples.

Si los sueños requieren acción colectiva, es importante que la gente actúe de la misma manera o de una manera coordinada. Para que esto suceda pueden ser obligados a ello por el Estado u organizaciones, o pueden optar por hacerlo. Pero, ¿cómo pueden saber cuándo hay que empezar a actuar de esta manera? El acto de contar el sueño es la posibilidad de que las personas elijan, de forma colectiva y organizada, y al mismo tiempo, empezar a actuar de otra manera. Y, como los sueños requieren una acción colectiva,

⁶ "Clearly counsel can only be given on matters about which people deliberate: matters, namely, that ultimately depend on ourselves, and which we have it in our power to set going" - ARISTOTLE, Rhetoric, traducido por W. Rhys Roberts, Internet Classics Archive: MIT. p. 9.

⁷ El original es "The first kind depends on the personal character of the speaker; the second on putting the audience into a certain frame of mind; the third on the proof, or apparent proof, provided by the words of the speech itself" - ARISTOTLE, Rhetoric, traducido por W. Rhys Roberts, Internet Classics Archive: MIT. p. 4.

⁸ ARISTOTLE, Rhetoric, traducido por W. Rhys Roberts, Internet Classics Archive: MIT. p. 40.

el objetivo final del soñador es inculcar a las personas con confianza en sí mismos.

El problema de la verdad en cualquier diálogo es que, a fin de que la gente sea capaz de comunicarse e interactuar se tiene que presuponer que puedan entenderse entre sí y, en algún nivel, que dicen la verdad. En este sentido, es necesario que el mensajero diga la verdad. Sin embargo, el objeto de un discurso en un sueño no es su verdad. Un sueño es una realidad contingente que no es, sin embargo, aún verdad.

A pesar de que el acto de contar el sueño es un acto de habla, en virtud de la muestra y el objeto de inspiración de este texto también se analiza como una forma de manifestación artística.

El final de la película muestra a un barbero en el lugar del dictador para pronunciar un discurso de esperanza y bondad a los soldados y al resto del mundo, a diferencia de cualquier discurso que cualquier dictador haya dado nunca. Este discurso no es una representación perfecta de un acontecimiento histórico de la época, a pesar de que el discurso está relacionado con su tiempo y es una parodia de otros discursos dados.

No es posible estudiar “un sueño”, teniendo como referencia la realidad o con pretensiones de análisis histórico. La relación entre la historia y el arte como narrativas fue planteada por Aristóteles en *Poética*. Para Aristóteles, la diferencia entre el trabajo del historiador y el del poeta está en su contenido, ya que uno de ellos escribe o habla sobre lo que pasó y el otro acerca de lo que podía, debido a la probabilidad, o debía, por necesidad, ocurrir⁹.

Este es un buen comienzo, pero estas historias no son “sueños” tal como se entiende el término en este texto. Se reconoce que “El gran dictador” no es una representación biográfica de Adolf Hitler. Por otra parte, la película es un género de representación, como la poesía y otros. Y finalmente, la película trata de una posibilidad, sobre lo posible, por lo que podría haber sucedido.

⁹ “From what we have said it will be seen that the poet’s function is to describe, not the thing that has happened, but a kind of thing that might happen, i.e. what is possible as being probable or necessary” – ARISTOTLE, *On the art of poetry*, traducido por Ingram Bywater, Oxford: Clarendon Press, 1923. p. 43.

Sin embargo, esta película no trata de un caso probable. La situación cómica de la conmutación entre dictador y barbero es más que improbable, debido a la estricta seguridad que rodeaba a los dictadores en el momento. Además, dados los acontecimientos históricos que condujeron a la guerra, la "solución final" perpetrada por el gobierno nazi y muchos otros factores, es absolutamente seguro sostener que no se habría esperado que este tipo de discurso hubiera sido dado por Adolf Hitler en ese momento, en cualquier contexto ni que este mensaje hubiera sido transmitido por cualquiera de los líderes mundiales.

Esta película tampoco trata de algo que debe suceder. No se conoce causa alguna que podría haber afectado a Hitler o a cualquier otro dictador para impulsarlo a ofrecer un discurso como este en aquel momento o para determinar que los hombres empiecen a comportarse como lo describe Chaplin. De hecho, hay un gran número de razones en relación a las expectativas sociales, asuntos militares, la economía y otros factores, tales como proyectos de poder alimentados con discursos de odio, que llevarán la continuidad de la guerra. La alternativa presentada por la realidad o por un sueño puede ser poco probable, aunque posible. A lo largo de la historia los hombres han hecho cosas malas, hasta el punto en que el mal se convirtió en una banalidad, según la expresión de Hannah Arendt. Los sueños existen porque los hombres son débiles, pero pueden ser fuertes.

Los sueños no pueden explicar la realidad social. No se pretende que lo hagan. El relato de un sueño es un acto que tiene intención. El acto se relaciona con el futuro de la audiencia, con el futuro del futuro de toda la comunidad. Los sueños son proposiciones contingentes de lo que podría ser. Esto implicaría que el oyente del sueño tiene que evaluar la situación actual y compararla con el escenario del sueño. A través de esta comparación sería posible descubrir los cambios necesarios que tendrían que ser logrados y planificar por lo tanto el futuro. La palabra "plan" se utiliza para enfatizar el control necesario u objetivo, un bien para la comunidad, que debe existir. Un soñador debe buscar el bien común de la comunidad.

La posibilidad de que exista un parámetro racional para determinar lo que es bueno se discute en la obra de Nagel, *La última palabra*, en el sexto capítulo, donde se aborda la ética.

Hay una cuestión planteada en este libro¹⁰ que es especialmente importante para el argumento presentado aquí: el libre albedrío. Las personas son capaces de tomar decisiones libres y morales. Esto es importante porque, si no fuera por la libertad, los sueños serían ilusiones o imposibilidades. Si no fuera por la moral, sería imposible hablar de sueños o bien de alguna comunidad o sociedad.

Sin embargo, incluso con la demostración de que el juicio objetivo racional y moral es posible, no creo que el reconocimiento del hecho de que el hombre es racional y tiene “razones neutrales”¹¹ es suficiente para enseñar algo sobre la justicia.

El hallazgo más sorprendente para el abogado al estudiar el texto de Nagel es la observación de lo poco que recurre a la categoría “hombre” en su razonamiento jurídico. Es evidente que los “humanos” aparecieron en los ejemplos recitados en la universidad, pero nunca fueron realmente el foco de atención. En Brasil, los estudiantes de derecho son criados en una tradición que, por la falta de consideración por el problema de la justicia en sus clases, realmente no trata de seres humanos, sino de cuál es la norma correcta a aplicar en algún caso o situación. ¿Pero qué sucede cuando uno comienza a llevar sus preguntas más allá del mero análisis de las normas y trata de explicarse los problemas tomando en consideración las “personas”?

Es posible explicar cuál es la razón o la lógica para una persona, pero ser realmente racional en la búsqueda de una decisión justa es algo más que el mero razonamiento. La capacidad de seguir la propia razón y la existencia del libre albedrío no son garantías de la opción por un camino justo. Por supuesto, ese no es el foco de atención del texto de Nagel, pero es necesario que sea el foco de atención en la enseñanza del derecho, la ética y la justicia. “Los sueños” dan sentido a la acción, dando a la gente la fuerza para hacer lo que es correcto, incluso cuando seguir la razón implica que debe hacerse un sacrificio por los demás.

Yo no creo que sea suficiente con enseñar que la relación entre la justicia y el derecho es una necesidad, y no algo contingente. Creo que un Profesor debe ir más allá de este punto. Creo que un Profesor debe demostrar

¹⁰ NAGEL, Thomas. *The last word*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 115.

¹¹ NAGEL, Thomas. *The last word*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 120.

que, a pesar de que para que un razonamiento tenga sentido tiene que ser racional, para que el derecho tenga sentido tiene que considerar los parámetros del sueño de la justicia. Esta es una decisión que se puede y se debe hacer. Y una historia que, si es posible, debe decirse a otros.

Bibliografía

AQUINO, Thomas. *La Summa Theologica*. Traducido por el Padre Laurence Shapcote. Vol. I. Chicago y otros: Encyclopaedia Britannica, Inc, 2003.

ARISTOTELES, *Poética*, traducida por Ingram Bywater, Oxford: Clarendon Press, 1923.

———, *Política*, traducido por Benjamin Jowett, Oxford: Clarendon Press, 1926.

———, *Retórica*, translated por W. Rhys Roberts, Internet Classics Archive: MIT.

AUSTIN, John L., *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1962

NAGEL, Thomas, *The last word*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

SEARLE, John. *Speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

RESPONSABILIDAD ATRIBUTIVA Y SUSTANTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Adriana L. Vercellone¹ y Cristián A. Fatauros²

Resumen: En este trabajo se describe una teoría de responsabilidad personal adecuada para evaluar la conducta de los funcionarios públicos de una sociedad democrática. Para esto, se introducen las distinciones realizadas por el filósofo Thomas Scanlon y se exploran los defectos de la concepción de responsabilidad personal propuesta por Dennis Thompson que trabaja sobre un modelo tradicional de responsabilidad. El objetivo de este trabajo es mostrar las implicancias que tendría para el ámbito de la administración pública el esquema de responsabilidad diseñado por Scanlon. En particular, intentaremos evaluar el aporte que su teoría podría realizar al modelo tradicional personal de atribución de responsabilidad defendido por Thompson. Para ello, en primer lugar, describiremos brevemente su concepción de responsabilidad personal. En segundo lugar, reconstruiremos la concepción contractualista de responsabilidad moral sustantiva. Finalmente, evaluaremos su posible aplicación en el terreno de la responsabilidad de los funcionarios de la administración pública.

Palabras clave: Responsabilidad Moral, Funcionarios Públicos, Democracia Deliberativa.

Atributive and Substantive Liability in Public Service

Abstract: This paper describes a theory of personal responsibility appropriate to evaluate the conduct of public officials in a democratic society. Distinctions made by the philosopher Thomas Scanlon are introduced and the shortcomings of the design of personal responsibility given by Dennis Thompson, who works on a traditional model of responsibility, are explored.

¹ Profesora Auxiliar de Ética, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Becaria Doctoral SECYT.

² Profesor Auxiliar de Ética y Profesor Auxiliar de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Becario Doctoral CONICET.

The aim of this paper is to show the implications that the scheme designed by Scanlon would have for the field of public liability. In particular, we will attempt to assess the contribution that this theory could make to the traditional model of accountability defended by Thompson. To do this, first, we will briefly describe his conception of personal responsibility. Secondly, we will reconstruct the contractarian conception of substantive moral responsibility. Finally, we will evaluate its possible applications in the field of public officials' liability.

Keywords: Moral Responsibility, Public Officers, Deliberative Democracy.

I. Introducción

Los funcionarios públicos son responsables por los actos de su gestión pública frente a sus representados. Si bien es claro que ésta es una de las principales exigencias de un modelo democrático de gobierno, no es claro cuáles son las condiciones por las cuales atribuimos responsabilidad moral a los funcionarios de la administración pública. Nuestro trabajo se inserta en la discusión sobre las condiciones correctas para responsabilizar a los funcionarios de una democracia constitucional.

En este debate, uno de los autores más importantes es Dennis Thompson. Su principal aporte ha sido revitalizar la concepción tradicional de responsabilidad personal. Aplicada a la función pública esta teoría sostiene que los funcionarios deben ser responsabilizados individualmente por las acciones que hayan cometido. Específicamente, su conducta debe ser evaluada moralmente por las consecuencias de sus acciones libres y voluntarias.³ Esta concepción, sin embargo, debe enfrentar el desafío que proviene de una teoría contractualista de responsabilidad moral, la cual tiene su máximo exponente en la figura del filósofo Thomas Scanlon. En nuestra opinión, su contribución podría ser útil para complementar la propuesta de Thompson.

La concepción contractualista de Scanlon subraya la distinción entre dos ideas de responsabilidad moral: por un lado, la responsabilidad como base para realizar juicios de reproche o elogio, y la responsabilidad sustantiva (también llamada *responsabilidad consecuencial*) que determina quién

³ Otras teorías que compiten en la atribución de responsabilidad a los funcionarios son la teoría colectiva y la teoría jerárquica. Véase FEINBERG, J. "Collective Responsibility" *Journal of Philosophy*, 1968, FRENCH, P. A. *Collective and corporate responsibility*, Columbia University Press New York, 1984, y WEBER, M., *¿Qué es la burocracia?*, Ed. Tauro, 2005.

*debe cargar con los costos que surgen como consecuencia del acto, ya sea porque tenía el deber de evitarlo o porque tenía el deber de producirlo.*⁴

El propósito de este trabajo es mostrar las implicancias que tendría para el ámbito de la administración pública la distinción subrayada por el esquema de responsabilidad de Scanlon. Nuestro principal objetivo, es evaluar el aporte que su teoría podría realizar al modelo tradicional personal de atribución de responsabilidad defendido por Thompson. Para ello, en primer lugar, describiremos brevemente la concepción tradicional de responsabilidad personal que defiende Dennis Thompson. En segundo lugar, reconstruiremos la concepción contractualista de responsabilidad moral, distinguiendo entre responsabilidad atributiva y sustantiva. Finalmente, evaluaremos su posible aplicación en el terreno de la responsabilidad de los funcionarios de la administración pública.

II. La concepción personal de atribución de responsabilidad

Frente a las críticas dirigidas en contra de las teorías de responsabilidad jerárquica y colectiva, modelos tradicionalmente utilizados para atribuir responsabilidad en el ámbito público,⁵ Thompson argumenta en favor de una concepción de responsabilidad moral personal. Desde esta perspectiva, se afirma que los funcionarios públicos son responsables por los resultados

⁴ Alguien podría decir que el reproche también proviene de la violación de un deber. Sin embargo, esto no nos ayudaría a comprender la distinción entre el reproche por haber actuado "mal" en violación de algún deber, y la responsabilidad de cargar con los costos, porque existe un deber de soportar dichos costos. En el primer caso, hablamos de responsabilidad como criterio de imputación, y en el segundo de responsabilidad como criterio de distribución de cargas o beneficios. Agradecemos a José M. Peralta por hacernos notar este punto.

⁵ Se ha criticado que la teoría jerárquica encubre a los funcionarios de rango inferior, que muchas veces son quienes verdaderamente toman las decisiones al tener poder discrecional de decidir en situaciones determinadas; separa la responsabilidad moral (de cada individuo) de la responsabilidad política (de la autoridad) quitando fuerza moral a los juicios de responsabilidad; y elimina las investigaciones que sería bueno se realicen dentro de la administración pública. Al modelo de responsabilidad colectivo se ha señalado que, al atribuir responsabilidad a cualquier individuo asociado a la colectividad, no da cuenta de los diferentes grados de participación y por lo tanto de responsabilidad frente a un acto y sus consecuencias. Asimismo, que tampoco distingue las acciones de quienes mantienen las estructuras de las acciones de quienes intentan modificarlas, y que no deberían ser igualmente responsables que los primeros. (THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Barcelona, Gedisa, 1999)

de los actos que han realizado u omitido realizar, siempre que se satisfagan ciertas condiciones vinculadas con la causalidad y con la voluntad.

El elemento causal vincula un resultado con la acción de un agente. Para Thompson, decir que un agente es causa de un resultado o efecto, es afirmar que su acción está conectada en alguna medida con él, aún cuando podrían concurrir otras acciones u otros factores causales. Por otro lado, el elemento volitivo exige que para justificar un juicio de responsabilidad es necesario que el individuo haya podido actuar de otro modo, y que haya podido elegir de manera libre y autónoma entre diferentes alternativas de acción.⁶

De esta manera, la concepción de responsabilidad personal que Thompson defiende para el ámbito público afirma que un funcionario es responsable personalmente cuando su acción u omisión voluntaria guarda alguna relación causal con un resultado.⁷ Sin embargo, un análisis detallado de los argumentos ofrecidos por el autor permite mostrar que este principio general se debilita al considerar otras circunstancias del contexto político, por ejemplo, cuando una decisión ha sido adoptada por un asesor de gobierno y autorizada por otro funcionario, es difícil mostrar el nexo causal entre la acción de cada uno de ellos y los efectos.

Al referir a la relación de causalidad, el autor precisa que es un criterio necesario pero no suficiente para que una acción pueda ser utilizada como base para criticar o elogiar la conducta de un funcionario. Esta condición debe ser complementada ya que: “(...) si se desea seleccionar a un individuo de entre los restantes factores causales en la cadena de causación, será preciso invocar otras consideraciones morales y políticas, incluyendo el criterio volitivo.”⁸

Además, en los casos de sobredeterminación el criterio se extiende hasta aquellos casos en que “un resultado se produce al margen de lo que hizo

⁶ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, p. 80

⁷ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, pp. 67-73 y THOMPSON, D. F. *Restoring responsibility: Ethics in Government, Business, and Health-care*. New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 18-19.

⁸ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, p. 74.

o *dejo de hacer un individuo*".⁹ Es decir que, ante la dificultad de identificar a un individuo cuya acción sea causa de un efecto, o aún pudiendo reconocer un conjunto de factores causales diferentes, es relevante la consideración de otros factores "*morales y políticos*" para hacer responsable a un funcionario. Un ejemplo al que recurre Thompson para mostrar este problema es el del asesor de gobierno, antes mencionado, ya que para determinar si ha sido su asesoramiento la causa de una acción, deberán considerarse también la influencia que podía tener en las decisiones de gobierno, si sus consejos son simples análisis técnicos o informes diseñados para persuadir a otros funcionarios, y otros factores relacionados con su función.¹⁰

Del mismo modo, el elemento volitivo en algunos casos no es necesario ni suficiente. En la concepción tradicional de responsabilidad moral, se excluye la voluntad por desconocimiento de los hechos, y esto es un impedimento para la atribución de responsabilidad.¹¹ Sin embargo, para Thompson, en la función pública, el desconocimiento no negligente de los hechos no basta para evadir la responsabilidad.

En general, cuando se sostiene que la ignorancia es negligente, i. e., se afirma que el agente tenía el deber de conocer lo que no conocía, y por lo tanto, la acción u omisión negligente todavía puede ser una base para la evaluación moral de su comportamiento. Sin embargo, Thompson agrega que en la función pública el análisis de los estándares para determinar casos de negligencia y responsabilidad depende "(...) *de consideraciones morales y políticas, tales como una evaluación de los resultados en cuestión y de la naturaleza del rol del funcionario*"¹². Es decir, que para Thompson el criterio volitivo no es suficiente para atribuir responsabilidad porque puede ser que incluso cuando actuase voluntariamente y no haya sido coaccionado, no juzgaremos como responsable a un funcionario si las otras opciones de acción disponibles también causaban perjuicio (esto puede suceder, por ejemplo, cuando las otras alternativas disponibles de acción implican el

⁹ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*.

¹⁰ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, p. 80.

¹¹ Esta concepción establece como uno de los requisitos para considerar que una acción es voluntaria, que el agente tenga conocimiento de lo que hace, el medio que emplea y el fin que se propone. Véase (Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 2003, p. 189)

¹² THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, p. 75.

despido de un gran número de empleados en un contexto de crisis económica). Las razones se fundan en que según Thompson “*los deberes del funcionario se unen a las fuerzas de la naturaleza y de ese modo plantean una elección entre alternativas desagradables*”.

Del mismo modo, el elemento volitivo no es necesario porque un funcionario que no tuvo intenciones de generar un daño, porque desconoce que pueda producirse, puede ser responsabilizado bajo el argumento que debía denunciar o contribuir a modificar la práctica que ha causado el daño. Por ejemplo, un funcionario que forma parte de una organización burocrática en la que se desarrolla una práctica que genera daños, puede ser responsabilizado porque no ha denunciado a otros funcionarios que llevan a cabo dicha práctica o no ha hecho lo posible por modificarla. En última instancia, la responsabilidad de este funcionario podrá ser graduada pero no evadida.

Como hemos comentado, en la concepción tradicional, la responsabilidad moral exige nexos causal y voluntad. Pero para Thompson ambos elementos deben ser evaluados a la luz de otras consideraciones políticas y morales. No está claro cuáles son estas consideraciones y por lo tanto, no está claro cuáles son las condiciones que justifican realizar un juicio de responsabilidad moral política. Sin embargo, debemos admitir que su teoría tiene múltiples consecuencias positivas.

Por un lado, a diferencia de la teoría de la responsabilidad jerárquica, permite vincular la responsabilidad política con la responsabilidad moral. Esto brinda mayor solidez y justificación a los juicios de responsabilidad política. Por otro lado, a diferencia de la teoría de la responsabilidad colectiva, permite identificar *a cada uno* de los individuos que participan en la toma de decisiones dentro de la administración pública. Esto contribuye a distribuir correctamente los reproches y elogios y la carga por las consecuencias. Finalmente, nos permite calificar los diferentes grados de responsabilidad según cual haya sido la participación, competencia, resultados de las acciones y deberes de cada uno de estos individuos. Su principal atractivo reside en la idea de que los ciudadanos tengan un mayor conocimiento de las actividades que realizan quienes actúan en su nombre, y la posibilidad de, cuando lo crean apropiado, solicitar una rendición de cuentas que justifique esas actividades.

III. Dos tipos de responsabilidad moral en la teoría de Thomas Scanlon

Según Thomas Scanlon, existen dos sentidos en los que podemos inquirir si un individuo es moralmente responsable.¹³ En un primer sentido, podemos preguntarnos ¿Quién es el autor del acto *x*? Esta pregunta tiene lugar cada vez que queremos reprochar o elogiar moralmente a un individuo. En un segundo sentido, podemos preguntarnos ¿quién está moralmente obligado a responder por las consecuencias del acto *x*? Esta pregunta tiene lugar cuando queremos determinar sobre quién se generan obligaciones por las consecuencias de un acto que debía evitarse o debía realizarse.

Así, por ejemplo, decir que un funcionario público es moralmente responsable en el primer sentido, por firmar una ordenanza habilitando una construcción que obstruye el tránsito vehicular, equivale a decir que es correcto tomar esta acción como base para evaluar moralmente la conducta del funcionario y reprocharlo o elogiarlo según sea el caso. El segundo sentido de responsabilidad moral sostiene que la acción de firmar una ordenanza habilitando una la construcción de la fuente en cuestión era una acción que el funcionario público debía realizar o debía omitir realizar; o que las consecuencias que resultan de esa acción, el funcionario tenía el deber de producir o el deber de evitar.

En la mayoría de los casos, una vez que determinamos a quien se atribuye un cierto acto, i.e., quien es el autor, la concepción tradicional de responsabilidad afirma que este sujeto también es el obligado a responder por las consecuencias. Así, se sostiene que el individuo al que se atribuye el acto *necesariamente* debe hacerse cargo de las obligaciones que surgen de las consecuencias generadas. El primer sentido, la atribución del acto, funciona como una *condición suficiente* para el segundo sentido, la determinación de que *debe* responder por las consecuencias del acto atribuido. Por ejemplo, si un funcionario determina que el proyecto de un edificio cumple con las medidas de seguridad exigidas para habilitar su construcción, entonces, se afirma que *necesariamente* es su deber responder normativamente por

¹³ Thomas Scanlon, en su trabajo "*The significance of choice*" Scanlon, T. M. (1988). "The significance of choice." *The Tanner Lectures on Human Values* 8: 149-216, posteriormente incluido en Scanlon, T. M. (1998). *What we owe to each other*. Cambridge, MA., Belknap Press., donde desarrolla las similitudes y diferencias de estos dos sentidos de responsabilidad moral mostrando que son independientes el uno del otro. Véase también Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass - London, Engl., Harvard University Press.

las consecuencias que esto genera, como por ejemplo, entorpecer el tránsito vehicular, generar disturbios y contaminación sonora.

También se suele afirmar que un individuo no es el obligado a responder por las consecuencias de un acto, a menos que sea responsable en el primer sentido, es decir, que sea su autor. El primer sentido de responsabilidad, esto es, la atribución del acto, funciona entonces como *condición necesaria* del segundo sentido. Nadie debe responder normativamente por las consecuencias que se generan, a menos que el acto le pueda ser atribuido.¹⁴

Sin embargo, cada uno de estos sentidos de responsabilidad exige condiciones de aplicación distintas y representan diferentes aspectos de la práctica moral. De modo que puede afirmarse que una respuesta positiva en un sentido no implica una respuesta positiva en el otro sentido. La autoría de una acción y distribución de responsabilidad sustantiva pueden recaer sobre diferentes sujetos. Una cierta acción puede ser de un funcionario y el deber de cargar con los costos puede ser del conjunto de la sociedad, el organismo del que surge la decisión o el jefe jerárquico. El punto destacable es que cada una de estas preguntas normativas sobre la responsabilidad, son conceptualmente independientes.

¿A cuál de estos sentidos hace referencia Thompson para aplicar en el ámbito de la función pública? ¿Trata de determinar las condiciones en que un funcionario puede ser correctamente elogiado o reprochado moralmente? ¿Intenta determinar las condiciones en que un funcionario debe responder por las consecuencias de una cierta acción? A continuación, mostraremos como Thompson no distingue, y por lo tanto, confunde estos dos sentidos de responsabilidad. Esta confusión se evidencia en su afirmación de que una acción se atribuye a un cierto individuo y por ello puede ser reprochado moralmente por el resultado de la misma y sufrir sanciones como “...la crítica pública, remoción del cargo o inhabilitación para ejercer cargos públicos en el futuro”.

¹⁴ Aún en los casos de la “responsabilidad por el hecho ajeno” o la llamada “responsabilidad indirecta” (esto es, en la obligación de una persona de responder por los hechos de sus dependientes o de los padres por los hechos de los hijos), se sostiene que las acciones por las que debe responder pueden serle atribuidas por faltar a un deber de vigilancia, de educación, o por el riesgo creado. Agradecemos a Guillermo Lariguet por hacernos notar este punto.

Thompson concibe la responsabilidad política de los funcionarios del mismo modo que en general las teorías morales conciben la responsabilidad personal por un acto. Pero el sentido en el que hablamos de responsabilidad moral de un individuo por un cierto acto es diferente cuando nos referimos a la responsabilidad como atribución que cuando nos referimos a la responsabilidad sustantiva. A continuación analizaremos estos dos sentidos en el ámbito de la función pública.

1. La responsabilidad moral como atribución de un acto a un funcionario

Thomas Scanlon entiende que la evaluación moral de una acción es un juicio sobre la conformidad del comportamiento de un individuo con principios de moralidad política. En lo que a la función pública concierne, la evaluación moral de los actos de un funcionario es una valoración de la correspondencia entre los actos de un funcionario y principios de moralidad específicos para la función pública.¹⁵

Las excusas que, según Thompson, permiten a un funcionario eludir el juicio de responsabilidad, no funcionan para negar la autoría del acto en cuestión, sino que sirven para eludir el reproche. Algunos de los casos que analiza recurren a principios como “*no estoy obligado a hacer un trabajo que no es de mi competencia*” (principio de división del trabajo), o “*si no tiene ninguna influencia en el uso posterior de su descubrimiento, un científico no tiene responsabilidad política por el uso indebido que el gobierno hace de sus descubrimientos científicos*” (principio de especialidad).¹⁶ Ambos son ejemplos de principios que serían considerados adecuados para determinar los deberes apropiados para la función pública. Al ser un tipo de principios que ningún funcionario podría razonablemente rechazar, puede caracterizarse como principios de *responsabilidad sustantiva*, y no de responsabilidad atributiva.

La concepción de responsabilidad de Scanlon sostiene que la evaluación moral política de las acciones de los funcionarios es un proceso de deliberación sobre los principios que justifican las acciones y dan funda-

¹⁵ SCANLON, T. M. *What we owe to each other*. Cambridge, MA., Belknap Press, 1998.

¹⁶ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, 83-84.

mento a los juicios de responsabilidad política. Así, si un funcionario público es considerado el responsable político por una acción dañina, lo que se está haciendo es afirmar que su acción debería ser contrastada a la luz de principios de moralidad política específicos. Para poder reprochar o elogiar al individuo, es exigido que haya tenido la posibilidad de expresar su desacuerdo respecto del principio que determina sus deberes. En este sentido, el funcionario es considerado un participante en una práctica deliberativa acerca de cuáles son los principios morales políticos correctos que se deberían aplicar en la evaluación de las acciones en la función pública.

La condición de ser considerado un participante de la discusión política no se satisface cuando el individuo desconoce los motivos de su acción y por lo tanto no puede justificarla.¹⁷ Pueden mencionarse como ejemplos la manipulación neuronal, sonambulismo e hipnosis, los casos de ignorancia o error, la coerción y violencia física, y finalmente casos en que la persona no es considerada un sujeto moral. Estas categorías de casos ilustran las condiciones en que se elimina la responsabilidad personal moral por una acción: porque el funcionario, por razones que él no ha generado, no tiene conciencia de la decisión que toma, o porque erróneamente cree que la decisión que toma es permitida, o porque es incapaz de tomar una decisión basada en consideraciones políticas de moral pública.¹⁸

Como hemos destacado, en la concepción de Thompson aún ante la ausencia de alguna de las condiciones para atribuir responsabilidad moral, la atribución de responsabilidad personal a un funcionario está justificada. El ejemplo paradigmático es el caso en que una acción no está conectada causalmente con los efectos políticamente dañinos. Aún configurándose ausencia de nexo causal, la acción del funcionario debería interpretarse a la luz de otras consideraciones políticas y morales. ¿Cuáles son estas consideraciones?

La respuesta a la que recurre Thompson supone que los factores de atribución de la teoría moral tradicional operen de modo diferente. Thompson

¹⁷ SCANLON, T. M. *What we owe to each other*. Cambridge, MA., Belknap Press, 1998.

¹⁸ Un individuo puede ser considerado moralmente responsable en este sentido, sólo si actúa en base a sus propias razones. Y esto es independiente de que existiera o no un curso de acción alternativo disponible para el agente. Al respecto, véase el trabajo de Harry Frankfurt: Frankfurt, H. "Alternate possibilities and moral responsibility." *The Journal of Philosophy*, 1969, pp. 829-839., posteriormente impreso en Frankfurt, H. *The Importance of What We Care About*. New York, Cambridge University Press, 1988.

concibe a la oportunidad de actuar como la base sobre la que se estructura la concepción de responsabilidad, pero no ya en el sentido de autoría, sino más bien, en el sentido de responsabilidad sustantiva. La ausencia de nexo de causalidad y el error o la ignorancia no negligente no obstan a que el funcionario deba responder políticamente.

En otras palabras, ante la ausencia de los factores que justifican la responsabilidad atributiva, si apelase a la distinción propuesta por Scanlon entre responsabilidad atributiva y responsabilidad sustantiva, Thompson podría justificar la responsabilidad moral. Es decir, podría justificar que un individuo tenga obligación de responder por las consecuencias que genera un cierto acto. Esto es así porque lo relevante para la determinación de la responsabilidad son los principios de moralidad política, principios que no podrían ser razonablemente rechazados.

2. La responsabilidad sustantiva de un funcionario

Para afirmar que un funcionario debe responder por las consecuencias políticas de una cierta acción, en la concepción de Scanlon, no es necesario afirmar que existe relación causal ni que el individuo actuó negligentemente. Tampoco que, voluntariamente eligió tomar cierto curso de acción a pesar de estar advertido de los riesgos y peligros que éste involucraba. Lo que importa en esta concepción de la responsabilidad moral sustantiva es, en primer lugar, que las consecuencias por las que el funcionario deba responder estén vinculadas a la oportunidad de decidir. En segundo lugar, con el hecho de que se respetaron los valores por los que una persona considera importante que aquello por lo que va a ser responsable, estén vinculadas a su decisión.

Para ilustrar esto, podríamos decir que un funcionario debe cargar con los costos políticos de cierta acción, y esperar un reproche negativo si tuvo las oportunidades para decidir actuar de manera correcta. Es decir que, en primer lugar debe juzgarse valioso que hacerse cargo de ciertas consecuencias esté vinculado con una decisión que tuvo la oportunidad de realizar. En segundo lugar, las razones por las que el funcionario juzga apropiado vincular las consecuencias con su decisión deben haber sido respetadas.

Así, cuando se afirma justificadamente que cierto funcionario es responsable políticamente por las consecuencias de cierta acción, por ejemplo firmar una ordenanza que habilita una construcción que perjudica el va-

lor arquitectónico de la ciudad, se presupone que se respetaron los valores democráticos por los que se juzga apropiado vincular el acontecimiento dañoso con su conducta. Un valor democrático que justificaría este tipo de responsabilidad es, por ejemplo, el cumplimiento del mandato democrático (si es que se concibe a la representación política como una relación de mandato): si un funcionario que ha sido electo por sufragio popular decide en un sentido contrario al prometido en su plataforma electoral, puede ser responsabilizado por no cumplir con su mandato.

Efectivamente, toda vez que queremos vincular los efectos adversos con la decisión de un funcionario debemos afirmar que tenía acceso a la información relevante para decidir. Es decir que, su decisión informada refleja su juicio acerca de las consideraciones morales y políticas en juego. En esta concepción, para determinar los deberes de un funcionario no sería relevante que al momento de decidir haya tenido otros cursos alternativos de acción. Lo relevante es que se considera responsable si ha obrado en base a sus propias razones y que dicho juicio pueda justificarse en razones que nadie, ni siquiera él, podría razonablemente rechazar.

Por el contrario, Thompson afirma que los funcionarios son responsables sustantivamente, es decir, deben cargar con los costos morales y políticos de ciertos eventos, solamente si está justificado que se le pueda reprochar o elogiar por sus acciones. Afirma que, si está justificado reprochar a un funcionario por no haber denunciado prácticas burocráticas inmorales, entonces será justificado hacerlo responsable de cargar con los costos políticos que este evento genere.¹⁹

Es aquí donde se observa la confusión entre responsabilidad como atribución y responsabilidad sustantiva. A pesar de estar justificado atribuir un acto a un cierto funcionario, el deber de cargar con los costos puede recaer sobre el conjunto de la sociedad, el organismo del que surge la decisión o el jefe jerárquico. Todas estas son posibles respuestas a un problema que no pertenece al ámbito de la atribución de responsabilidad por un acto, sino que pertenece al ámbito de la responsabilidad sustantiva, es decir al ámbito de los deberes de moralidad pública política.

¹⁹ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, p.108.

IV. Conclusiones

En primer lugar, podemos reconocer que la concepción personal de responsabilidad que defiende Thompson es correcta si nos referimos a la atribución de un acto particular a un funcionario. Frente a los defectos que padecen las concepciones jerárquica y colectiva, la concepción personal parece dar cuenta apropiadamente de los siguientes puntos: a) permite identificar e individualizar a los verdaderos responsables de los actos que se realizan en la administración pública; y b) justifica la realización de un juicio de reproche o elogio sobre las conductas de los funcionarios. En este sentido, los funcionarios son considerados como participantes de una práctica moral que intenta determinar cuáles son las condiciones previas necesarias para justificar la evaluación moral de sus conductas.

En segundo lugar, se ha podido mostrar que Thompson, al analizar las condiciones causales y volitivas que justifican la atribución de responsabilidad, confunde responsabilidad como atribución y responsabilidad sustantiva, entendida ésta última, como la determinación de los deberes de los funcionarios públicos. Como vimos, en la concepción de responsabilidad de Thompson, las excusas basadas en la ausencia de los elementos causales y volitivos no evaden el juicio de atribución de responsabilidad por un acto, sino que sirven para cuestionar principios de moralidad política específicos para el ámbito de la función pública. Por ejemplo, ante la ausencia de conexión causal entre un acto y sus consecuencias dañosas, un funcionario podría rechazar la responsabilidad como autoría, aunque podría ser responsabilizado en un sentido sustantivo. La razón es que dichas excusas, *deben ser interpretadas* a la luz de la naturaleza de la acción política que está intentando llevar adelante y del cargo que el funcionario detenta.

Nuestras conclusiones implican también aceptar que la concepción contractualista de responsabilidad de Scanlon es correcta, y por otro lado, la plausibilidad de los dos sentidos de responsabilidad que el autor distingue (responsabilidad como atribución y responsabilidad sustantiva). La distinción entre atribución del acto y asunción de obligaciones generadas por el acto, nos permite comprender el espacio conceptual que se abre en el ámbito de responsabilidad de los funcionarios administrativos. Desarrollar este argumento será objeto de futuras investigaciones.

Bibliografía

- COADY, C. A. J. *Politics and the problem of dirty hands*, en *A Companion to Ethics* de P. Singer. Oxford, Basil Blackwell, 1991, 373–383.
- , “The Problem of Dirty Hands”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* Summer 2011 Edition. Retrieved 02 de Mayo, 2011, from <http://plato.stanford.edu/entries/dirty-hands/>.
- DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass - London, Engl., Harvard University Press, 2011.
- FEINBERG, J. “Collective Responsibility” *Journal of Philosophy*, 1968.
- FRENCH, P. A. *Collective and corporate responsibility*, Columbia University Press New York, 1984.
- FRANKFURT, H. “Alternate possibilities and moral responsibility” *The Journal of Philosophy*, 1969, pp. 829-839.
- FRANKFURT, H. *The Importance of What We Care About*. New York, Cambridge University Press, 1988.
- RISSER D. “Collective moral responsibility”, *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2009.
- SCANLON, T. M. “The significance of choice”, *The Tanner Lectures on Human Values* 8, 1988, pp. 149-216.
- SCANLON, T. M. *What we owe to each other*. Cambridge, MA., Belknap Press, 1998.
- SMILEY, M. “Collective Responsibility”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy Edition*, Fecha de acceso 02 de Mayo, 2011 pág.8.
- THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Barcelona, Gedisa, 1999.
- THOMPSON, D. F. *Restoring responsibility: Ethics in Government, Business, and Healthcare*. New York, Cambridge University Press, 2005.
- WEBER, M. *¿Qué es la burocracia?* : Ed. Tauro, 2005.
- ZIMMERMANN, M. J. *Living with uncertainty: the moral significance of ignorance*. Cambridge Mass., Cambridge Univ Press, 2008.

ÉTICA, FELICIDAD Y CONFLICTO EN KELSEN. UN ANÁLISIS DE “¿QUÉ ES LA JUSTICIA?”

*Cirilo Bustamante*¹

Resumen: En este artículo se analiza críticamente la primera parte del ensayo kelseniano acerca de la justicia. Se argumenta que dicho trabajo, pese a presentarse implícitamente como una indagación metaética, descansa sobre presupuestos implícitos, por momentos aristotélicos y por momentos liberales (individualistas, contractualistas). Luego de ello se examina la relación directa que Kelsen postula entre *justicia* y *felicidad*, y los tres casos que el autor presenta para probar que la justicia (la felicidad individual, en su primera formulación) es inalcanzable para todas las partes de un problema. Finalmente, se aborda también la reformulación kelseniana que vincula a la justicia con la felicidad social, y se concluye que la argumentación del iusfilósofo gira siempre sobre un problema de tipo lógico que no puede presentar gran relevancia práctica en el campo de la moral. Se concluye con una reflexión acerca del rol de la razón y las emociones en el campo de la ética.

Palabras clave: Justicia; Ética; Felicidad; Racionalismo; Emociones.

Ethics, Happiness, and Justice in Kelsen. An Analysis of “What is Justice?”

Abstract: This article analyzes critically the first part of Kelsen’s essay on Justice. It claims that this essay, despite presenting itself implicitly as a meta-ethic inquiry, relies on implicit foundations, at times aristotelic and at times liberal (individualist and contractualist). Then, it examines the direct relationship that Kelsen postulates between justice and happiness, and the three cases that the author presents in order to probe that justice (individual justice, in his first formulation) is unattainable for all parts of a problem.

¹ Universidad Nacional de Río Negro, JTP de *Teoría General del Derecho* y de *Metodología de la Investigación y Análisis Jurídico*, y Universidad Nacional del Comahue, Docente Auxiliar de *Filosofía*. E-mail: cirilobustamante@gmail.com.

Finally, it tackles with the kelsenian reformulation that links justice and social justice, concluding that his argument always revolves around a logical problem that has not a great practical bearing in morals. It concludes with a reflection on the role of reason and emotions in ethics.

Keywords: Justice; Ethics; Happiness; Rationalism; Emotions.

I. Introducción y propósito

Comenzaré con una precisión: el título, y por lo tanto el objeto de este trabajo, no hace referencia a la *antología* de escritos de Kelsen publicada bajo tal nombre, sino solamente al ensayo titulado "What is Justice?", basado en la conferencia de despedida de su autor como miembro activo de la Universidad de California, impartida en Berkeley el 27 de mayo de 1952².

Dicho lo anterior, paso a explicar brevemente por qué elegí tal ensayo. En principio, tengo como pacíficamente aceptado que los aportes de Kelsen se han realizado en otros campos de estudio, centralmente en la corriente positivista de la iusfilosofía, o si se prefiere, en el desarrollo de una *teoría* del Derecho. Por esta razón, quizá sus desarrollos en el campo específico de la filosofía práctica no resulten tan centrales; incluso -podrá decirse- tampoco difieran de las consideraciones que sobre el asunto realizaron los filósofos pertenecientes o cercanos al Círculo de Viena; si bien debemos remarcar que hay excepciones, por ejemplo, en uno de sus predecesores: Bertrand Russell, que a lo largo de su vida fue aproximándose lentamente hacia un pensamiento moral emotivista³. Pero, a pesar de esto, encuentro que el breve ensayo de Kelsen sintetiza una especie de *modelo*: escéptico, y por momentos relativista (Kelsen no distingue entre estas tesis), que continúa vivo en el pensamiento de no pocos académicos del derecho. Por esta razón, lo que justifica la elección del tema es la vigencia social de los argumentos del ensayo kelseniano, más allá de que, posiblemente, dentro del campo de la filosofía práctica específicamente, se puedan encontrar versiones más actualizadas de las posturas que sostuvo el iusfilósofo austríaco.

² Utilizo la siguiente versión en español: KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.

³ La evolución del pensamiento moral de Russell ha sido retratada en: ZAVADIVKER, Nicolás, "La teoría emotivista de los valores en Bertrand Russell" en *Revista de Filosofía y Teoría Política*, UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, N° 39, 2008, p. 53-72.

Como aclaración última, y de acuerdo al propósito mencionado, me apresuro a decir que no intentaré contextualizar el ensayo objeto de análisis. Y esto debido a que tengo la convicción -tal vez errónea- de que el *contextualismo* es un método que pertenece a la *historia de la filosofía*, y que en cambio, si bien a veces puede ser de ayuda, no debe reemplazar las herramientas de la *filosofía* en sentido propio. El tema, en un sentido general, de la primera disciplina, es explicar *por qué* un filósofo llegó a pensar lo que pensó en su momento y lugar en el mundo; el objeto de la segunda actividad es *discutir* los argumentos de tal filósofo. Es cierto que esta segunda misión, cuando se dirige a pensadores no contemporáneos, puede hacernos incurrir en injusticias: el tiempo presente otorga alguna ventaja, y más aun cuando se abusa de él para juzgar, no ya el *pensamiento* de los filósofos estudiados, sino a los *filósofos mismos*. Pero hecha esta salvedad, hay que reconocer que también el método contextualista acarrea sus propias injusticias, y esto es así porque el aproximarse a los filósofos del pasado a la manera de los arqueólogos, debe presuponer que todo lo que estudiará yace muerto hace tiempo. De este modo, aquel que se sitúa en el rol de un *explorador* ha de empeñarse en excavar grandes galerías, en donde no solo pretenderá encontrar los tesoros del pensador antiguo, sino también -macabramente- a la momia del propio pensador. Así, aunque la benévola contextualización de una idea del pasado suele tenerse como más amable que su discusión severa; dicha *benevolencia* encubre sus propios desdenes. Sin más preámbulo paso entonces a discutir, sin ningún empeño contextualizador, los argumentos kelsenianos.

II. Los casos irresolubles de la justicia

El primer escollo que nos encontramos en “¿Qué es la justicia?”, consiste en que su autor no parece sostener una tesis metaética uniforme. Más bien puede decirse que Kelsen se opone siempre a la idea de un *objetivismo ético*, no obstante, su propia postura varía dentro del ensayo, pasando de un escepticismo positivista, a la manera de Alfred Ayer⁴, a un relativismo tolerante, más cercano a las conclusiones de la antropología cultural contemporánea. Sin embargo, Kelsen, buscándolo o no, es universalista en su teoría

⁴ Véase: AYER, Alfred J., *Lenguaje, verdad y lógica*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994, pp. 124-130.

acerca de la *búsqueda* de la justicia. Él postula así el origen de este afán: “La búsqueda de la Justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. Es una finalidad que el hombre no puede encontrar por sí mismo y por ello la busca en la sociedad. La Justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social”⁵.

Este pasaje kelseniano podría pertenecer sin problemas a la introducción de un texto que postulase una ética objetivista. Da una definición de la propia justicia en tanto que *felicidad social*, y por lo tanto, caracteriza también básicamente a la naturaleza humana: el hombre aspira a la felicidad, y solo puede alcanzar en comunidad con los otros. Las bases de la filosofía aristotélica, esto es, la *teleología* y la *naturaleza social* del hombre⁶, son inocultables. Incluso, a partir de estas bases mínimas, muchos pensadores se han embarcado en la elaboración de una teoría ética objetivista, o al menos, de una teoría ética mixta. Lo cierto es que si bien tales bases son muy generales, y que de ellas podrían resultar teorías muy diversas, también es verdad que dichos principios son *a priori* inadecuados para sustentar algunas posturas morales posibles, como por ejemplo, la de un individualismo absoluto; y tampoco -en otro sentido-, son compatibles con aquellas teorías que no postulan una relación *directa* entre la felicidad y el cumplimiento de los imperativos morales, como lo hace la filosofía práctica kantiana⁷.

Esto lleva a preguntarse por qué Kelsen, partiendo de aquel marco general que puede llamarse “aristotélico”, derivará hacia conclusiones escépticas o relativistas. Para arribar a tal resultado, la argumentación kelseniana estribará en el problema del alcance de la *felicidad*. El primer razonamiento del austríaco en este punto es el siguiente: “Es evidente que no puede

⁵ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 36.

⁶ Por ejemplo, condensadas en estos pasajes clásicos: “Se ve de una manera evidente por qué el hombre es un animal sociable, aún en mayor grado que las abejas y cuantos animales viven reunidos. La naturaleza, como decimos, no hace nada en vano. Entre todos los animales, el uso de la palabra no lo tiene más que el hombre (...) la naturaleza impulsa, pues, a todos los hombres a tal asociación; pero el primero que la estableció fue causa de los mayores bienes, pues si el hombre que llega a su perfección es el más excelente de los animales, es el peor de todos si vive en el aislamiento, sin leyes y sin código” ARISTOTELES, *La Política*, versión castellana de Nicolás Estévanez. Casa editorial Garnier hermanos (Biblioteca de autores célebres), París, 1920, Libro I, cap. I, p.5-6.

⁷ Un estudio sobre el tema puede consultarse en: DURAN CASAS, Vicente. “Kant: moralidad y felicidad” en *Revista Philosophica*, Valparaíso, Vol. 30, 2006, pp. 77-88.

existir un orden “justo”, es decir, que ofrezca felicidad a todo el mundo, mientras se defina el concepto de felicidad en su estricto sentido original de felicidad individual, si se entiende por felicidad humana lo que el hombre mismo considere”⁸.

Kelsen propone a continuación tres ejemplos de casos en los que dos partes no pueden alcanzar la felicidad, entendida en el sentido de “felicidad individual”. Pero antes de examinarlos, quiero resaltar que el procedimiento argumentativo del autor ha sido ligar, sin fundamentación específica, la justicia a la consecución de la felicidad; de ahí en adelante entonces, todo lo que diga respecto a la imposibilidad de alcanzar la felicidad, pretenderá ser trasladado como argumento contra *la idea de justicia*. Pero, si no se acuerda completamente con el *axioma* kelseniano que vincula en un sentido fuerte ambos términos (felicidad y justicia), entonces es posible que su tesis no haga mella en otra idea de justicia que en la que el mismo iusfilósofo propone.

El primer ejemplo de Kelsen es el siguiente: dos hombres están enamorados de una misma mujer, y ambos piensan (con o sin razón) que no llegarán a ser felices sin desposarla. El problema es que, según la ley y tal vez según los sentimientos de la propia mujer, solo podrá ser esposa de *uno* de ellos. Concluye Kelsen en este caso: “De ahí que la felicidad de uno sea inevitablemente la infelicidad del otro”⁹. Aquí haré una primera anotación, que seguramente no es del todo anecdótica: la mujer del ejemplo no solo puede optar por *uno* de los dos pretendientes, sino que también podría optar por no casarse con *ninguno*. Es decir, aunque el caso se ha planteado como un conflicto de intereses entre dos personas que pretenden un mismo “objeto”, el problema tiene lugar en realidad entre *tres* personas, con sus propios intereses y su propia búsqueda de la felicidad. Si consideramos esto, y reformulamos el deseo de los dos hombres enamorados en consideración al *status de persona* de la mujer, podemos llegar a disolver el problema; por supuesto, no a disolverlo en tanto que conflicto humano, pero sí como escollo para la satisfacción teórica de las aspiraciones de felicidad de sus agentes. Esta reformulación requiere que los hombres *no deseen* casarse con la mujer *contra* la voluntad de ella. Así, el deseo de matrimonio de

⁸ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 36.

⁹ *Ibíd.*

cada pretendiente puede escribirse ahora de esta manera: “deseo casarme con esta mujer, siempre y cuando ella desee casarse conmigo, y no esté enamorada del otro pretendiente”. Puesta así la aspiración, aquel que no logre su objetivo porque el otro hombre lo venció en la conquista, no ha visto frustrado su deseo en sentido estricto; como tampoco podemos decir que el perdedor hubiera resultado feliz en caso de casarse con la mujer que no lo deseaba, y que continuaría enamorada del otro pretendiente. Posiblemente, este resultado desgraciado no hubiese causado la felicidad de *uno* de los personajes del caso, sino al contrario la infelicidad de los *tres*, como nos ha hecho ver tanto la literatura como la vida misma.

El segundo caso guarda similitudes con el primero. Se trata del famoso juicio del rey Salomón, en que dos mujeres afirman ser la madre de un mismo niño, y el rey decide partirlo en dos para solucionar el conflicto¹⁰. Una de las mujeres ruega al rey para que no se ejecute tamaña crueldad, y desiste de su pretensión de maternidad; la otra mujer se empeña en que continúe con el horror de dividir en dos a la criatura. El rey Salomón entonces, confirmando la sabiduría de su estrategia, encuentra que la verdadera madre es la que ha rogado por la vida del niño, aun a costa de renunciar a su reclamación, y le entrega el hijo. Kelsen descubre un primer problema en este caso, que en mi opinión es de índole fáctica. Él se pregunta: ¿Qué hubiera sucedido si ambas mujeres amaban al niño? En tal caso, dice Kelsen, el problema hubiera quedado sin resolver, puesto que las dos hubiesen rogado al rey para que no se cortase al niño a la mitad. Por esto, afirma el filósofo: “El juicio salomónico sólo podía *ser justo* a condición de que sólo una de las mujeres amara al niño”¹¹. Entiendo que para llegar a decir esto Kelsen debe incurrir en una confusión: la decisión de cortar al niño en dos no es propiamente el *juicio*, es una artimaña -un método- del rey para saber más sobre el caso¹². El *juicio* de Salomón consiste en entregar después el

¹⁰ 1 R 3 16-28.

¹¹ KLESEN, Hans, *op. cit.*, pp. 36-37. El resaltado me pertenece.

¹² En todo caso, puede considerarse “juicio” solo en el sentido moderno de “proceso”, pero hasta el punto propuesto por Kelsen, es decir, en donde las *dos* mujeres piden que no se lleve adelante la división del niño, aún no se habría emitido, en el sentido moderno, la “sentencia”. Por esto, no podría decirse en tal evento que lo decidido por el rey haya sido un “juicio no justo”, sino que, en todo caso, habría sido una medida ineficaz. Es claro que, en otro sentido, puede tacharse de injusta la decisión del rey salomón por sí misma, ya que entraña amenazar

niño a la madre que implorase por su vida¹³. Si esto es así, entonces en la hipótesis fáctica propuesta por Kelsen de que ambas hubiesen rogado detener la ejecución, el rey Salomón podría haber acudido a otro procedimiento para resolver el caso, pero aún no habría emitido ningún *juicio*. El segundo problema que afirma encontrar Kelsen en este caso, es el siguiente: “...si las dos mujeres hubieran mantenido su petición y se hubiera entregado el niño a una de ellas, el juicio no habría sido justo, ya que hubiera hecho infeliz a una de las partes”¹⁴. En este segundo caso, Kelsen se adelanta también a Salomón: si ambas hubieran mantenido su petición, no hay manera de saber qué hubiera decidido el rey, puesto que aquello que efectivamente resolvió tenía sentido y era coherente con el procedimiento elegido y las discordes manifestaciones de las mujeres, una deteniendo la ejecución y otra impulsándola. Podemos imaginar que aquel rey, al igual que en el caso anterior en que las dos desistían, hubiese utilizado su sabiduría para encontrar otra forma de distinguir, ya sea a la *verdadera* madre, ya sea a la *mejor* madre, según como se interprete el resultado del relato bíblico. Pero, además de este adelantamiento al juicio Salomónico, lo que Kelsen dice lisa y llanamente es que el juicio “no habría sido justo, ya que hubiera hecho infeliz a una de las madres”. ¿Qué podemos suponer entonces, en el caso de que ambas mujeres amasen sinceramente al niño, pero donde una es su verdadera madre y la otra mintiese para quedarse con la criatura?, ¿no habría en tal caso posibilidad de hacer *justicia*, otorgándosela a la verdadera madre?, ¿sería el juicio injusto solo por causar la infelicidad de aquella mujer que *ha mentado* para satisfacer un *deseo sincero*?

Avanzo al tercer caso dado por Kelsen, antes de proponer algunas conclusiones generales sobre todos ellos. En el último ejemplo, se trata de dos hombres que compiten para ser designados como Comandante en Jefe de un ejército. Dice el autor: “parece evidente que lo más justo

la vida de un niño, al margen de los objetivos que se proponía el rey con este procedimiento. Pero no es esa la tacha que hace Kelsen en este caso.

¹³ Fuera de la discusión de los argumentos de Kelsen, tal vez hoy podría releerse el caso salomónico en este sentido: no es que será indudablemente la madre biológica la que implorará por la vida del niño, sino que, aquella de las dos mujeres que ruegue por su protección, ella es la que el rey considera que merece el título de madre. En tal lectura, si en el hecho concreto fuese la madre natural la que no se opuso a la muerte del niño, entonces el juicio de Salomón hubiese seguido siendo justo, ya que le habría otorgado al niño una madre que lo amaba.

¹⁴ KELSEN, Hans, *op. cit.* p. 37.

es nombrar jefe al que está más capacitado para ejercer este oficio. Pero ¿qué sucederá si ambos están igualmente capacitados? En este caso, no hay solución justa posible”¹⁵. La hipótesis del problema, en el sentido de la concurrencia de dos personas “igualmente capacitadas” para un mismo cargo, parece ser solamente posible en el ámbito de un experimento mental. Esto, es cierto, no constituye una objeción válida contra la conclusión kelseniana, ya que nos encontramos debatiendo un problema filosófico. Sin embargo, ante *cualquier sistema de reglas* podríamos imaginar el caso de dos personas que poseen una idéntica situación, y luego objetar que el sistema no tiene soluciones para tal caso, o que tendrá solo soluciones de carácter arbitrario, como echar una moneda al aire. Supongamos que estamos en medio del hundimiento del Titanic, y el capitán, al disponer los botes de salvación, prescribe: “los niños y las mujeres primero”. Agreguemos, en este caso idealizado, que ningún varón adulto se ha subido a los botes, que solo queda un último lugar en ellos, y que aún deben subirse dos niños de idénticas características: edad, salud, parentesco con las mujeres y niños que ya abordaron los botes, y todo el resto de las notas que el lector considere relevantes para la decisión. Ahora bien, en tal caso podríamos decir, siguiendo el razonamiento kelseniano: “no hay manera de tomar una decisión *justa*”. Pero esta conclusión no invalida en modo alguno la justicia de *la regla* del capitán, es decir aquella que prescribía: “los niños y las mujeres primero”. Afirmar entonces, que podemos *llegar a encontrarnos* con el problema de los dos niños, no es lo mismo que decir: “daría igual que primero se disponga la salvación de los hombres adultos, porque son más fuertes y podrán obligar fácilmente a las mujeres y niños a quedarse en el barco que se está hundiendo”. Lo mismo sucede con el caso de los aspirantes a Comandante en Jefe. Kelsen dice que tendríamos un problema irresoluble si nos encontrásemos ante dos aspirantes con igual capacidad; pero no discute la justicia *de la regla de la capacidad*, ni afirma que sería igual de justo nombrar al aspirante con menos capacidad pero pariente del Presidente de la Nación, o a un aspirante rico que hubiese sobornado a quién debe efectuar el nombramiento, etc.

En los tres ejemplos hay rasgos en común. Posiblemente se deban a un cierto sesgo del autor, atribuible al campo de sus estudios, es decir, al

¹⁵ *Ibid.*

campo de *lo jurídico*. Estos problemas de la justicia son presentados como *litigios*: el de Salomón lo es explícitamente, pero en los otros casos también aparecen dos partes enfrentadas con una misma pretensión. Asimismo, también encontramos un *juez* que debe resolver cada conflicto: en el de los enamorados, la “jueza” podría ser la mujer pretendida; en el de Salomón lo es el propio rey; en el de los militares, lo sería el Presidente que debe hacer el nombramiento¹⁶. En definitiva, parece que lo que Kelsen postula son problemas que, en un sentido no del todo figurativo, podrían llamarse de *indeterminación* en los “sistemas de justicia”. Que sea el propio Kelsen quien, en el campo de la ética, se dedica a imaginar *hard cases* que ningún sistema de justicia puede resolver directamente, ha de resultarnos sin duda un tanto paradójico.

Sostengo también que nada perderían estos ejemplos kelsenianos si se eliminara de ellos el mismo concepto de “justicia”. En efecto, Kelsen, además de no discutir la justicia de las reglas y de presentar solo casos de indeterminación, no está hablando de otra cosa que de felicidad subjetiva. Sustancialmente, su tesis aquí no es otra que esta: “siempre habrá problemas cuya solución hará infeliz a alguna persona”. Y presentada de esta forma, la tesis pierde su sustancia: no se trata de ninguna objeción frente a la idea de justicia, sino que solo se enfrenta a la identificación que antes él mismo había realizado entre *justicia* y *felicidad*. Por esto, dice más adelante: “si se considera que la Justicia *es* la felicidad individual, es imposible un orden social justo...”¹⁷. Puede sostenerse que la relación entre la búsqueda de la felicidad y la justicia, no debe simplificarse hasta una identificación exacta de los conceptos, puesto que esto haría redundante alguno de los dos términos. Incluso, la *imposibilidad* de que todas las personas sean absolutamente felices todo el tiempo ha sido considerada como una de las premisas mismas de la existencia (y del significado) de la justicia. Así lo entendió, por ejemplo, Hume, que afirmó que en condiciones de abundancia infinita no sería posible hablar de tal virtud¹⁸.

¹⁶ Como anotación marginal, en el caso de Argentina el Comandante en Jefe es el propio Presidente, por lo que no hay tal “designación”, sino que una persona adquiere ese rango a través del voto popular.

¹⁷ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 37. El resaltado me pertenece.

¹⁸ “Supongamos que la naturaleza hubiese otorgado a la raza humana tal pródiga *abundancia* de todas las necesidades *externas* que, sin ninguna incertidumbre sobre el futuro, sin ningún cuidado o trabajo por nuestra parte, todo individuo se encontrase provisto con lo que

Retomando la argumentación kelseniana: la concepción individual de la felicidad, como objetivo al que aspira la justicia, hará imposible su consecución. Por esto, Kelsen examina la posibilidad de que un orden llegue a ser justo, entendiendo esto como el hecho de conseguir “la mayor felicidad posible para el mayor número de individuos”¹⁹, en el sentido formulado por Bentham, pero buscando, no ya una felicidad en sentido subjetivo, sino una felicidad en sentido “objetivo colectivo”²⁰.

El autor sostiene así, que la felicidad, para llegar a ser una categoría social, debe “cambiar radicalmente su significado”²¹ Debe -dice Kelsen- dejar de significar ausencia de gobierno: “la libertad de la anarquía se transforma en la autodeterminación de la democracia”²². Aquí llama la atención esta prioridad que otorga Kelsen a lo que usualmente la filosofía política denomina *libertad negativa*, ante el concepto de *libertad positiva*. Entre quienes estudian la historia de la democracia, es pacífica la opinión acerca de que la libertad positiva, e.g. al modo ateniense, precedió a la consagración de la libertad negativa; hecho que habilita también que se las denomine, a la positiva, “libertad de los antiguos”, y a la negativa, “libertad de los modernos”²³. Kelsen invierte para su propósito este orden, y dice que debido a la imposibilidad de satisfacer la felicidad individual de cada uno, fue necesario cambiar radicalmente el significado de la libertad. La precedencia que establece Kelsen, seguramente no pueda ser histórica. Quizá pretenda ser lógica u ontológica. El autor no lo descifra; yo creo que es visible que aquí Kelsen se hace eco de la tradición contractualista, que -en cualquiera de sus variantes- debe presuponer una libertad individual

quiera que sus más voraces apetitos pudiesen necesitar (...) ¿Por qué llamar a este objeto *mío* cuando otro se apodera de él si solamente necesito extender mi mano para alcanzar lo que tiene el mismo valor? En este caso, la justicia, al ser totalmente *inútil*, sería un ceremonial vano y posiblemente nunca podría tener un lugar en el catálogo de las virtudes”. HUME, David, *Investigación sobre los principios de la moral*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, pp. 93-94.

¹⁹ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 37.

²⁰ *Ibid.*, p. 38.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ La denominación (y su tesis) tienen origen en el discurso célebre de Benjamin Constant, de 1819, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”. Se le han presentado, no obstante, reparos. Por ejemplo en: BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pp.114-117

(“auténtica”) que hace posible después una libertad social, derivada, o “artificial”, en el sentido otorgado por la Ilustración a este término. Al igual que antes, cuando Kelsen utilizaba las bases aristotélicas para analizar la posibilidad de la justicia, aquí distingue dos tipos de libertades y otorga el mayorazgo a una de ellas, pero sentado en una concepción liberal moderna. En ninguno de los casos hace explícitos sus propios supuestos, y esto sí puede ser objetado, en tanto que Kelsen se ha propuesto un análisis de corte metaético: su pregunta no es por aquello que “es justo”, sino por el significado de la justicia misma, o mejor, por aquello que queremos decir cuando hablamos de “justicia”.

Pasando posteriormente a la *concepción social* de la justicia, Kelsen se encontrará con el problema del conflicto de valores. Dirá, para ejemplificar esta dificultad, que según determinada convicción, la vida humana es el valor supremo, mientras que para otra todo el mundo está moralmente obligado a sacrificar su propia vida y a matar a los enemigos de la nación en tiempo de guerra. Estas dos convicciones pueden entrar en conflicto, y el autor afirmará entonces que: “Es imposible decidir de un modo racional y científico entre estos dos juicios de valor que se oponen”²⁴. Para el austríaco, al final de cuentas “deciden nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón; el elemento emocional de nuestra conciencia, no el racional, es el que decide el conflicto”²⁵.

Kelsen no propone razones positivas para apoyar su conclusión de que tales problemas son resueltos por el sentimiento y la voluntad, y no por nuestra razón. E incluso del hecho de que sea decidido por el “elemento emocional de nuestra conciencia”, tampoco se sigue que el resultado de nuestra decisión ha de ser caprichoso: existen versiones del objetivísimo ético que descansan justamente en la teoría de que toda la humanidad comparte mínimamente algunos *sentimientos* de empatía, e incluso, inclinaciones innatas que dan lugar a la noción, por ejemplo, de justicia distributiva. Pero frente a la búsqueda de la racionalidad pura en el campo de la filosofía práctica, es necesario recordar lo que ya ha ilustrado Hume y parece confirmar la moderna neurociencia: si una persona conociera todas las demostraciones de un sistema ético racional *x* (que tuviese respuestas

²⁴ *Ibid.*, p. 39.

²⁵ *Ibid.*, pp. 39-40.

irrefutables para todos los problemas que imagina Kelsen), pero donde tal persona careciera de cualquier sentimiento de empatía para con los demás seres humanos, entonces dicho individuo no encontraría “razones” para *actuar éticamente*, pese a tener sobre su mesa de luz el perfecto manual de la *ética demostrada*. Las “razones” que necesitaría para cumplir las reglas de tal manual, podría obtenerlas tan solo de sus sentimientos y de su voluntad: es decir, de un *querer* actuar correctamente. No hay, sin duda, conducta ni decisión posibles sin voluntad. Incluso una ética de corte racionalista como la kantiana parte de esta base: “yo no debo obrar nunca más que de modo *que pueda querer* que mi máxima se convierta en ley universal...”²⁶. Pero el planteo kelseniano pone en lugares subordinados a la voluntad y a la emoción, buscando una respuesta puramente racional de los problemas éticos, que, como afirmaba antes, no serviría de mucho en un mundo de seres emocionalmente nulos y carentes de voluntad para actuar moralmente. Imaginemos el caso concreto de un psicópata: sin poseer deficiencias cognitivas -sino al contrario, una inteligencia, en el sentido tradicional, elevada-, es incapaz de sentir empatía por otras personas; el asesino serial que posea esta patología seguramente podrá comprender cualquier una teoría racionalista de la moral; pero sin emoción y voluntad de cumplirlas, tales esfuerzos intelectuales le parecerán carentes de sentido, cuando no directamente irrisorios.

III. Conclusiones

Como reflexión final sobre estos casos de conflictos presentados por Kelsen, ya sea aquellos que incumben a los intereses subjetivos de personas individuales que aspiran a la felicidad, o los que conciernen a la pugna de valores para la resolución de un problema de trascendencia social, quiero sostener que no pueden funcionar como objeciones válidas frente a la posibilidad de validez de reglas éticas universales. Es posible reforzar lo ya dicho con la analogía de un problema jurídico: supongamos que en una sociedad *x*, los docentes se encuentran haciendo huelga en reclamo de sus derechos laborales, y que por lo tanto los alumnos de la escuela primaria se pierden el dictado de las clases. Iniciada una acción judicial por parte de los padres de estos alumnos, parece que, si los docentes tenían un fundamento

²⁶ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, capítulo primero.

relevante para tomar su medida de fuerza, el juez deberá resolver lo que se ha denominado un “conflicto de derechos”. Ahora bien, la existencia de este conflicto no constituye ninguna prueba *contra* el fundamento mismo de los derechos laborales de los docentes, ni tampoco *contra* el fundamento mismo de los derechos de los niños a la educación pública y gratuita, sino todo lo contrario: solo puede existir un verdadero conflicto debido a que tales derechos se encuentran fundamentados. Del mismo modo, cuando Kelsen dice que constituye un problema el de decidir entre el *deber* de respetar la vida del otro y el *deber* de defender la patria, no está atacando la existencia o validez de estos deberes. No está diciendo, por ejemplo, que el deber de respetar la vida no tiene ningún fundamento, y que sería lo mismo si tal deber llanamente *no existiera*. Así como no se justificaría moralmente matar a otro “porque sí”, tampoco se justificaría jurídicamente dejar de dar clases a los niños de primaria “porque sí”. La trabazón de dos valores, como la trabazón entre dos derechos, presupone que ambos extremos del conflicto encuentran un apoyo básico que hace posible el dilema.

El tipo de conocimiento moral que Kelsen persigue, se asimila, por un lado, al ideal de certeza al que aspira Platón en el Menón; desde otra perspectiva más moderna -pero no del todo disímil-, a un modelo de conocimiento científico cuyas notas más destacadas son la sistematicidad y la exactitud. El énfasis de Kelsen está puesto en los casos en que se dan condiciones tales que hacen imposible aplicar una regla sin arbitrariedad (o azar), pero es relevante anotar que él mismo se encarga de fabricar casos en que dos partes presentan las mismas cualidades relevantes para merecer una solución que los beneficie, lo que quizá sea un problema más propio del laboratorio filosófico que del mundo cotidiano en que vivimos y actuamos: si tenemos fundamentos sólidos y consensuados para censurar, por ejemplo, el nepotismo, no debería ser un problema que traiga consecuencias prácticas el caso de los dos aspirantes “igualmente capacitados” a Comandantes en Jefe. Un ejemplo más penoso, pero análogo, sería el de a qué niño dar un único trozo de pan, si hay dos de ellos que están pidiéndolo, y se encuentran igualmente hambrientos y abandonados por la sociedad. Es claro que un problema como este no puede constituir el centro de las preocupaciones de la filosofía práctica en cuanto al problema del hambre: si estamos de acuerdo en tachar de injusta la distribución actual de los recursos en el mundo, ya podemos determinar acciones en cuanto a esta realidad. El ejemplo de los dos niños y el único trozo de pan es banal frente

al *hecho* (real) de la injusticia global en torno a la distribución de recursos; de un modo quizá menos evidente -aunque análogo- el caso kelseniano de los dos aspirantes igualmente capacitados a un solo cargo, es trivial frente al *hecho* frecuente de la corrupción en la asignación de cargos de diversa índole, y del indisimulado desprecio que, frecuentemente, demuestran los gobernantes frente al principio de idoneidad como requisito relevante para aspirar a los cargos públicos.

Al final de cuentas, la filosofía práctica ha de ser antes que nada eso; *práctica*. Quiero concluir citando otra vez a un filósofo cuyas indagaciones en el campo de la razón y el conocimiento gozan de incuestionable importancia. Sin embargo, en el ámbito de la moral, el bienhumorado pensador escocés ya se preguntaba en el siglo XVIII:

...Pero, ¿cabe esperar este resultado de las inferencias y conclusiones del entendimiento, las cuales *no afectan por sí mismas a los sentimientos ni ponen en movimiento los poderes activos de los hombres?* (...) extínganse todos los cálidos sentimientos y predisposiciones a favor de la virtud y todo rechazo o aversión al vicio; vuélvase a los hombres totalmente indiferentes hacia esas distinciones, y la moral *dejará de ser un estudio con implicaciones prácticas y no tenderá a regular nuestras vidas y acciones.*²⁷

Bibliografía

ARISTOTELES, *La Política*, versión castellana de Nicolás Estévez. Casa editorial Garnier hermanos (Biblioteca de autores célebres), París, 1920.

AYER, Alfred J., *Lenguaje, verdad y lógica*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994.

BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.

DURÁN CASAS, Vicente, "Kant: moralidad y felicidad" en *Revista Filosófica*, Valparaíso, Vol. 30, 2006, pp. 77-88.

HUME, David, *Investigación sobre los principios de la moral*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2008.

²⁷ David Hume, *op. cit.*, p. 80. El subrayado me pertenece.

ÉTICA, FELICIDAD Y CONFLICTO EN KELSEN. UN ANÁLISIS DE “¿QUÉ ES LA JUSTICIA?”

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, capítulo primero.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.

ZAVADIVKER, Nicolás, “La teoría emotivista de los valores en Bertrand Russell” en *Revista de Filosofía y Teoría Política*, UNLP, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, N° 39, 2008, p. 53-72.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA LITIS ESTRUCTURAL EN BROWN V. BOARD OF EDUCATION

*Mariela Puga*¹

Resumen: Las soluciones normativas necesitan de relatos acerca del conflicto o controversia (la *litis*) al que resultan aplicables. Cuando discutimos acerca de la decisión judicial, en particular en el caso de control de constitucionalidad, solemos subestimar el rol regulativo que tiene la determinación de esa controversia o *litis*, así como el rol performativo que tienen los actores judiciales en esa determinación. El foco de análisis dominante es estrictamente normativo, y la racionalidad en examen es predominantemente interpretativa. Este trabajo intenta llamar la atención sobre la cuestión de la determinación de la *litis* a través de la revisión casuística y analítica de un caso paradigmático de la jurisprudencia occidental: “Brown vs. Board of Education.” Se asume que en los detalles de la historia de *Brown*, y de la letra del fallo, anidan las huellas de la manera en que hoy pensamos teóricamente temas centrales relativos a la decisión judicial y a la relación entre la justicia y el gobierno. Por eso el trabajo revisita los detalles históricos del caso, como un intento de poner en cuestión los presupuestos de esos debates. Al análisis histórico sigue un escrutinio analítico de la letra del fallo, lo que impone en el trabajo preguntas tales como ¿en qué sentido *Brown* no fue un caso contramayoritario?, ¿en qué sentido *Brown* defraudó los intereses emancipatorios de la comunidad negra? ¿En qué sentido el caso o *litis* de *Brown* es estructural? ¿Qué relación existe entre esa *litis* y los presupuestos de justiciabilidad que dominaban la racionalidad judicial pre y post *Brown*? ¿Qué controversia evitó juzgar *Brown*? En este trabajo desarrolla un itinerario dirigido a hacer inteligible, necesario e impostergable, el hacerse estas preguntas, desde una teoría jurídica que se tome en serio el control de constitucionalidad.

Palabras clave: Decisión Judicial; Decisión Estructural; Brown vs. Board of Education; Control de Constitucionalidad; Contramayoritarismo; Justicia y Gobierno; Justicia y Minorías.

¹ Este trabajo recibió el Premio “Corte Suprema de la Nación” (Convenio AAFD – CSJN) del año 2012.

Judicial Review and Structural Controversy in *Brown v. Board of Education*

Abstract: Normative solutions need narratives about the conflict or controversy (the *litis*) to which they are applicable. When we discuss adjudication, particularly in the case of judicial review, we tend to underestimate the regulative role of the determination of the controversy or *litis*, as well as the performative role of judicial actors in that determination. The mainstream focus of analysis is strictly normative, and the rationality under review is predominantly interpretive. This article tries to direct the attention to the question of the determination of the *litis* through the analysis of a paradigmatic case in western jurisprudence: *Brown v. Board of Education*. It is assumed that in the details of *Brown*, as well as in the text of the decision, lie the footprints of the way in which we currently think about central issues concerning adjudication and the relation between the judiciary and the executive. That is why the article revisits the historical details of the case, in an attempt to put into question the presuppositions of those debates. Historical analysis is followed by an analytic scrutiny of the text of the decision, which poses questions such as: In what sense was *Brown* countermajoritarian? In what sense was *Brown's* case or *litis* structural? What is the relation between that *litis* and the presuppositions of justiciability that dominated judicial rationality before and after *Brown*? What controversy did *Brown* avoid? This article develops an itinerary aimed at making intelligible, necessary, and urgent the formulation of these questions, from the standpoint of a legal theory that takes judicial review seriously.

Keywords: Adjudication; Structural Injunction; *Brown v. Board of Education*; Judicial Review; Countermajoritarianism; Justice and Government; Justice and Minorities.

I. Introducción

Este trabajo fue presentado en el contexto de un concurso cuyo tema fue el “Control de Constitucionalidad.” La propuesta que se desarrolla en aquí es la de pensar al Control de Constitucionalidad desde un ángulo diferente al de las teorías de interpretación normativa. Se propone incitar el foco reflexivo sobre la tarea judicial de composición de un conflicto, o del relato de un conflicto (reconocido técnicamente como la *litis*), sobre el cuál se justifica el control de constitucionalidad de leyes o prácticas.

El trabajo asume que la actividad judicial que da lugar a la determinación de la *litis* ha sido una cuestión sub estimada en la teoría jurídica, y en consecuencia, prácticamente ignorada en las reflexiones sobre el control de constitucionalidad y su impacto político. Intentar llamar la atención sobre esta cuestión constituye un desafío no menor, para el cuál aquí se pone en

práctica una estrategia muy concreta, tal, la de examinar en detalle un caso paradigmático de la jurisprudencia occidental.

El señuelo será, nada más, ni nada menos, que el caso “Brown vs. Board of Education” (en adelante *Brown*), el qué, aunque resuelto por la Corte Norteamericana, ha marcado los debates teóricos acerca del control de constitucionalidad y el rol de las cortes frente al gobierno en gran parte del derecho occidental. Nadie duda ya que en los detalles de la historia de *Brown*, y de la letra del fallo, anidan las huellas de la manera en que hoy pensamos teóricamente estos temas. Revisitar esas huellas es una forma de levantar sospechas sobre el hecho de que “algo” nos pudimos estar pasando por alto; que los presupuestos de nuestros debates surgen de una mirada parcial del fenómeno a que refieren, o al que estiman como “caso” paradigmático. Ese algo, sobre el aquí se hace hincapié, es la decisión de la corte de instaurar el sentido del conflicto que resuelve, desplazando explícitamente otros sentidos posibles, o versiones en danza de ese conflicto. Dar cuenta de esa instauración selectiva, hará inteligible nuevos caminos para el análisis jurídico y político, e impondrá nuevas preguntas y desafíos teóricos, de los que aquí sólo se intenta dar noticia.

Es oportuno señalar, sin embargo, que aunque este trabajo se inscriba en el marco del enfoque crítico, la crítica en concreto no tiende a desvirtuar *erga omnes* la posibilidad de decisiones judiciales racionales, sino sencillamente a insinuar la posibilidad de que las decisiones judiciales sean leídas desde una racionalidad diferente a la meramente normativa o deóntica. En efecto, el análisis de los detalles del caso *Brown* muestran que es posible identificar micro decisiones dentro del decisorio judicial (usualmente menospreciadas desde la perspectiva analítica), que darían cuenta de una racionalidad vinculada (o vinculable) a la política del contexto, o a una visión pragmática.

La última pretensión, no menor, detrás de esta revisión de los detalles del caso *Brown*, es la de impactar en la percepción de la gramática política del control de constitucionalidad. En otras palabras, al concentrarnos en la actividad judicial sobre la *litis*, podremos observar cómo funciona el compromiso de las cortes con las minorías o las mayorías, desde un ángulo distinto. Un ángulo que habilite la renovación del debate sobre la legitimidad política de las decisiones judiciales, ya no en base a presupuestos organicistas de mayorías y minorías, desde sus manifestaciones formales

generales y respecto a posiciones jurídicas o deónticas, sino en cambio, en términos de adhesiones de las mayorías y minorías concretas y actuales, a cosmovisiones sobre el conflicto social, y sobre lo que está en juego en el caso que se debate judicialmente.

II. El caso *Brown*

El 17 de mayo de 1954 la Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que la segregación racial en las escuelas públicas (primarias y secundarias) era inconstitucional, por violar el principio de igualdad ante la ley (Enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos).² En la base de la decisión se acumularon cuatro demandas³, promovidas por casi doscientas familias demandantes, contra cuatro diferentes estados (Delaware, Caroli-

² Suele hablarse, al menos, de tres instancias del caso *Brown*. La primera es argumentada por primera vez ante la Corte Suprema de los Estados Unidos el 9 de diciembre de 1952, y reargumentada el 8 de diciembre de 1953. La primera sentencia se dicta así el 17 de mayo de 1954 bajo el número 347 U.S. 483, y es a ella a la que nos referimos como *Brown I*, o simplemente *Brown*.

La segunda de esas instancias se refiere a la cuestión del remedio judicial. Ella se defirió para el año siguiente. Sobre la misma causa, pero en relación a la medida remedial, se alegó entre el 11 y el 14 de abril de 1955. El 31 de mayo de ese año se dictó la sentencia que dictaminó el remedio judicial que se conoce como *Brown II* (349 U.S. 294).

Puede hablarse todavía de un *Brown III*, en el que se desafía la ineficiente implementación de la decisión de *Brown II*, específicamente en la ciudad de Topeka, Kansas. Ocurrió casi veinticinco años después de la primera sentencia, en 1978. Linda Brown Smith, ahora madre de una niña asistiendo a la escuela de Topeka, reabrió el caso con el apoyo de la ACLU (Unión de Americanos por las Libertades Civiles), denunciando que la política de admisión abierta de las escuelas públicas (el modelo de las *open schools*) había llevado y seguiría llevando al "resultado" de más segregación. Si bien en primera instancia la demanda fue denegada, en 1989 un panel de tres jueces del 10° Circuito, en una votación 2 a 1, encontró vestigios de segregación en el caso apelado respecto a estudiantes y a la asignación de personal (sentencia que podríamos llamar *Brown III*). En 1993, después de que la Suprema Corte le negara la apelación por un *certiorari* a la escuela del distrito, el caso retornó al juez de distrito para que implemente la orden de los jueces del 10° Circuito. El plan de implementación supuso, entre otras cosas, la apertura hacia nuevos modelos de escuelas (se trazaron nuevamente los planes de asistencia escolar, y se abrieron varias de las llamadas *magnet schools*).

³ Originalmente fueron cinco las demandas, pero una de ellas se decidió de manera separada. Se trata de la causa *Bolling v. Sharpe* 347 U.S. 497 (1954) referente a la segregación de escuelas en el distrito de Columbia, capital del país. Aunque fue decidida el mismo día y en el mismo sentido que *Brown*, no se resolvió en base a la enmienda 14 (referida al principio de igualdad), ya que ésta sólo es aplicable a los estados locales. En cambio, se basó en la cláusula del debido proceso, e invalidó así una norma segregacionista emanada del Congreso Federal para el distrito capital del país.

na del Sur, Kansas y Virginia), las cuales fueron atendidas por la Corte bajo el procedimiento de la *class action*.⁴

La sentencia invalidó, en principio, a todas las leyes estatales y locales que en ese momento permitían (en cuatro estados) e imponían (en diecisiete estados) la existencia de escuelas públicas separadas para niños blancos, por un lado, y para niños negros, por otro.⁵

Esta sentencia es el núcleo del caso judicial que nos interesa examinar, el que sin embargo, vale apuntar, se extiende en el tiempo por varios años más, e inspira el inicio de una serie de litigios diversos que invocan la implementación del principio establecido por la Corte en *Brown*.

Para recuperar las dimensiones que resultan relevantes a nuestro análisis, es necesario empezar situando histórica y políticamente el caso.

2. a. Situando Brown: La regulación segregacionista en el marco de las leyes Jim Crow

Llamativamente, en los comienzos de los Estados Unidos la esclavitud era reconocida y defendida por la Corte Suprema Federal como una institución protegida por la Constitución.⁶ Cuando finalmente resulta abolida, a mediados del siglo XIX⁷, extraordinarios cambios en las relaciones ra-

⁴ Stephen Yeazel señala como el origen de la moderna acción de clases de Estados Unidos al litigio de Grupo de la Inglaterra medieval, de alrededor del 1200 (Yeazel:1987).

La acción de clase es un procedimiento de demanda judicial en el que un grupo de personas es representada por alguna/s de ellas para presentar una demanda de forma colectiva, de acuerdo a las distintas alternativas procesales previstas en la legislación. Actualmente, las diversas formas y requisitos procedimentales de las formas de demanda colectiva están reglados en la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos. Los estados locales también han establecido regulaciones locales sobre este tipo de acciones.

⁵ En otros dieciséis estados estaba expresamente prohibida la segregación, y en los últimos once no estaba legislada.

⁶ Ver en particular el caso de la Cortes Suprema de Estados Unidos *Dred Scott v. Stanford* (60 U.S. 393) (1857).

⁷ La esclavitud fue abolida primero en los estados del Norte, convirtiéndose en una de las causas de la llamada Guerra de Secesión, la que llevó a la derrota de los estados del sur y a la consiguiente abolición de la esclavitud en todo el país en 1865, por una proclama federal del presidente Abraham Lincoln. Se liberó así a los esclavos en los estados donde la esclavitud continuaba siendo legal, y se reformó la constitución adoptando la enmienda 13 el 6 de diciembre de 1865, la que prohibió la esclavitud.

ciales empezaron a notarse rápidamente, tanto a nivel social, como legal y judicial. Las personas de color (a las que también referiremos de aquí en más como afro-descendientes, afro-americanos o negros) empezaron a gozar de derechos civiles, como a la propiedad o a la libertad de contratar, y a ejercer derechos políticos básicos, como votar y ser elegidos. Durante este período, conocido como el de “la primer reconstrucción”, fue usual ver a afro-descendientes actuando como jurados, o incluso como funcionarios públicos electos.⁸

Lamentablemente, éste fue un período muy corto. Hacia 1877, la situación de los negros empieza a empeorar, nuevamente, en la sociedad norteamericana, y particularmente en los estados del sur. La siguiente etapa estará caracterizada por una diversidad de prácticas sociales que van a restringir severamente sus libertades, y a explotarlos económicamente (especialmente a los negros analfabetos, los trabajadores de las plantaciones de algodón del sur, y a los trabajadores pobres en los suburbios de las ciudades).

La gran mayoría de las restricciones a libertades y de las prácticas de explotación, aunque ya no se enmarcaban en la institución de la esclavitud, recibirán el respaldo de leyes locales y estatales. Conocidas como las leyes del *Jim Crow*⁹, las normativas de este período estaban estratégicamente diseñadas para no contradecir, ni explícita ni frontalmente, los estándares constitucionales que consagraban la igualdad de derechos para los negros. Sin embargo, darían el marco regulatorio para que, *de facto*, se permitan y

⁸ Fue un período de intensa labor por parte de organismos de la administración federal y de las cortes, quienes buscaban garantizar los derechos reconocidos a los afro-descendientes en las nuevas enmiendas constitucionales. Ver detalles sobre esta intensa actividad administrativa y judicial en Kaczorowski: 2005.

⁹ *Jim Crow* es el nombre de una canción y de un personaje representado por Thomas Dartmouth Rice, una especie de *juglar* de época, quien encarnaba características extremadamente estereotipadas de un personaje negro. La canción y rutina de baile de Rice tuvo un extraordinario éxito entre 1928 y principio de la década de 1930, y fue imitada numerosas veces por otros actores. Rice y sus imitadores, a través de sus representaciones estereotipadas, capturaron artísticamente la creencia popular en que los negros son perezosos, estúpidos, inherentemente menos humanos e indignos de integrarse socialmente. A fines de esa década, el término “Jim Crow” empezó a usarse como un epíteto despectivo del colectivo de los negros. Hacia finales del siglo XIX, “Jim Crow” era menos usado para referirse despectivamente a los negros, que para describir las leyes y costumbres que los oprimían (Pilgrim, David:200).

refuercen las prácticas sociales de privación de derechos civiles, políticos y económicos de las personas de color.

A ese marco jurídico se sumaba una creciente violencia privada de la que eran víctimas las personas afro-descendientes (linchamientos, incendio de hogares, amenazas, humillaciones públicas, etc.), cuya prevalente impunidad disuadía a la comunidad negra de cualquier intento de desafiar el *status quo*.

Aunque el trasfondo ideológico de este período estuvo impregnado de representaciones sobre la “supremacía blanca,” o sobre el “peligro de la dominación negra,” no fue el racismo su principal disparador. La confluencia de diversos factores económicos y políticos fueron los principales habilitantes y promotores de los extremos ideológicos y fácticos alcanzados.¹⁰

En este marco de prácticas, políticas y reglas del *Jim Crow*, apareció una particular forma de regulación jurídica que, con singular pericia, regimentó la organización racial imperante. Consistía en la demarcación legal de espacios de ejercicio de derechos separados para negros y blancos. Bajo el estándar divulgado como “separados pero iguales,” se dividían áreas y servicios públicos según la raza de los usuarios, y se establecían zonas residenciales dispuestas de forma separada, aunque formalmente iguales, según la raza de sus habitantes. Éste es, precisamente, el tipo de regulación que algunas décadas después será invalidado en el caso *Brown*.

Cuando estas reglas segregacionistas se aplicaban en las instituciones públicas, permitían, entre varias otras cosas, la implementación de políticas

¹⁰ Michael J. Klarman señala que fueron las dificultades de desarrollo económico que atravesaban los estados del sur las que estimularon un creciente poder y alianzas entre los campesinos blancos, por lo general pobres, poco educados, y con tendencias racistas. Ello estuvo acompañado por cierta actitud demagógica de estímulo al racismo por parte de los blancos ricos, preocupados en evitar la amenaza populista de potenciales alianzas interraciales entre campesinos pobres. En ese contexto se promovió el discurso de la amenaza de la “dominación negra”, fácilmente traducible al de la “supremacía blanca.” Por otro lado, esta ideología se expandió con facilidad gracias a la aquiescencia de los estados del norte, la que respondía a cierta ansiedad racial generada por las migraciones extranjeras en esa región, al renacimiento del ánimo colonialista norteamericano, y al abandono del tradicional respaldo del partido republicano a los votantes negros en el sur. En efecto, cuando hacia 1890 el partido republicano advierte que podía mantener el control del Gobierno Nacional sin el soporte del electorado negro del sur, relaja su apoyo a los votantes negros en esos estados, y permanece pasivo frente a la privación de sus derechos políticos. (Klarman:2007, 1-8)

públicas diferenciadas racialmente. De tal forma que ciertas instituciones estratégicas, como las escuelas públicas para niños negros, por ejemplo, pronto estuvieran mucho peor financiadas que las escuelas públicas para blancos, generando abrumadoras diferencias en la calidad del servicio educativo para los niños de diferentes razas. Hacia 1915 el gasto *per capita* en estudiantes blancos en Carolina del Norte era casi tres veces mayor que en los estudiantes negros; en Alabama era de seis veces más, y en Carolina del Sur era doce veces mayor. Estas exuberantes desigualdades eran leves, no obstante, en comparación con otras desigualdades en relación a edificios escolares, equipamiento y transportes (Klarman, 2007, 17).

Las cortes de justicia, por su parte, jugaron un rol clave en la construcción de la racionalidad jurídica que legitimó las regulaciones segregacionistas. Sistemáticamente acomodaron éstas y las demás reglas *Jim Crow* a los estándares constitucionales vigentes de las enmiendas 13 (prohibición de esclavitud), 14 (ciudadanía e igualdad ante la ley)¹¹ y 15 (derecho al voto sin distinción de raza), así como a la recientemente sancionada Ley de Derechos Civiles.

El caso paradigmático de esta acomodaticia justicia es el afamado caso *Plessy v. Ferguson* (en adelante *Plessy*), referido a la segregación en el transporte de ferrocarril. La Corte Suprema de Estados Unidos resolvió aquí que nada en la regla constitucional de “igualdad ante la ley” (enmienda 14) invalidaba la ley segregacionista del estado de Luisiana, la que establecía vagones separados para los pasajeros negros y blancos.¹²

La interpretación de la Corte en *Plessy* no hacía sino reflejar el sentido común dominante en ese momento dentro de la sociedad norteamericana. Lo hace dentro de un margen interpretativo razonablemente admisible,

¹¹ La decimocuarta enmienda constitucional fue ratificada por el Congreso el 9 de julio de 1868. Ella provee una amplia definición de ciudadanía nacional, y en especial establece la “igual protección de la ley”, norma que resulta similar a la cláusula 16 que luego se adoptará en nuestra constitución nacional.

¹² La primer sección de la ley N° 111, 1890, establecía que “todas las compañías de ferrocarriles que transporten pasajeros en sus vagones en este estado, deberán proporcionar igual, aunque separado, servicio de alojamiento para pasajeros blancos y de color, o dividiendo los vagones de pasajeros con un tabique de manera de asegurar el alojamiento separado: quedando claro que esta regla no se aplicara a los ferrocarriles de las calles. No se permitirá a ninguna persona o personas ocupar asientos en los vagones, diferentes a los asignados a ellas, a causa de la raza a la que pertenecen.”

el que es proporcionado por un estándar constitucional lo suficientemente vago como el de la "igualdad ante la ley."

En concreto, la Corte rechazó el argumento acerca de que la regla de separación en los vagones de Luisiana implique la imposición de alguna inferioridad de estatus hacia los negros. Señaló que, si tal inferioridad existiese, no sería consecuencia de la ley sino de la sociedad misma, a quien la Corte no podría frenar con una sentencia. Esta distinción entre desigualdades sociales de hecho (o *de facto*) y desigualdades impuestas por la regulación o por la acción deliberada de autoridades públicas (o *de iure*), y el argumento de la impotencia de las Cortes frente a las primeras, aparece como la clave de la racionalidad judicial que funcionó en el trasfondo de este período (la que sigue caracterizando buena parte de la racionalidad legal norteamericana).

Sintomáticamente, la resolución judicial acepta que la regla segregacionista vigente en el estado de Luisiana es parte de una política local sensata. Es decir, toma a la repugnancia racial como un dato más del *status quo*, el que creaba las fricciones y amenazaba la paz social. Por tanto, la segregación no es sino una técnica regulativa con fines preventivos, orientada a mantener el confort social, respetando costumbres locales. Sobre todo, se deja en claro que la función de las cortes no es contradecir esas costumbres, prácticas y tendencias sociales.

Puede observarse cómo en este último argumento empieza a fusionarse una idea pragmática de la imposibilidad de transformación social, con la idea jurídica de una regla que limita la intervención judicial sobre prácticas o tendencias sociales dominantes. El interés judicial, si es que hubiera alguno, queda restringido al análisis normativo en cuanto expresión de la acción estatal que no se vincula con las fuerzas sociales.

En síntesis, las reglas "segregacionistas" (las que luego serán objeto del caso *Brown*), se presentaron en el marco de ciertas particulares regulaciones (*Jim Crow*) en un período de retroceso en materia racial (el que siguió al período de la primer reconstrucción, y después de que los negros liberados de la esclavitud habían tenido importantes avances).

Estas regulaciones segregacionistas fueron validadas por los jueces a partir de una serie de decisiones, entre las que *Plessy* ocupa un lugar sobresaliente. Esas decisiones estructuraron la racionalidad judicial del período,

en particular delimitando la competencia judicial a partir de la distinción entre violaciones sociales *de iure* y violaciones sociales *de facto*, reservando la capacidad judicial para intervenir sólo en las primeras.

2. b. Situando a Brown: La desegregación como estrategia política

En este apartado pretendo situar el contexto de *Brown* en un marco de reflexión diferente. Me refiero al marco de las diferentes prioridades políticas de la comunidad afro americana frente a las prácticas y regulaciones raciales opresivas. En particular, intentaré situar a las regulaciones segregacionistas en el marco de los objetivos políticos emancipatorios, de manera de entender mejor la dimensión del conflicto que se decide en este caso paradigmático.

Desde esta perspectiva, sería exagerado sostener que las leyes que imponían la regla “separados pero iguales” durante el período *Jim Crow* eran el problema clave, o el más grave, de la comunidad negra. La segregación aparecía como una técnica más para administrar la vida social en una comunidad radicalmente desigualitaria. De manera que no podría sindicarse a las reglas segregacionistas ni como la causa de esa desigualdad, ni como el eje que la articulaba y, mucho menos, podría afirmarse que la comunidad negra la percibiese como la más grave de sus afecciones.

I. Uno de los ejes de la problemática racial de este período, por ejemplo, era el de los obstáculos para votar que sufrían los negros. El desempoderamiento político de la comunidad afro descendiente se daba a causa del fraude, la intimidación, la violencia moderada, la exclusión de la participación en las elecciones primarias de los partidos y, sobre todo, se daba bajo el amparo de leyes que exigían ciertos requisitos particulares para registrarse como electores. Son tristemente célebres aquellas leyes que imponían el requisito de tener residencia en ciertas áreas, pagar determinados impuestos, tener propiedad, y/o pasar un test de alfabetismo o de “buen carácter”. A estos requisitos del votante se les sumaba, en ocasiones, la llamada “cláusula del abuelo”¹³, que tenía como fin y resultado

¹³ En el contexto de reglas que exigían alfabetismo y propiedad para votar, la cláusula del abuelo eximía de estos requisitos a quienes tuvieran ancestros (abuelos) que gozaran del derecho a votar antes de la guerra civil (obviamente los negros, que por entonces eran esclavos, nunca podrían disfrutar de esta excepción).

que la mayoría de los negros no pudieron votar ni ser elegidos. Así, hacia comienzos de 1900, la participación política de los negros en el sur había sido casi eliminada (Klarman, 2007:9).

Sin participación en el proceso de formación de las leyes, ni en las regulaciones administrativas, la desventaja en el marco del sistema jurídico de los negros parecía irreversible. Su exclusión política funcionaba, en fin, como un articulador claro del resto de las desigualdades que ellos sufrían.

La actividad judicial coadyuvó también a mantener la legitimidad de las regulaciones locales electorales que afectaban de forma dispar a los negros. Los jueces rechazaban sistemáticamente demandas de discriminación en las elecciones o en el acceso al derecho al voto. Las sentencias se basaban en reglas tales como que “no está permitido a los jueces examinar los *motivos* de las legislaciones a los fines de considerar su inconstitucionalidad”¹⁴, o que era su obligación “respetar la *discrecionalidad* de los administradores” (los comités electorales), a quienes las regulaciones les delegaban amplísimos poderes de decisión.¹⁵

En particular, las cortes legitimaron el *status quo* habilitado por los poderes políticos formales a través de las leyes *Jim Crow*, al tenerlo como reflejo inequívoco de las prácticas sociales dominantes, las que, como se señaló en el apartado anterior, eran consideradas cuestiones no justiciables. Estas prácticas, como también se indicó antes, no respondían a un trasfondo ideológico o cultural, tanto como a particulares tensiones económicas y ciertas circunstancias políticas (Ver nota 9).

¹⁴ La mayoría de los sureños pensaban que la enmienda quince (15), que concedía derecho al voto a la comunidad negra, era ilegítima. Sin embargo, no la contradecían abiertamente, sino que regulaban el acceso a la registración para votar a través del test de analfabetismo (cuando el 50% de los negros era analfabeto) y admitiendo sólo a propietarios (siendo que la mayoría de los negros eran campesinos tenedores precarios o aparceros). Cuando estas reglas se cuestionaban judicialmente por sus propósitos discriminatorios, como en *William v. Mississippi* (1898), los jueces rechazaban las demandas invocando la regla judicial de no revisión de los motivos legislativos en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes.

¹⁵ Según Klarman, el método preferido para denegar el derecho constitucional de votar a los negros fue el de conferir a los funcionarios locales poder discrecional para aplicar las leyes, y confiar en ellos para preservar la supremacía blanca. Por ejemplo, las regulaciones que imponían el test del “buen carácter” para permitir la registración, invitaba a la abierta discriminación de los negros por parte de los funcionarios locales. Estas regulaciones no pudieron ser judicialmente nulificadas. (Klarman:2007,8-14)

Un caso particularmente interesante en este sentido es *Giles v. Harris* (1903), en el cual el demandante alegaba discriminación en la regulación electoral de Alabama. Giles denunciaba que la registración en el padrón electoral conforme a reglas de “buen carácter” y “comprensión” estaba destinada a discriminar a los negros. Pedía ser registrado en el padrón electoral junto con otros negros en su misma situación, señalando que, en los hechos, los resultados de la regla habían demostrado ser severamente discriminatorios.

La Corte rechazó ese pedido. Argumentó que si fuera cierto que existió el alegado fraude desenfrenado, si fuera verdad que los blancos de Alabama hubieran conspirado para privar de derechos a los negros, una orden de la corte que intentara desafiarlos sería una “forma vacía”, la que pasaría a “formar parte de la farsa.” En la decisión se señaló que en el hipotético caso de ser cierta la acusación, el único remedio factible para el demandado debería venir de los poderes políticos del gobierno nacional.

Puede notarse en el argumento el modo en que los jueces vinculan claramente aquello que entienden como la práctica social dominante (habilitada por la política local y su implementación), con la dificultad que tendría un remedio judicial para enfrentar dicha práctica. El argumento, que a fin de cuentas es normativo, no necesita legitimar tal práctica política. Se asienta simplemente en una visión pragmática acerca de lo que una orden judicial remedial puede en concreto hacer y lo que no puede hacer.

Es interesante recordar que durante el período de la primera reconstrucción, los negros habían rápidamente empezado a ejercer derechos políticos y, en particular, se habían convertido en una *constituency* clave para el partido republicano (Ver nota 9). Teniendo ello en mente, el argumento pragmático se nos presenta como esencialmente conservador de un “nuevo *status quo*,” el de la era *Jim Crow*, en detrimento del *status quo* reinante en la primera reconstrucción.

II. Desde otro ángulo, podría señalarse a la explotación económica como el problema central de la comunidad negra. Esta aproximación provee una explicación diferente, y potente, para articular estrategias de emancipación.

Instituciones como la del *peonazgo* (contrato de cuasi servidumbre por deudas), resultaban cruciales para la pervivencia de la explotación económica en las zonas rurales; mientras que la abierta discriminación racial en el acceso al trabajo en las industrias y en los sindicatos, era la pieza central

del desahucio económico de afroamericanos en las zonas urbanas.¹⁶ Desde este enfoque, es evidente que la pobreza de la comunidad negra es una fuente clave de su des-empoderamiento. Ella se vincula intrínsecamente al analfabetismo y a la falta de fuerza para la resistencia política. Es, en fin, una causa clave de la incapacidad para luchar por la participación política y la conquista de otros derechos. Por ello, la lucha contra la explotación económica sería, precisamente, uno de los ejes de las políticas emancipatorias del movimiento negro en el período siguiente.

III. Finalmente, podría hacerse foco en las prácticas de violencia privadas (linchamientos, amenazas, incendio de hogares, persecuciones, golpizas, etc.) que mantenía a la comunidad negra amedrentada y menguada frente a la opresión en el área económica y política.

Estas prácticas se expandían en el marco de la falta de garantías procesales. La exclusión de los negros en la integración de jurados, por ejemplo, era una de las formas, y causas, de la falta de garantías procesales frente a la violencia privada y a las falsas acusaciones. Al no poder integrar los jurados que decidían cuestiones criminales y civiles, las garantías procesales de los negros eran atropelladas permanentemente en espurios procesos judiciales, siendo así especialmente vulnerables ante la opresión privada de los blancos, y en particular frente al abuso de la violencia.

El régimen legal había abandonado de hecho (aunque no formalmente) a la comunidad afro-americana frente a los atentados físicos y psíquicos, privados y públicos; la falta de capacidad procesal plena para defender sus derechos era el nudo que estrangulaba sus demás libertades.¹⁷

En síntesis: Junto a las regulaciones segregacionistas, pueden observarse varios otros ejes neurálgicos del estatus socio-legal de la comunidad negra durante este período. Entre ellos, ocupan un lugar destacado la explotación

¹⁶ Risa Goluboff describe las condiciones de trabajo en las plantaciones de azúcar de Florida como la de "campos de esclavos", y a las condiciones en los astilleros como segregacionistas y discriminatorias. (Goluboff, 2007: 1-15)

¹⁷ El cine ha sabido retratar con particular pericia la idiosincrasia de los procesos de esa época en la memorable película *To kill a Mockingbird* de 1962, dirigida por Robert Mulligan, protagonizada por Gregory Peck y basada en el libro homónimo de Harper Lee, quien recibió el Premio Pulitzer en 1961.

económica, el desempoderamiento político, y la falta de garantías procesales. Todos esos ejes se presentan como causa y explicación de su situación. Sin embargo, es difícil saber cuál de ellos era la cuestión más importante o la fundante del resto, y que relevancia sistémica podría tener atacar alguno de ellos. De hecho, la prioridad o relevancia estratégica de los mismos va a ser el objeto central de debate dentro del movimiento negro en el período siguiente, y dividirá las aguas en materia de tácticas legales y de actores legitimados para representar el conflicto de la comunidad negra. Al visibilizar este trasfondo, *Brown* puede observarse como una toma de posición oficial respecto a una de esas cuestiones, colocándola así en el centro del debate.

Los jueces que avalaron las leyes *Jim Crow* relativas a derechos políticos, económicos y garantías procesales, también contribuyeron a la construcción de la racionalidad judicial del período, con la misma fórmula con la que avalaron las leyes segregacionistas. Se basaban en la idea de delimitar el alcance de las competencias de los jueces frente a las desigualdades sociales *de facto*, consolidando la idea de la imposibilidad remedial de los jueces frente a prácticas y políticas dominantes en una comunidad. Ésta es la racionalidad judicial que favorecerá al *status quo* y que, como se verá, no será desafiada en *Brown*.

2. c. Situando a Brown: *Are you for the Hitler way or the American way?*¹⁸

Ya desde la Primera Guerra mundial (1914-18) las reglas de *Jim Crow* empiezan a ser resistidas con fuerza¹⁹; pero es con la Segunda Guerra (1939-45) que se disparan los verdaderos cambios en materia racial.

La ideología antifascista de la postguerra elevará las demandas de los negros, así como sus aspiraciones y esperanzas, aumentando además sus

¹⁸ El reclamo del movimiento negro se hacía sentir con fuerza durante la guerra fría con frases de este tipo: "*Are you for the Hitler way or the American way?*" Citado por Klarman, 2007, 28. La traducción que propongo es "¿Estás a favor del estilo de Hitler o del estilo americano?"

¹⁹ Los soldados negros que regresaban de la guerra fueron tratados como héroes en la comunidad negra, y no estaban dispuestos a que el Estado Norteamericano los tratara como ciudadanos de segunda. Fueron ellos quienes inspiraron muchos de los primeros reclamos relevantes. En este período también empieza la migración de negros del sur hacia el norte, donde encontraban mejores oportunidades y una posición económica preferible, lo que significaba también mejor educación. Así se fueron sentando las condiciones para la organización y la protesta social en reclamo de sus derechos. (Klarman, 2007)

oportunidades.²⁰ La democracia de Estados Unidos estará en la mira de todo el mundo, y las repugnancias raciales en el interior del país aparecerán como una vergonzante marca que será necesario remover. Resultará prioritario diferenciarse del nazismo.

Es entonces cuando empezarán a sentirse cambios en el clima social. En el norte los derechos civiles se transformarían en un tema de agenda de los liberales, y los sureños empezarían a hacer algunas concesiones que permitirán a los negros alguna participación en el proceso político.²¹

El litigio, como estrategia de lucha, adquirirá diversas formas en este período. Aquellos negros que escapaban de las plantaciones esparcirían el rumor sobre los horrores del *peonazgo*, con lo que cientos de denuncias individuales serían presentadas al FBI y a la sección de Derechos Civiles del Departamento de Estado del Gobierno Federal. En tanto, los que trabajaban en astilleros de las ciudades, empezarían a organizarse en oposición a

²⁰ La guerra había creado oportunidades económicas. Con una mano de obra reducida, las industrias relajaron las restricciones raciales, ayudando a impulsar una clase media en la comunidad negra que se transformaría en la promotora del movimiento de derechos civiles.

Con posterioridad a la guerra, y durante la guerra fría, la democracia de Estados Unidos estuvo en permanente fiscalización frente al mundo. La idea de la supremacía blanca prevalente en los estados del sur era su principal vulnerabilidad en la política internacional de promoción anticomunista (Klarman, 2007, Capítulo 2). El proceso de descolonización en todo el mundo también proveía de un ejemplo inspirador para la comunidad negra en Estados Unidos. Además, el movimiento científico de la época empezó a repudiar las premisas de *Jim Crow* sobre las diferencias raciales, y los procesos de urbanización, industrialización, cambios demográficos y los medios masivos de comunicación, colaboraron en la generación de un nuevo sentido común respecto a la ideología de la "supremacía blanca". Pero en particular, las políticas del *New Deal* y los programas de ayuda federal hicieron más vulnerables a los sureños frente a las demandas del gobierno nacional y sus intereses ideológicos durante la guerra fría.

²¹ Así, entre 1940 y 1952 el voto negro en el sur pasó de un 3% a un 20% en ese último año; la segregación en escuelas públicas, por su parte, permanecía intacta tanto en los estados del sur como en estados fronterizos, pero ya se habían tomado importantes resoluciones judiciales para desegregar las universidades (Ver *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950)).

Los políticos estatales se volvían económicamente populistas y racialmente moderados. El cambio de la actitud racial es una de las causas a la que se atribuye el fracaso de la revuelta de los Dixiecrats de 1948. "Aunque la mayoría de los sureños blancos seguían oponiéndose firmemente a la desegregación en las escuelas, su compromiso general con la supremacía blanca era menos intenso de lo que había sido. Muchos estaban ahora preparados para aceptar algunas reformas raciales, tales como la igualación de los gastos en educación, un tratamiento legal más equitativo para los negros, una mayor participación política de los negros, e incluso el fin de la segregación en algunos contextos, como el transporte" (Klarman, 2007: 31-32).

los excluyentes y discriminatorios sindicatos (Goluboff, 2007: 2-4). En ese contexto, se diversificó la denuncia administrativa y el litigio público como herramienta para canalizar esos particulares reclamos, los que exponían la narrativa del sufrimiento y la injusticia laboral y económica ante los jueces. Repentinamente el litigio fue adquiriendo contenido económico y social, carácter colectivo, y era acompañado, en no pocas ocasiones, por alianzas con el Departamento de Estado. Sumergidos en los fundamentos de las nuevas políticas federales del *New Deal*, este tipo de arreglos institucionales que reconocían la dimensión económica de los reclamos, empezaban a resultar plausibles desde la perspectiva estatal.²²

En síntesis, hacia 1952, cuando el caso *Brown* empieza a examinarse en la Corte Suprema de Estados Unidos, el contexto social y legal ya había cambiado drásticamente. Los negros del norte estaban políticamente empoderados (Klarman, 2007); una emergente clase media de color con poder económico empezaba a articular distintas y efectivas formas de protestas y boicots y, en particular, la ideología norteamericana mayoritaria estaba transformando su actitud racial. En tanto, los jueces inferiores empezaban a ser receptivos a diferentes y creativas clases de casos económicos y laborales.²³

Por otro lado, las prácticas más extremistas del sur empezaron a ponerse en tela de juicio desde una perspectiva cultural renovada, y a través de

²² El *New Deal* fue un programa de política económica puesto en práctica por el presidente Franklin D. Roosevelt entre 1933-38 (aproximadamente), con la finalidad de sacar a la economía del país de la situación de depresión en la que se había sumido con la crisis económica de 1929. Consistió en un amplio paquete de medidas que incluyeron programas de obras públicas, planes de incentivo de la economía y de ayuda inmediata a trabajadores. Supuso un fuerte incremento en el gasto público.

El respaldo a las medidas produjo una realineación política. La mayoría de los defensores de esta política pertenecían al partido demócrata, y en ello estaban junto a los sindicatos y a varias organizaciones de minorías (entre ellas varias del movimiento negro). La llamada Coalición del *New Deal* dominó la mayoría de las elecciones presidenciales en la década de 1960, mientras que su oposición conservadora (mayormente del partido republicano) controló el Congreso desde 1937 a 1963.

²³ Goluboff señala entre las tendencias de la época (que desaparecerían después de *Brown*) la sustitución de los derechos contractuales individuales, que antes la Corte había protegido, por derechos económicos y laborales colectivos. Estos últimos constituían una parte clave de las aspiraciones del *New Deal*, a las que la justicia intentaba acomodarse (Klarman, 2007: 17). Ver además nota 107 sobre el caso *Lochner*.

los medios masivos de comunicación. Ello impactaría crucialmente en la actitud racial en todo el país, y no sólo en el norte.²⁴

No obstante, las políticas nacionales se hacían esperar. El Congreso Federal permanecía estancado, y el Ejecutivo ambivalente. Distintos proyectos de leyes anti linchamiento y de derechos civiles de la comunidad negra eran frenados por el veto sistemático ejercido por los representantes de los estados del sur en el Senado. El reglamento de éste órgano permitía ciertas prácticas “obstruccionistas” que habilitaban a las minorías a oponerse exitosamente a la voluntad de ciertas mayorías de senadores.²⁵ Así, si bien las minorías del sur no conseguían ya imponer a pleno sus preferencias racistas en el Congreso Nacional,²⁶ sí les era posible, al menos, impedir el avance de reformas legislativas que confrontaran más explícitamente con las leyes *Jim Crow*.

En el mismo sentido, el poder ejecutivo se mostraba simpatizante de la causa de los derechos civiles, pero sus políticas no reflejaban un aval con-

²⁴ La premisa del gobierno nacional era que había que convencer al tercer mundo no blanco de que el capitalismo democrático que Estados Unidos proponía no era igual a la cultura de la supremacía blanca nazi (Klarman, 2007, 27-38).

²⁵ Uno de las grandes dificultades contra-mayoritarias en el derecho constitucional norteamericano es la regla 22 del Senado de Estados Unidos. De acuerdo a ella, y aún actualmente, cuarenta y un senadores -los que podrían representar menos del 41% de los estados, y bastante menos del electorado (debido a los problemas de proporcionalidad mayoritaria del Senado)- pueden vetar la mayoría de las legislaciones, rehusándose a invocar la “clausura” del debate, dilatando interminablemente los debates.

En la historia del Senado norteamericano, los llamados filibusteros, u obstruccionistas, han prolongado debates infinitamente sobre proyectos de leyes que -sin embargo- tenían los votos mayoritarios para ser aprobados, y así han impedido la votación y posterior sanción. (Maggiocca, 2011: 304-305). “Desde finales de los años 20’ hasta finales de los 60’, el obstruccionismo se asoció casi totalmente con la batalla sobre los derechos civiles”. (Catherine Fish & Erwin Chemerinsky, *The Filibusters*, citado en nota 4 por Maggiocca, 2011). “Hacia la mitad del siglo XX es claro que las medidas de derechos civiles, como una clase, fueron el objeto central de destrucción de los obstruccionistas. Y la conexión entre los derechos civiles y la regla de clausura era clara para todos” (Binder & Smith *Politics or Principle? Filibustering in the United States Senate (1997)*, citado en nota 42 por Maggiocca, 2011: 313).

²⁶ Peligrosamente cerca de ser aprobada estuvo la llamada cláusula Bricker. Propuesta por los senadores Bricker y Holman, se trataba de un proyecto de reforma constitucional relativo al procedimiento de firma de tratados internacionales. La intención era evitar que, a través de tratados internacionales de derechos humanos, se filtraran reformas concernientes a los derechos civiles de los afro-descendientes. Aunque la propuesta fracasó, estuvo significativamente cerca de ser sancionada. Ver Anderson, 2003: 221-231.

creto más allá de lo relativo a la organización de la administración central. La acción más sobresaliente fue sin duda la desegregación de las fuerzas armadas, y el intento fallido de llevar adelante un programa de derechos civiles.²⁷

Se destacaron, no obstante, acciones de órganos particulares del ejecutivo. Fue relevante la labor del Departamento de Estado en materia de derechos económicos y laborales, así como la inclusión de activistas negros en las delegaciones de negociación de los tratados internacionales en la recién formada Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (CDH-ONU). Sin embargo, no hubo políticas nacionales que confrontaran abiertamente a las políticas raciales más extremas que se desarrollaban en el sur. Las aspiraciones electorales exigían al presidente alianzas con los políticos del sur, especialmente los del propio partido. Esa necesidad explicaría la ambivalencia de las medidas del poder ejecutivo en materia racial.

En síntesis, Brown se sitúa en un período en el que se había iniciado la llamada “segunda reconstrucción”, un momento en que ya se habían producido fuertes cambios culturales y sociales. La gran oportunidad política se abre con la guerra fría, durante la cual los intereses de Estados Unidos en la conducción del nuevo orden mundial exigían señales claras, que lo diferenciaban culturalmente del racismo de los nazis.

Desde esta perspectiva histórica, el caso va a desafiar una regulación instaurada y consolidada en un período anterior, cuyas premisas socioculturales ya empezaban a debilitarse.

Sin embargo, y pese a los intensos cambios sociales y culturales en materia racial, los poderes constitucionales mayoritarios (el ejecutivo y el legislativo) mantenían una significativa indolencia frente a los reclamos más acuciantes. El ejecutivo fue más ambivalente debido a sus necesidades

²⁷ En 1946 Truman designó a un comité de derechos civiles para investigar la discriminación de los negros. Al año siguiente este comité emitió el célebre informe “Para garantizar estos derechos”, en el que se documentó la situación de los afro-americanos como ciudadanos de segunda en la vida del país y se recomendaron medidas federales para proteger sus garantías individuales. Como consecuencia, Truman envió al Congreso un programa de derechos civiles de 10 puntos. En 1948, los demócratas del sur impidieron la aprobación en el Congreso de ese programa, e incluso indignados formaron un Partido de los Derechos de los Estados para oponerse al presidente.

electorales y sus políticas internacionales, mientras que el legislativo era dominado por las tácticas obstruccionistas de los representantes sureños. Frente a ellos, la decisión de la Corte en *Brown* se presentará como una particular reacción de “desbloqueo político” frente a la inercia de los otros poderes.

2. d. Situando a Brown: El activismo de los afro-americanos y la desegregación como objetivo político

Las organizaciones del movimiento por los derechos de los afro-americanos plantearon estrategias y prioridades diversas. A fines de la década de 1940 y comienzos de la de 1950, la desegregación en las escuelas no estaba, sin embargo, entre esas prioridades (Klarman, 2007). Será a raíz de que la *National Association for the Advance of Colored People* (NAACP) iniciara una campaña de litigio en contra de las reglas segregacionistas, que el caso *Brown* llegaría a la Corte. Este hecho es de vital importancia para entender las formas y alcances de la *litis* de *Brown*, y su influencia política.

Algunos líderes de la NAACP, como Walter White y Roy Wilkins, se mostraban fuertemente alineados con las políticas demócratas del *New Deal*. En particular, también estaban comprometidos con el discurso norteamericano en la guerra fría, y por ello empeñados en separar sus reivindicaciones de derechos del lenguaje y del contenido de las reivindicaciones comunistas. Sus demandas se expresaban predominantemente como derechos civiles constitucionales, sin insistir en su traducción en términos de los recientemente sancionados derechos humanos del sistema de la ONU.

Otros activistas, en cambio, como W. E. B. Du Bois, también miembro de la NAACP, Philip Randolph del *National Negro Congress* (NNC) y luego los miembros del *Civil Right Congress* (CRC), adoptaban abiertamente el nuevo lenguaje de los derechos humanos. Hacia fines de la década de 1940, ellos promovían una ofensiva intensa de denuncias en contra de la Administración Federal de Estados Unidos ante la recientemente creada Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Temerariamente, en plena guerra fría, denunciaban ante el mundo la situación de la comunidad negra en los estados del sur.²⁸

²⁸ El 6 de junio de 1946, la NNC presentó una petición ante la oficina general del Secretario de las Naciones Unidas, con un reporte de ocho páginas en el que se indicaban las

Reclamaban la firma de tratados de derechos económicos y sociales, y del tratado contra el genocidio, arriesgándose a ser sindicados de comunistas y traidores.²⁹

En relación a la regulación segregacionista, había una clara disidencia estratégica entre los principales activistas de la comunidad negra. Du Bois, por ejemplo, sostenía que no era la composición racial de las escuelas, los hospitales e incluso los barrios lo que creaba las pésimas condiciones de inferioridad en las que se había sumido la vida de los negros en Norteamérica. Más bien era el afán de los blancos por hacer padecer a las instituciones de los negros de esa terrible escasez de recursos lo que estaba en la raíz del problema. El punto, según Du Bois, no era luchar por un glorioso día en el que desaparezcán todas las instituciones de negros, sino más bien fortalecerlas y confiar en lo que ellas pudieran traer a la comunidad afroamericana.³⁰ En abierta confrontación con Du Bois, Walter White, Director de la NAACP, abogó y consiguió que la NAACP se opusiera a la segregación racial (Ver Anderson, 2003: 32-33).

condiciones de opresión económica, política y social de los afro-americanos. Los apoyos a la petición se hicieron sentir desde los países del Medio Oriente y de la Unión Soviética. Grupos de Bolivia y del oeste de la India, y más de veinte organizaciones en los Estados Unidos, incluida (inicialmente) la NAACP, escribieron a las Naciones Unidas en respaldo a la petición de la NNC.

En 1947, cuando Du Bois (por entonces parte de la NAACP) impulsó la presentación ante la ONU de un reporte más extenso y completo -el que, para algunos, significaría una humillación para el gobierno norteamericano- se generaron serios desacuerdos con otros miembros de la NAACP y el Departamento de Estado Norteamericano. El documento, conocido luego como "*An appeal to the world*", generó un fuerte golpe a la política internacional de los Estados Unidos, y tanta presión sobre la NAACP, que finalmente ésta abandonó su política de lucha en las Naciones Unidas, en contra de las pretensiones de Du Bois. (Anderson, 2003: 79-112)

²⁹ Du Bois fue despedido de la NAACP por su provocadora reivindicación de una política más ofensiva contra la administración federal. En particular, reivindicaba la necesidad de que Estados Unidos firmara tratados de derechos económicos sociales, promovidos centralmente por los países del tercer mundo y por el bloque socialista, contra las pretensiones de la Secretaría de Estado de los Estados Unidos. (Anderson, 2003) Varios activistas de renombre, como Philip Randolph, eran promotores del reconocimiento interno de derechos económicos y sociales para la comunidad negra, conocidos por frases como: "Una comunidad es democrática sólo cuando los débiles y desposeídos pueden gozar de tantos derechos civiles, sociales y económicos como los que poseen los más grandes y poderosos"

³⁰ Du Bois sostenía: "teóricamente, el negro no necesita ni escuelas segregadas, ni escuelas mixtas. Lo que necesita es educación." (W.E.B. Du Bois, 1935: 335)

Entre tanto, los políticos de los estados del sur parecían dispuestos a negociar muchos extremos de las regulaciones *Jim Crow*, excepto la segregación escolar. Ésta constituía un punto respecto al cual los políticos sureños eran inflexibles (Klarman, 2007). Ello no limitaba los avances respecto a otras cuestiones que también interesaban al movimiento negro, como las regulaciones electorales, las relativas al *peonazgo* y a la discriminación laboral. De manera que ciertos objetivos políticos de la comunidad negra, como los relativos a las reivindicaciones sociales y económicas, parecían presentar mejores expectativas en la práctica que los relativos a la segregación institucional.

Otras divergencias estratégicas en el movimiento negro tenían que ver con el uso de las vías institucionales. Mientras la NAACP se había convertido en una organización que privilegiaba la estrategia legal y lideraba las campañas de litigio, otras, como el *Congress for Racial Equality* (CORE), y luego la *Southern Leadership Christian Conference* (SLCC), presidida por Martin Luther King, centraban sus estrategias en las movilizaciones directas y los boicots (Klarman, 2007: capítulo 6).

En materia de litigio, venía siendo particularmente interesante el intento de los trabajadores negros por reivindicar derechos económicos y laborales al amparo de las políticas del *New Deal* en la década de 1940.³¹ Señala Goluboff que “[e]n esta era de inestabilidad y convulsión, el derecho de los derechos civiles apenas se parecía al campo que conocemos ahora. En particular, tanto legos como profesionales del derecho incluían no sólo los derechos con que asociamos el término hoy en día sino también los derechos colectivos a la seguridad, garantizados por el gobierno, y derechos afirmativos a la igualdad económica y material. Los abogados que representaban a los negros trabajadores trataban como cuestiones de derechos civiles tanto a los prejuicios raciales como a los de base laboral y económica, y la responsabilidad por la protección de estos derechos se situaba tanto en el gobierno como en oposición a éste. Su imaginación constitucional fue

³¹ El *New Deal* dio el marco para que las Cortes empezaran a deponer el derecho a contratar que había sido entronizado en la llamada era del caso *Lochner* (1905). Las interferencias legislativas en la economía y la expansión del poder federal recibieron en la era del *New Deal* un fuerte respaldo de las Cortes. Señala Goluboff que las preocupaciones políticas durante la Depresión de la década de 1930 le habían dado apariencia de derechos fundamentales a los derechos colectivos de los trabajadores a organizarse en sindicatos, negociar y efectuar huelgas. (Goluboff, 2007:9)

incluso más heterodoxa: buscaron autoridad constitucional en el imperativo antiesclavista de la enmienda trece y en el debido proceso, tanto como en la cláusula de igual protección de la enmienda catorce” (Goluboff, 2007:5). Esta narrativa de las reivindicaciones muestra una lectura particular de las prioridades políticas y de las causalidades históricas de la opresión, que coloca a las reglas segregacionistas en un plano relegado por el movimiento negro.

Pero como un síntoma de lo que vendría luego, al comenzar la década de 1950, la NNC (denunciante de los Estados Unidos ante la ONU) ya había virtualmente desaparecido, y la CRC estaba fatalmente debilitada. La mayoría de sus miembros eran sospechados de comunistas y obstinadamente perseguidos por las políticas *macarthistas*.³² Esa misma política conseguiría replegar, momentáneamente, a las organizaciones que promovían la estrategia de acción directa en lugar del litigio y las estrategias institucionales (Ver Klarman, 2007: 138-139).

A comienzos de la década de 1950 la administración federal también empezó a retroceder en la adopción de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la ONU, y las reivindicaciones del movimiento negro abandonaron progresivamente ese espacio de denuncia (Ver Anderson, 2003).

La NAACP, por su parte, se fortalecía. Cada vez más alineada con los políticos del *New Deal* y las premisas de la guerra fría, se convirtió en la protagonista de las estrategias legales del movimiento afro americano y de la agenda de los derechos civiles constitucionales. En los 50 empezó a dejar atrás las estrategias de litigio de los 40, vinculadas a los derechos laborales y sociales, y se concentró en desafiar la segregación racial de las instituciones. Ello llevaría, en 1954, a la célebre victoria ante la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown*.

³² Entre 1950 y 1956 el Senador Federal Joseph McCarthy intervino denunciando una conspiración comunista en el mismo seno del Senado. Así se inició un extendido proceso que cubrió a toda la sociedad de acusaciones, denuncias, interrogatorios, procesos irregulares y listas negras contra personas sospechosas de ser comunistas. Periodistas, miembros del gobierno, militares y activistas eran acusados por espionaje soviético o por ser simpatizantes del partido comunista.

Sintomáticamente, la desaparición de la CRC se produce al año siguiente en que *Brown* es decidido. Es también entonces cuando empiezan a diluirse las estrategias de litigio en materia de derechos sociales. Hasta fines de la década de 1950 y comienzos de la década siguiente, las estrategias de acción directa del movimiento negro también disminuirían sustancialmente cediéndole el paso, por algunos años, a las estrategias institucionalistas.³³

En síntesis: Brown se cimienta en un momento en el que se debatía la nueva configuración política del país, respecto a la cual el movimiento negro y sus líderes tenían distintas perspectivas, las que a su vez se reflejaban en diferentes estrategias de reivindicación de sus derechos, y diversos sentidos sobre los ejes del conflicto racial.

Este caso expresará, como ya muchos autores lo han reconocido, el compromiso de una parte del movimiento negro con las políticas de *New Deal* instauradas por los demócratas en la administración ejecutiva (Tushnet, 2004), y el discurso anti comunista de la guerra fría. Es en este último sentido, que la reivindicación de los derechos civiles constitucionales se plantea dejando atrás el lenguaje de los derechos humanos y, en particular, contraponiéndose a los derechos económicos y sociales, los que eran promovidos por la Unión Soviética en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Más aún, *Brown* marca el fin de un rico período de experimentación judicial entre los jueces locales respecto a los derechos sociales de la minoría negra en el marco constitucional norteamericano (Goluboff, 2007).

Por otro lado, el caso marcará un *momentum* en el que la NAACP va a imponer su visión sobre los ejes del debate político dentro del movimiento emancipador negro, poniendo el acento en la desegregación racial de las instituciones y en el litigio como estrategia. Como ya argumenté en el apartado 2.b., la desegregación difícilmente pueda verse como la máxima prioridad política, o la homogénea aspiración del movimiento negro, aunque sí era una de las demandas que enfrentaba la mayor resistencia por parte de los blancos del sur.

³³ “En verdad, a corto plazo, *Brown* pudo haber desalentado las acciones directas de protesta. La enorme victoria de la NAACP ante la Corte alentó a que los negros litigaran, no a que protestaran en las calles. *Brown* también elevó el prestigio de la NAACP entre los negros, y la asociación favoreció el litigio y el *lobby*, no las acciones directas de protesta” (Klarman, 2007: 139)

Ambos aspectos, la heterogénea visión política del movimiento negro respecto a la segregación institucional, por un lado, y la inflexible resistencia a la desegregación de las escuelas entre los blancos del sur, por el otro, serán cuestiones relevantes para explicar las dificultades que el caso encontrará luego, en la instancia de implementación de la decisión de *Brown II* (aunque este no es un asunto que incumbe a este trabajo).

III. La *litis* de *Brown* como marco de definición del caso estructural

Con las precisiones establecidas, es propicio abordar el examen de la decisión judicial propiamente dicha en el caso *Brown*. Éste será un examen que, sensible al contexto, aspira sin embargo a delimitar el marco analítico-jurídico desde el cual identificar a este caso como un caso estructural.

Para empezar, es importante tomar nota de que par alguna doctrina la decisión en *Brown* desobedeció o abandonó la regla fijada en *Plessy*. Esta representación no es del todo exacta, y es necesario volver a examinarla en pos de orientar con claridad el análisis que nos interesa.

Distinguir el campo de aplicación de las reglas dadas en cada uno de esos casos, parece el camino más obvio para empezar. En efecto, la regla de *Plessy* sólo alcanza a la segregación en el servicio de transporte de ferrocarriles, en tanto *Brown* se refiere a la segregación en las escuelas públicas primarias y secundarias. Sin embargo, suele resaltarse el hecho de que la decisión en *Plessy* se había fundado en precedentes de tribunales inferiores que validaban la constitucionalidad de la segregación escolar.³⁴ Aunque ello se dio, si se quiere, en el marco del *obiter dicta* de la decisión, el hecho de que la fundamentación de la regla de *Plessy* esté tan vinculada a la segregación escolar, llevó a algunos a pensar que ella

³⁴ En *Plessy* se citaron varias decisiones de jueces inferiores que habían validado la segregación de las escuelas. Entre ellas, había decisiones referidas a estados donde los derechos de las personas afro descendientes habían sido históricamente más protegidos (*Roberts v. City of Boston*, 5 Cush. 198). Más aún, en *Plessy* se hace uso del argumento de que fue el mismo Congreso Federal el que había dictaminado la segregación en las escuelas del distrito de Columbia (capital del país). ¿Cómo sería posible que el mismo órgano que sancionara la enmienda 14 fuera a dictar una regla como la de “separados pero iguales”, si es que ésta pudiera contradecir la enmienda?

legitimaría también a la segregación en otros ámbitos, entrando así en el campo de aplicación de *Brown*.

Pero la Corte, en el decisorio de *Brown*, se ocupó de descartar esa posibilidad. Subrayó que la cuestión de la “educación pública” en ese momento, 1954, era un asunto diferente a la educación pública a fines del siglo XIX, cuando *Plessy* fue resuelto. Ésta había adquirido una especial importancia en la vida democrática norteamericana, la que no tenía al momento en que la regla “separados pero iguales” cobró legitimidad. En otras palabras, las escuelas públicas de la época de *Plessy* no eran las mismas escuelas sobre las que se decidió *Brown*.

Con este argumento, la Corte empezó a definir los hechos relevantes del caso. Cuál ingeniero de materiales, que empieza a proyectar la estructura de cada ladrillo para conseguir un conjunto específico de propiedades, así la corte moldeó en su evaluación de los hechos cada uno de los elementos relevantes de juicio.

Interesantemente, la transformación que ofrece *Brown* en relación a la evaluación de los hechos supuso algo más. La Corte incluyó un nuevo hecho, o elemento de juicio, en el tratamiento del conflicto segregacionista. Basó su decisión en que la segregación en estas escuelas (de mediados del siglo XX) dañaba la autoestima de los niños negros respecto a su status social, generando en ellos un sentimiento de inferioridad.³⁵ Específicamente, el fallo expresa que “separarlos de los otros [niños] de similar edad y educación sólo a causa de su raza les genera un sentimiento de inferioridad en cuanto a su status en la comunidad que podría afectar sus corazones y sus mentes de una manera difícil de desmontar.” Jerome Brune (2002: 3) reflexiona acerca de las preguntas que se hace la Corte (“¿cómo influye la segregación de los niños negros sobre la imagen que tienen de sí mismos, sobre

³⁵ Señala Katharine T. Bartlett que “El cambio experimentado por el paso de *Plessy v. Ferguson* a *Brown v. Board of Education*, por ejemplo, se basó en la expansión de lo legalmente relevante en los casos de discriminación racial para incluir las experiencias reales de los negros estadounidenses y la inferioridad implícita en la segregación”. Asimismo, la autora explica que esto es propio de un método de razonamiento contextualizado, y que “razonar a partir del contexto puede cambiar las percepciones acerca del mundo, lo cual podría expandir aún más los contextos dentro de los cuales tal razonamiento parece apropiado, lo cual a su turno, podría llevar a cambios aún mayores en las percepciones” (Bartlett, C., 1990-2011:75)

su autoestima, sobre su disposición a aprender?”), y luego concluye: “[E]l paisaje de la conciencia había comenzado a formar parte de la narrativa de la igual protección...” (Brune, J., 2002-3: 79)³⁶

Este particular daño, que algunos definirán como “psicológico”, será el efecto jurídicamente relevante que la Corte ligará causalmente a la práctica regida por la norma “separados pero iguales”. Esto es así, aun cuando ese fenómeno causal sólo se reconozca en el especial marco de las escuelas de mediados del siglo XX, y aunque no resulte clara la existencia de una relación de causalidad eficiente, próxima o adecuada entre la regla segregacionista y el daño declarado. Precisamente, una de las críticas más pertinaces sobre el decisorio fue la debilidad de las evidencias respecto a la relación entre la segregación y el daño psicológico, en especial las referidas en la célebre nota al pie N° 11 del fallo.³⁷ Esta crítica, según la comprendo, se asienta en la lógica causal de los casos bipolares, los que se dirigen, prioritariamente, a la inculpación. Por el contrario, el centro de la atribución causal en los casos estructurales es el agravio, el que puede vincularse a condicio-

³⁶ Brune continúa explicando: “[S]e había producido un enorme cambio *literario*, un “viaje interior” en la narrativa literaria. El problema se había vuelto subjetivo... Durante los años que siguieron al caso *Plessy*, temas subjetivos de este tipo se volvieron el centro de los vigorosos (y afortunados) dramas y relatos de escritores negros muy leídos, como Langston Hughes y Richard Wright, cuyas voces pasaron a formar parte de la tradición literaria estadounidense de autoconciencia y protesta. Ellos describieron con elocuencia lo que debía padecer quien vivía la segregación... Yo di testimonio como *amicus curiae* en el juicio de apelación “Gebhart contra Belton”, Delaware, 1952, que al final llevó a la causa Brown, y mi testimonio versó en todo momento acerca del perjuicio notoriamente provocado al respeto por sí mismos por parte de la segregación escolar, pese a la paridad de financiación. El relato judicial presentado por mí como testigo era un prototipo del género. Había sido “instruido” hasta el último detalle por los capaces abogados de la NAACP *Legal Defense Fund* que dirigían la campaña legal a escala nacional contra la segregación escolar *de jure*... Pero tres años más tarde la Corte suprema emitió su sentencia unánime en el caso “Brown contra el Consejo de Instrucción”, con la famosa nota que citaba los pareceres concordantes de nuestro comité de “testigos expertos” que habíamos participado en los juicios de apelación, que más tarde habían llevado al caso Brown.” (Brune, J., 2002-03, 79,80 y 81)

³⁷ En esta nota se agregaron una serie de estudios de expertos que, antes que resultar convincentes, mostraban la falta de sofisticación de las ciencias sociales de esa época. Objeto de persistentes críticas ha sido un estudio de Kenneth C. Clark, que a través de acercarles muñecas blancas y negras a las niñas negras, intentaba demostrar que la preferencia de éstas por las muñecas blancas indicaba la existencia de un daño a su autoestima.

Los críticos también acusaron a los estudios citados de tener propensiones comunistas. Ver sobre estas críticas Balkin, J., 2001-2002.

nes remotas y hasta múltiples.³⁸ Los criterios de la atribución causal en estos casos responden a directrices correctivas o distributivas, antes que inculpatorias. Jack Balkin señala que el juez “Marchall incluyó la nota al pie N° 11 como parte de su estrategia general de adoptar un tono no-acusatorio. Aparentemente, él creyó que fundamentando su decisión en las ciencias sociales, no parecería comprometido con una condena moral a la segregación en el sur, y fortalecería la autoridad de su decisión.” (Balkin, J, 2001- 02: 51)³⁹ Así, la lógica argumental de la decisión parece dominada por la nota “no adversarial”, propia del carácter de los casos estructurales.

Antes de avanzar sobre el análisis de la *litis* de Brown, vale la pena recordar aquí que, en el caso *Plessy*, a la Corte Suprema le resultó implausible que la regla “separados pero iguales” aplicada en el transporte de ferrocarriles causara el estatus de inferioridad social de los afrodescendientes. Si ese estatus existía en la sociedad norteamericana, dijo la Corte en *Plessy*, tenía causas sociales, y no estaba ligado a la regla legal. Recordemos que ésta fue la racionalidad judicial con la que se validaron todas las regulaciones *Jim Crow*.

Brown no desafía esta valoración causal. Lo que hace es agregar un nuevo elemento: la “percepción” subjetiva que de ese estatus tienen o

³⁸ De manera que si hubiera otras condiciones que contribuyan al agravio (tales como prácticas de humillación a los niños negros) ellas no excluirían la atribución causal que señala la Corte. En todo caso, podrían imbricarse con ellas en el polo activo de la relación causal. Esto no sucedió, claro, porque la Corte no juzgó prácticas que no fueran *de iure* o regladas. La causalidad estructural en este caso sólo imbricó aquellas prácticas que respondían a la regla segregacionista; prácticas que, por otro lado, eran determinadas por reglas locales.

³⁹ Más allá de cuáles hayan sido las motivaciones íntimas de los jueces de la Corte (asunto difícil de determinar), no hay dudas de que en el centro del relato del decisorio, la explicación causal fue el daño/resultado sufrido por los niños negros. Esto muestra un rasgo propio del litigio estructural: su foco en el agravio (el que, muchas veces, es explicación suficiente de la existencia de un hecho dañoso).

En cambio, el carácter de las conductas o de las prácticas a las que se atribuye ese agravio (su intencionalidad, carácter prejuicioso, abusivo, etc.) no tiene relevancia en la determinación causal.

Resulta particularmente interesante la perspectiva de Katherin Mackinon referida en el mismo texto de Balkin que fue citado. Para la autora la segregación es un daño en sí mismo. Los daños a los niños negros sobre los cuales los expertos testificaron en el caso (Ver nota 35), son sólo una medida de los efectos de la subordinación. Usar la ley para tratar a la gente como parte de un nivel inferior de la humanidad es un daño en sí mismo. El punto no es lo que los niños sienten, sino que sus sentimientos son un síntoma del daño que les fue causado.

tendrán los niños negros a partir de ser educados en escuelas separadas. Se refiere al daño a la autoestima (subjetivo), y no al impacto de la regla segregacionista en la situación social objetiva de inferioridad de la comunidad afro-descendiente. Éste ya es otro indicio de que no habrá un apartamiento explícito de la racionalidad judicial que dominó el período *Jim Crow*.

Podemos aclarar esta afirmación, haciendo la siguiente reconstrucción analítica:

A^1 es una *práctica social* reglada (segregación escolar según ley estatal)

A^2 es una *práctica social* independiente de cualquier regla (tratamiento social/sistemático opresivo o de inferioridad hacia los negros)

S^1 es la percepción subjetiva por parte de los niños negros de su inferioridad

S^2 es la inferioridad de la que objetivamente son víctimas los negros en la sociedad.

Entonces:

Para *Plessy* A^1 **no** causa S^2 , porque S^2 es causada de manera inmediata por A^2 , sobre la cual los jueces no tienen competencia en tanto *práctica de facto*.

Para *Brown*, en cambio, A^1 causa S^1 .

Ahora bien, si S^1 estuviera también determinado causalmente por A^2 (como el sentido común lo indica), **no** es un asunto que haya sido considerado en *Brown*.

Las prácticas no regladas no han sido parte del juicio causal, sólo las prácticas institucionales. En este sentido, *Brown* no desafía la regla implícita en *Plessy*, del "NO juzgamiento de prácticas *de facto*".

Avanzando en el análisis de la decisión, obsérvese que el relato causal sobre el que se juzga *Brown* tiene una implicancia peculiar: supone la expansión del alcance o el terreno de lo justiciable. En efecto, se extiende la competencia de los jueces sobre prácticas o situaciones sociales que hasta ese momento se tenían por legítimas: aquellas regidas por las reglas escolares segregacionistas.

El nuevo relato del conflicto encadena una práctica *ex ante* legítima, en este caso estructurada por una regla oficial (la regla de segregación racial en el ingreso escolar), con ciertas consecuencias dañosas que hasta ese momento no tenían relevancia jurídica (el sentimiento de inferioridad de

los niños negros). Como resultado, los magistrados extienden sus competencias sobre prácticas *ex ante*, fuera de su alcance.

El fenómeno de la expansión de lo justiciable se nos presenta, entonces, como el resultado de cierta composición del relato judicial sobre el conflicto. De ese modo, nos hallamos frente a una composición que incluye nuevos elementos de juicio,⁴⁰ y un relato causal centrado en un agravio que imbrica, en el polo activo de la relación, prácticas segregacionistas regladas, y en el polo pasivo, al particular interés de los niños negros en asistir a escuelas que no estén segregadas. Esta composición es similar a la labor de un arquitecto, quien, organizando la disposición de los ladrillos, avanza la obra sobre nuevos espacios.

Si estamos de acuerdo en esto, debemos acordar en que *Plessy* pudo haberse visto como un caso estructural sólo desde la perspectiva de los demandantes, o de un cientista social, pero no desde lo establecido en la *litis* judicial. Efectivamente, al momento de definir la *litis* de *Plessy* los jueces de la Corte negaron que la regla “separados pero iguales”, o la práctica que dicha regla estructura, estuviera conectada causalmente con la situación de “inferioridad estructural en la sociedad de los negros.” Se negó cualquier afectación o causalidad. En este sentido, al legitimar la práctica, y negar relaciones causales estructurales, las fronteras de lo justiciable se mantuvieron en su lugar.

⁴⁰ No es nueva la advertencia de que dar relevancia jurídica a ciertos elementos de juicio es una actividad típica del proceso de interpretación judicial, y que esos elementos de juicios encadenados o no en un relato causal, serán la base de la *litis* judicial sobre la cual se toma la decisión. Hasta aquí *no hay nada nuevo bajo el sol*. Sin embargo, es necesario insistir en este punto, ya que el planteo puede percibirse como contra-intuitivo desde ciertas concepciones disciplinares de la *litis* judicial.

Los abogados litigantes, por ejemplo, solemos describir a la *litis judicial* como la confrontación de dos relatos del conflicto opuestos (el del demandante y el demandado), los que quedan “trabados” o confrontados ante los ojos del juzgador. Esta presentación de la *litis* presupone que el juez, para poder decidir, tenga que negar o adjudicar relevancia a los elementos de juicio propuestos por uno u otro relato.

Lo que esta representación forense de la *litis* enturbia, empero, es que al hacer esto el juzgador reconstruye evaluativamente los relatos posibles, y genera uno nuevo: el de la *litis* judicial. Esta última ya es un relato del conflicto cargado del juicio evaluativo del juzgador. En otras palabras, en la *litis* judicial el juez perfila su propio relato del conflicto, explicado por causalidades o por la inexistencia de causalidades que darán base al silogismo de su decisión.

Para el jurista, la única *litis* o reconstrucción del conflicto relevante es la que da el juez en sus sentencias, es decir, el producto interpretativo y evaluativo del juzgador. Se desestiman, así, aquellas construcciones propuestas por las partes, o las percibidas por los terceros observadores o involucrados en el conflicto. Profundizaré, en lo que sigue, sobre estas aserciones.

Obsérvese que la definición del conflicto judicial o *litis* cumple una función tan central en la determinación de los límites de la competencia judicial, como la que cumplen las reglas que se aplican para decidir ese conflicto. Aun así, el foco de análisis jurídico tradicional está obsesionado con estas últimas (las reglas), las que tienden a asumir a la *litis* como una cuestión dada. En este trabajo, en cambio, pretendo resaltar todas las veces que sea posible, las evidencias que demuestran que sólo pueden entenderse los casos estructurales si se advierte que la construcción de la *litis* no es un hecho dado, sino el producto de una actividad compleja de los jueces. Esa actividad da relevancia jurídica a ciertos elementos, los que aparecen estructuralmente imbricados en los polos de la relación jurídica. Con ello se consigue, como efecto inmediato, extender sus competencias sobre áreas de la realidad que hasta este momento se encontraban fuera de su alcance.

Aunque la definición que acabo de ofrecer no esclarece totalmente de qué se trata el caso estructural, sí suma, entiendo, un significado más concreto al examen analítico del capítulo anterior. Sobre todo, aporta claridad respecto al marco desde el que voy a reflexionar de ahora en más.

3. a. Escrutando la *litis* de Brown: De las *litis* plausibles a la *litis* judicial

Para avanzar en el examen del fallo *Brown*, se hace necesario advertir que la *litis* del caso fue producto de una decisión selectiva. En efecto, la Corte Norteamericana eligió el relato causal del caso *Brown* entre otros relatos (algunos plausibles, y otros que incluso habían sido judicialmente acreditados en las instancias inferiores). Pudo haber decidido sobre la base de una *litis* mucho más ambiciosa, o en base a una bastante más acotada, con consecuencias diferentes en cada caso, las que resulta particularmente relevante registrar aquí.

3. a. i. Una *litis* más amplia

Una *litis* realmente ambiciosa, pero no por ello menos acorde con las pretensiones de los demandantes, hubiera conectado el daño causado a la autoestima o, incluso, al estatus de inferioridad de todas las personas afrodescendientes, con cualquier regla segregacionista (en cualquier ámbito de aplicación). Se trataría de un relato causal que no se circunscribiría a las

particularidades de la escuela pública en ese momento histórico, ni al daño psicológico sufrido por los niños negros. Reflejaría, en cambio, los lazos de la regla “separados pero iguales” con la situación de inferioridad social que denunciaba la comunidad negra desde hacía tiempo.

Muchos comentaristas del caso parecieran creer que éste fue el verdadero conflicto resuelto en *Brown*, o al menos el fundamento de la decisión. Algunos, incluso, critican los efectos de la sentencia como si la Corte hubiera “fracasado” en su intento de remediar la cuestión de la segregación racial en la sociedad norteamericana. Pero lo cierto es que ésta no fue la *litis* de *Brown*.

La principal razón para descartar esta *litis* parece conectarse con el intento de evitar contradecir abiertamente el precedente en *Plessy* (gestado en el período histórico anterior). Al declarar la nulidad de la regla “separados pero iguales” con prescindencia de su campo de aplicación, no sólo hubiera confrontado abiertamente con el precedente *Plessy*, sino que -muy probablemente- la decisión hubiera involucrado un examen de “los motivos de la regulación”, lo que había quedado expresamente excluido en la racionalidad judicial que se impuso durante el período *Jim Crow*.

Si ésta es una explicación plausible de la selección de la *litis* en *Brown*, quedaría claro que la representación o instauración judicial de los conflictos está internamente determinada por reglas y principios que rigen la racionalidad judicial de los precedentes. Es decir, que el conflicto judicial no se define sólo por las nuevas percepciones contextuales del juzgador (Ver Bartlett en nota 34), las estratégicas pretensiones de las partes o los modernos argumentos presentados en el proceso (Ver Brune en nota 35). Además de todo ello, hay razones normativas (como, por ejemplo, la obediencia a los precedentes) que influirán de manera relevante en la composición de la *litis* sobre la cual finalmente se decide.⁴¹ Así, la definición del conflicto también aparece cir-

⁴¹ Tradicionalmente se ha entendido que la regla del *stare decisis* constriñe la decisión judicial sobre ciertos hechos. Se asume que el conflicto, o la *litis*, es una externalidad que es “resuelta” con la aplicación de una regla jurídica (legal o judicial) pensada ex ante cuando se presenta de forma repetida (o análoga).

Lo que se plantea aquí es una perspectiva diferente. La regla judicial del precedente también influye en la construcción de la *litis*, a la que se ve ya no como una externalidad, sino como el resultado de la acción evaluativa-performativa de los jueces.

cunstanciada por las exigencias que derivan de la dinámica interna del proceso de coordinación institucional en el poder judicial.⁴²

3. a. ii. Una *litis* más restringida

La Corte, a su vez, pudo haber optado por una *litis* más discreta que la que efectivamente juzgó. La invalidez de la regla “separados pero iguales”, en lugar de ligarse causalmente al daño simbólico o psicológico sufrido por los niños negros, pudo derivarse de las meras condiciones materiales inferiores en las que se encontraban las escuelas para niños negros, en comparación con las escuelas para niños blancos. De esa forma, muchas escuelas segregadas -pero con condiciones materiales similares- hubieran quedado fuera del campo de aplicación de la decisión de *Brown*.

En una *litis* más restringida como ésta, el daño relevante sería el de recibir una educación inferior de acuerdo a indicadores comparativos concretos, tales como currículo, tiempo de profesor por alumno, salarios, condiciones edilicias, etc. No sería necesario, entonces, invalidar la aplicación de la regla “separados pero iguales,” sino sólo invocar la segunda parte de la regla, la condición: “pero iguales.”

Los cuatro casos que llegaron a la corte y que se acumularon bajo la carátula de *Brown*, lo hicieron con una *litis* discreta como la que se acaba de describir. Por eso llama singularmente la atención que la Corte haya descartado esta particular alternativa de *litis*, y decidido en base a una versión o sentido del conflicto totalmente diferente.

En el caso contra el estado de Delaware,⁴³ por ejemplo, los demandantes eran niños negros de la escuela primaria y secundaria residiendo en el con-

⁴² Feeley advierte que en el marco del derecho norteamericano “[l]os jueces son miembros de instituciones, lo que significa que ellos interactúan y son constreñidos por otros jueces. Cada juez individual tiene conciencia de que la justicia como un todo, y no sus miembros individuales tomados uno a uno, es el lugar apropiado para el funcionamiento del estado de derecho” (Feeley M. & Rubin E., 1997-2000: 244). (la negrita es propia) “... [L]a creación doctrinal judicial, lejos de ser una creación judicial sin trabas, está inherentemente constreñida. Los jueces entienden esto intuitivamente, como parte de su experiencia personal en sus posiciones [roles]....” (Feeley M. & Rubin E., 1997-2000: 245)

En un sentido análogo y más detallado que al que aquí refiero, Duncan Kennedy escribe los extremos determinantes de la fenomenología de la decisión judicial. Ver Keneedy, D, 1986-1999.

⁴³ Gebhart (1952)

dado de New Castle. La Corte de Equidad de Delaware ordenó su inmediata admisión en escuelas destinadas exclusivamente para niños blancos, sobre la base de que las escuelas para afro-americanos *eran inferiores* en relación al entrenamiento de los maestros, el porcentaje de maestros por alumno, actividades extracurriculares, instalaciones, distancia y tiempo que tomaba a los niños llegar al establecimiento. La *litis* no confrontaba a los intereses de los niños negros con las escuelas segregadas, sino con escuelas con recursos inferiores. La Suprema Corte de Delaware, por su parte, confirmó la decisión, y estableció que los demandados podrían obtener una revisión de ese decreto después de equiparar las escuelas de negros y blancos. De forma tal que la única razón por la cual el caso de Delaware llegó a la Corte Suprema y se acumuló bajo la carátula de *Brown*, fue porque la demandante buscaba un *certiorati*, reclamando una orden de inmediata admisión de los niños negros a la escuela de blancos, lo que la Corte del Estado no había otorgado. La Corte Suprema lo concedió inmediatamente, y ese caso se cerró con la plena conformidad de los demandantes. (Ver nota 1 del fallo en *Brown*)

En otros dos casos acumulados bajo la carátula de *Brown*, la *litis* era similar a Delaware, aunque el remedio fue diferente. Tanto en el caso de Virginia (*Davis v. County School Board*) como en el caso de Carolina del Sur (*Briggs v. Elliot*) los jueces también encontraron que las escuelas de los niños negros eran inferiores a las escuelas de los niños blancos. Ése fue el agrávio relevante para aceptar las demandas. Sin embargo, los jueces locales rechazaron el pedido de admisión de niños negros en las escuelas de blancos y, en cambio, ordenaron remediar la situación a través de programas de equiparación de las escuelas.⁴⁴ En fin, los casos de Delaware, Virginia y Carolina del Sur plantearon la misma *litis* judicial (en adelante la *litis DVC*), en la que NO se invalidaba la regla “separados pero iguales” para las escuelas públicas, sino que el conflicto se planteó a partir de los términos fácticos de la aplicación de la regla. Si las escuelas no tenían iguales condiciones y recursos, se estaba violando precisamente la regla que *Brown* va a invalidar.⁴⁵

⁴⁴ En el caso de Virginia, por ejemplo, se ordenó que de inmediato se provea un currículum y transporte sustancialmente iguales, y que “con una razonable diligencia se remuevan las desigualdades en las instalaciones edilicias”.

⁴⁵ Esta es la misma *litis* que se venía planteando en relación a las universidades. El 5 de junio de 1950 la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que instituciones públicas de nivel superior no pueden proveer un tratamiento diferente a los estudiantes sólo a causa de su

Sugerentemente, las órdenes remediales en los tres casos mencionados (DVC), prototipos del litigio al comienzo de la segunda reconstrucción, tenían un contenido económico. Suponían que el estado local, si deseaba sostener la regla de segregación escolar, debía invertir en las escuelas de los negros para equipararlas a la de los niños blancos, o bien permitir el ingreso de niños negros a las escuelas de los blancos hasta tanto se equiparen las condiciones de sendas instituciones. La orden de *Brown*, en contraste, significaba la simple eliminación de restricciones raciales en la admisión a cualquier escuela: la desegregación.

En este sentido, *Brown* se traduce en una regla civil dirigida a la política de acceso, desafiando patrones culturales locales. En tanto, la *litis DVC* se traduce en una demanda económica dirigida primariamente a los estados que querían sostener la regla civil de la segregación.

Ahora bien, hay ciertos rasgos de la *litis DVC* sobre los cuales es crucial enfocar nuestra reflexión. Peculiarmente, *DVC* calificaba de *daño* a una “situación estructural de hecho” (las escuelas para negros eran inferiores a las de los blancos). De ese modo, la violación a partir de la que se configura dicha *litis* no requeriría ni una explicación causal completa, ni la identificación de una causa fuente de la situación dañosa. Bastaba calificar esa situación como antijurídica *per se*, ya que el “hecho” y el “agravio” se asimilen. No sería necesario identificar las reglas oficiales que la estructuraron (si tal cosa hubiera ocurrido). Estaríamos, entonces, ante una típica violación estructural *de facto*, respecto de la cual los jueces de la era *Jim Crow* se declaraban incompetentes, mientras que los de la segunda reconstrucción habían empezado a juzgar.

Puede notarse que la *litis DVC* se acercaba sugerentemente al reconocimiento de un derecho económico social de la comunidad negra o, al menos,

raza, porque los estaría privando de su derecho a la igual protección de acuerdo a la enmienda 14 (*McLaurin v. Oklahoma State Regents*).

A pesar de las apariencias, éste fue un caso que no invalidó la regla “separados pero iguales”, sino que la reafirmó, al igual que la *litis DVC*. George McLaurin, quien ya tenía un Master en Educación, no pudo ingresar a la Universidad de Oklahoma para hacer su Doctorado en Educación, porque en ese momento el Estado de Oklahoma prohibía a las instituciones educativas educar juntos a blancos y negros. La Corte encontró que la inacción del Estado en proveer establecimientos separados para negros (educación separada *pero igual*), habilitaba a McLaurin a ingresar en esa universidad. Ésta finalmente admitió a McLaurin, pero le proveyó de espacios separados, incluyendo una mesa especial en la cafetería, un escritorio designado en la biblioteca, y un escritorio justo fuera de la puerta de entrada a la clase.

a una formulación llamativamente sustantiva de la regla constitucional de igualdad ante la ley. La representación de esta *litis* era, ciertamente, congruente con el tipo de reclamos y litigios que el movimiento negro de la década de 1940 había emprendido en materia laboral, antidiscriminatoria y anti explotación.

Más aún, hay datos que sugieren que la demanda *DVC* era bastante más auténtica, o al menos más fiel a los intereses de los demandantes. Por ejemplo, Klarman relata que el caso de Virginia surgió de una huelga de jóvenes militantes negros que denunciaban las condiciones inequitativas y la sobrepoblación en sus escuelas, y no la segregación. Termina el relato explicando que la NAACP trató de disuadir a los estudiantes de continuar con esas acciones de boicot, y cuando fue evidente que “los estudiantes no serían disuadidos...la asociación de abogados acordó presentar una demanda, sólo bajo la condición de que los estudiantes y sus padres ataquen directamente a la segregación, la que no había estado en su intención inicial. El caso se convirtió en uno de los cinco casos consolidados que pasaron a la historia como *Brown v. Board of Education*” (Klarman, 2007, 55) (la traducción es propia).

Peculiarmente, el conflicto según la perspectiva de los involucrados y de los jueces locales fue redefinido primero por la intervención de los abogados de la NAACP, y luego por la Corte Suprema (En un apartado posterior se reflexionará, en particular, sobre la cuestión de la “autenticidad” de la *litis* que aquí se está introduciendo).

Es interesante observar que una *litis* como *DVC* era el paradójico horizonte de la *litis* de *Plessy*. Ella traducía, por un lado, el espíritu con el que la jurisprudencia de la era *Jim Crow* había acomodado las reglas segregacionistas a las normas constitucionales, a la vez que reflejaba la reivindicación de la no subordinación económica de la comunidad afro-descendiente (Ver arriba parágrafo 2.d). Significaba, por otro lado, cierta deferencia a la expresión cultural y política de los gobiernos locales que defendían acérrimamente la segregación escolar, a la vez que representaba con bastante fidelidad las reivindicaciones de varios de los líderes negros de ese momento, como E.E. Du Bois; líderes que proyectaban el fortalecimiento de la comunidad negra desde sus propias escuelas, aunque con más y suficientes recursos.⁴⁶

⁴⁶ Ver, más arriba, la posición de Du Bois al respecto (Ver 2.d)

Hubo todavía un caso más entre los que llegaron a la Corte Suprema y se acumularon bajo la decisión conocida como *Brown*. Se trataba del caso contra el estado de Kansas. La *litis* aquí era en apariencia similar a la de *Brown*, pero en realidad la fisonomía del conflicto era la misma que la de la *litis* en *DVC*.

A diferencia de los otros tres casos acumulados, en Kansas la segregación no era obligatoria sino que sólo estaba permitida. El condado de Topeka, actuando en el marco de esa permisión, había adoptado la regla de segregar. Por ello fue demandado en el caso *Brown v. Board of Education* (dando el nombre bajo el cual se acumularon los demás casos ante la Corte Suprema). Los jueces del estado advirtieron que si bien la segregación en sí tenía efectos perjudiciales sobre los niños negros, en los hechos, las escuelas eran sustancialmente iguales en materia de transporte, edificios, currículo y calificación de los maestros. En definitiva, a juzgar por esas características, y en el entendimiento explícito de que los otros supuestos perjuicios a los niños negros no eran elementos relevantes para invalidar la regla, rechazaron la demanda.

Puede notarse que la *litis* de Kansas es similar en un sentido importante a la de *DVC*, ya que no da relevancia jurídica a otro tipo de daños a los niños negros que no sean aquellos que devienen de efectivas prestaciones educativas desiguales. En esa lógica, cuando las escuelas son iguales, no hay razón para aceptar demandas. Si la Corte hubiera adoptado esa *litis*, el Estado de Kansas no hubiera sido condenado y continuaría con su regla permisiva de la segregación.

En síntesis: Queda claro que la Corte reevaluó los elementos de juicio de las *litis* que llegaron ante sus estrados, y redefinió el relato del conflicto sobre el que decidió. Adjudicó relevancia jurídica a perjuicios psíquicos a los niños negros (que en los otros casos no eran considerados parte del conflicto legal) y no evaluó las condiciones de desigualdad material o *de facto* de las escuelas (que sí fueron consideradas en las decisiones *DVCK*).

Generó, en consecuencia, una causalidad diferente que encadenó ciertos hechos (los perjuicios psíquicos a un grupo de niños) con una práctica estructurada por la regla “separados pero iguales”, de manera difusa y fundada en cuestionados estudios y testimonios de expertos. Esta representación causal, antes que un error de fundamentación, es la confirmación, desde la perspectiva de este trabajo, de varios de los rasgos propios de la

causalidad estructural: entre ellos, la asimilación entre el hecho dañoso y el agravio mismo, el abandono de la inculpación, y la preeminencia de criterios correctivos o distributivos en la atribución causal. Así se invalidaron prácticas fundadas en una regla civil segregacionista, en lugar de reafirmar la segunda parte de esa regla (en lo referente a la igualdad de condiciones materiales o *de facto* en las escuelas).

Sobre el sendero de la *litis* de *Brown*, la Corte expandió el terreno de lo justiciable a todos los casos en que las escuelas estuvieran segregadas (sin distinguir según condiciones materiales). La *litis* sobre la que decidió la Corte fue, entonces, más amplia que la de los casos *DVCK* que la motivaron. Su configuración, estratégicamente, evitó juzgar la constitucionalidad de violaciones *de facto* y, en cambio, se fundó en violaciones *de iure*; es decir que juzgó prácticas fundadas en reglas oficiales. Con ello, paradójicamente, reafirmó la racionalidad judicial conservadora de la era *Jim Crow*.

El análisis, hasta aquí, se acerca a los horizontes políticos que ofrecen las distintas *litis* que podrían haber dado forma al caso *Brown*. En el apartado que sigue voy a profundizar en la exploración de esta particular funcionalidad de la *litis*.

3. b. Escrutando la *litis* de *Brown*: *La litis como frontera de lo judicial*

Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos opta por una *litis* diferente a la de las cortes de los estados de Delaware, Virginia, Carolina del Sur y Kansas (*DVCK*), deja atrás dos horizontes de litigio que vale la pena subrayar aquí:

a. Un horizonte de reivindicaciones judiciales (en términos de derechos) con un contenido primordialmente económico, que se hubiera concentrado en la “equiparación material” de las escuelas, y/o instituciones segregadas.

b. Un horizonte de decisiones que juzguen situaciones o condiciones de hecho NO articuladas/estructuradas por reglas, pero que pueden ser vistas *per se* cómo violatorias de reglas (las llamadas violaciones sociales *de facto*, cuya judicialización solía descartarse durante el período *Jim Crow*).

El argumento, aquí, es que la decisión por un formato de *litis* en lugar de otro involucró decisiones sobre el alcance de la competencia judicial, e implicó ejemplificar cuáles serían las “formas” del conflicto racial que tendrían asegurado el acceso a la justicia norteamericana.

Desde la perspectiva forense, o de los abogados, implica que esas formas serán una guía ineludible acerca de cómo vestir un conflicto para que sea potencialmente justiciable. Buena parte de los límites y alcances de la competencia judicial se construyen, en los hechos, en un ciclo coordinado entre los abogados que visten los conflictos conforme al modo en que son reconocidos por la racionalidad judicial, por un lado, y los jueces que construyen e instauran la *litis* en operaciones de ajuste de los hechos, en orden a respetar los precedentes, por otro.

En relación a esto último, la *litis* de *Brown* significó también el afianzamiento de ciertos principios de la dogmática legal norteamericana, y fortaleció distinciones que históricamente venían apareciendo como medulares para la racionalidad judicial más conservadora. Me refiero a la distinción entre violaciones sociales *de facto* y *de iure*, cuyos vínculos con la distinción entre derechos positivos y negativos, y la consecuente idea de no justiciabilidad de derechos de contenido socioeconómico, es bastante clara. Si bien esas distinciones e ideas no se impusieron de forma homogénea en todos los campos del litigio público en ese país, ni en todas las jurisdicciones,⁴⁷ probablemente sí tuvieron que ver, como lo sugiere Goluboff, con la interrupción de un período de experimentación en la interpretación constitucional en materia racial. Me refiero a la experimentación sobre formas de pensar la cláusula de igualdad y la cláusula antiesclavista con un contenido material y/o económico en relación a la raza, y

⁴⁷ Muchas de las constituciones de los estados locales escapan a esta racionalidad a través del reconocimiento de derechos con claro contenido económico. El litigio en materia de financiamiento público de escuelas en algunos casos ha venido teniendo efectos. Neil Williams señala que “algunos litigantes recientemente han preservado el espíritu de *Brown*, al buscar que se declare que la disparidad en el financiamiento de las escuelas de distrito dentro de un particular estado violaba la Constitución del estado. Mientras que el litigio ha sido exitoso en estados como New York, la Corte Suprema de Illinois se rehusó a reconocer que los alumnos de las escuelas tuvieran un derecho jurídicamente exigible a una educación de calidad bajo la Constitución de Illinois. La necesidad de recurrir a argumentos basados en la Constitución de los estados surgió debido a dos decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos. En *San Antonio Independent School District v. Rodríguez*, la Corte Suprema se negó a reconocer los recursos como una categoría sospechosa en el marco de la enmienda 14 de la Constitución Federal.” (Williams, N. G., 2004: 30-31)

las consecuentes demandas judiciales colectivas que se llevaron adelante en la década de 1940 (Goluboff, 2007). Ciertamente es aquí es donde encontramos una diferencia saliente -de la que es necesario dar cuenta- entre la racionalidad de litigio estructural norteamericano, y la argentina.

En el cuadro que sigue se esquematizan comparativamente algunas de las observaciones registradas hasta aquí.

Variaciones en los Rasgos de la Racionalidad Judicial en Materia Racial

Era Jim Crow (1877- 1930)	Inicio segunda Reconstrucción (40´)	Brown (50´)
Validez de la regla (y la práctica) “separados pero iguales” en cualquier ámbito de aplicación.	Validez de la regla (y la práctica) “separados pero iguales” en cualquier ámbito de aplicación.	Invalidez de la regla “separados pero iguales” en las escuelas.
Distinción entre violaciones sociales <i>de iure</i> y <i>de facto</i> . Incompetencia judicial para juzgar violaciones de <i>facto</i> .	Competencia para juzgar violaciones sociales de <i>facto</i> (<i>litis DVCK</i>) y <i>de iure</i> . Irrelevancia de la distinción.	Competencia judicial para juzgar violaciones sociales <i>de iure</i> .
Sin remedios judiciales para las prácticas de opresión racial.	Remedios de contenido socio económico para las prácticas de opresión racial.	Remedio de contenido civil contra la regulación segregacionista.
Inexistencia de relación causal entre prácticas estructuradas por normas, y la “situación” de inferioridad de la comunidad negra (<i>Plessy</i>)	La “situación” antijurídica de falta de igualdad material configura el agravio (<i>litis DVCK</i>).	Existencia de relación causal entre la práctica reglada y el daño psicológico de niños.

3. c. Escrutando la *litis* de Brown: ¿La autenticidad del conflicto?

El hecho de que la decisión que toma la Corte haya descartado de manera exitosa otros relatos igualmente plausibles de lo que estaba en disputa, resulta un dato que desnuda la función *performativa* desde la que se construye la *litis judicial*; es decir, la función de instaurar, apoyada en la fuerza simbólica del lenguaje del derecho, un sentido del relato acerca de *qué se trata el conflicto*.⁴⁸ Por otro lado, la decisión

⁴⁸ La concepción de performatividad a la que suscribo es aquella primariamente postulada por Austin J. L., 1955-1962, en cuanto instauración de sentido, pero en particular a la

de la NAACP de demandar en contra de la segregación en las escuelas (negociando, por ejemplo, con los jóvenes de Virginia), es un dato elocuente sobre la conocida influencia de los abogados activistas en la construcción del relato judicial de los conflictos sociales, es decir, sobre su contribución en la función performativa referida.⁴⁹ Allí también puede observarse la instauración del conflicto como producto de una construcción hermenéutica que se da dentro del proceso judicial. De lo que hablamos, entonces, es de una *performatividad* judicial de los conflictos, la que tiene una de sus instancias cruciales en la decisión del juez acerca de la *litis*.

Desde un ángulo crítico, ambas circunstancias parecieran descalificar la capacidad del proceso judicial para “representar” el auténtico conflicto (si tal cosa existiese y, en tal caso, si tuviera relevancia). En suma, denotarían su capacidad epistémica. Más aún, estos datos revelarían que los involucrados originalmente en la disputa judicial renunciaron a aquello que realmente les interesaba, o a su versión del conflicto, para hacerlo justificable. De forma tal que la versión final de ese conflicto es, en buena medida,

de Lyotard, 1979 -1991, como proceso de legitimación (esta última postura está claramente vinculada a la concepción wittgensteiniana del campo social como un entramado de juegos de lenguaje).

Cuando hablo de un enunciado performativo quiero significar, centralmente, un enunciado que tiene el efecto de instaurar un sentido que “no será tema de discusión ni de verificación para el destinatario, el que se encuentra inmediatamente situado en el nuevo contexto así creado” (Lyotard, 1979-1991:11). La acción lingüística, planteada en los términos pragmáticos de Austin, es un medio para instaurar una entidad antes inexistente. Esa entidad, en el caso aquí analizado, sería el “conflicto” que se resuelve, como hecho dominante de sentido.

Por otro lado, la noción de performatividad que postulo también supone un proceso de legitimación. En cuanto acto que se refiere a una entidad que él mismo emisor constituye, su reflexividad es innegablemente atravesada por el poder de quien lo emite, y por ello es también una forma de validación. En otras palabras, la enunciación del conflicto es verdad porque la autoridad (el juez) la produce. Ésta es una forma de legitimidad puramente instaurativa, en tanto se construye desde lo puramente discursivo institucional (Aguilar, H., 2004, 2007).

Finalmente, y desde la perspectiva de los actores procesales y los jueces, en cuanto sujeto que desempeñan esa performatividad, entiendo que ésta es también una forma de auto legitimación, afirmación y construcción de identidad. “Y, como tal, una instrumento político al servicio de un grupo de personas que sume su condición precisamente desde esa performatividad.” (Aguilar, H., 2004-2007)

⁴⁹ En este sentido también ver más arriba la nota 34, en la que Jerome Brune, en cuanto testigo experto en la causa, describe la forma en que había sido “instruido hasta el último detalle” por los abogados de la NAACP que dirigían la campaña legal a escala nacional contra la segregación escolar. El objetivo era acreditar el daño psicológico que le causaba a los niños negros la segregación escolar.

producto de un acto lingüístico de instauración de sentido, ligado, aunque no totalmente determinado, por el debate procesal.⁵⁰

En respuesta a esta mirada crítica, basta reconocer que ésta es una característica general y suficientemente acreditada del derecho. En cuanto discurso público, el derecho exige traducciones y ajustes en los que se disimulan buena parte de las razones privadas que motorizan los conflictos, en pos de que sean las razones públicas las que primen. Los abogados cumplen inicialmente ese rol de traductores. En casos estructurales como *Brown*, donde los intereses individuales aparecen imbricados a través de su colectivización, esta característica del derecho se expone en una dimensión inusual. La función *performativa* (tanto de los abogados como de los jueces) queda al desnudo, y se nos presenta como la instauración de un sentido oficial del conflicto, eminentemente libre de la versión, la pasión, y el interés de los involucrados.

En efecto, en lugar de pensar que los abogados de la NAACP “expropiaron” el relato del problema a sus clientes, tendemos a pensar que los últimos aceptaron que sus intereses sean versionados como fragmentos de un relato más general. En definitiva, los “representados” aceptaron ser parte de un colectivo con un objetivo común que da un sentido diferente a su interés individual, pero que en cierta forma lo contempla, lo contiene, o lo potencia.

De la misma forma, en lugar de ver a la *performatividad* judicial como un acto de “imperialismo oficial” sobre el “auténtico” relato del conflicto (el de sus actores, por ejemplo), tendemos a verla como una forma de tratar a la disputa ante sus estrados. Una forma que se niega a evaluar esa disputa como la mera expresión de caprichosos intereses particulares enfrentados, sobre los cuales es necesario arbitrar. Se los

⁵⁰ Ricardo Caracciolo me ha señalado que la instauración de un sentido del conflicto no supone la negación de la existencia de los hechos. Todavía hay un espacio de representación de verdad o falsedad, en el sentido epistémico, al que esta construcción de sentido no escapa del todo. Quizá mi visión epistémica esté influenciada por el último Wittgenstein, y su propuesta de la relación cíclica entre lenguaje y hechos. En efecto, no estoy negando genéricamente la existencia de hechos, cuya verdad o falsedad todavía puede probarse. Lo que hago, es sencillamente exponer la relación cíclica de esos hechos con el lenguaje judicial, y la particular entidad que ellos asumen en el proceso de composición de sentido del conflicto judicial.

trata, en cambio, como la expresión de la amenaza a un interés común y público, superior al de los litigantes.

Owen Fiss supo ilustrar esta idea, que domina nuestras intuiciones jurídicas, señalando que la decisión judicial es un “proceso social por el cual los jueces le dan significado a nuestros valores públicos.” (Fiss, O., 1979: 2). Los jueces no son árbitros entre desenfadados contrincantes que postulan sus visiones parciales (y eventualmente egoístas), sino los catalizadores de los valores sociales.

Lo que la perspectiva de Fiss no particulariza es cómo ese proceso de dar significado a los valores públicos supone, o se asienta, en una “instauración estrictamente judicial” de la disputa que valida el proceso de significación. Esa instauración del sentido de la disputa no coincide, por lo general, con el sentido que comparten los actores sociales, ni con la versión o traducción a valores públicos que éstos hacen, ni necesariamente con la que proponen los demás actores judiciales. El problema que tratan abogados y partes y que resuelven los jueces (es decir, la *litis*) es instituido, en buena parte, por ellos mismos.

En casos como *Brown*, esta actividad de los jueces queda más expuesta que en un caso de divorcio, o de reclamo de una deuda. Sin embargo, lo que llamaré la *performatividad* del conflicto judicial se justifica externamente de la misma manera que la función de enunciación normativa o de las reglas de decisión. En ambos casos, la razón que guía la actividad judicial es la de dar significado a ciertos valores públicos. Lo distintivo es que esos valores públicos no sólo resuelven un conflicto, sino que también lo instituyen, o definen su alcance en la *litis*.

IV. La performatividad del conflicto desde la perspectiva analítica

Según muestra *Brown*, la composición judicial del conflicto se presenta como una decisión a través de la cual se instaura una versión de lo que está en disputa, desplazando otras versiones en danza (Ver apartado 3.a). En este apartado me interesa subrayar en qué sentido la perspectiva analítica de la decisión judicial resulta insuficiente para dar cuenta de esa particular función de las decisiones judiciales, al ignorar el efecto performativo de la decisión.

En primer lugar, ocurre que la mirada tradicional se concentra o bien en las *reglas* sustantivas que se aplican a los hechos probados, o bien en las *reglas* de la prueba que determinan cuáles serán los hechos que compondrán el relato del conflicto y cuáles no. Desde ese ángulo, los analíticos ven a los hechos como si fueran los “ladrillos” (o “conjunto de ladrillos”) que componen una obra a la que se califica de premisa fáctica o *questio facti*. Se asume que la organización o explicación de sentido de esos hechos, es una cuestión objetiva, la cual se deriva de su existencia procesal, y es exclusivamente producto de la prueba aportada o de las reglas de interpretación de esa prueba.

Esta mirada limitada oscurece actividades vitales de la composición del relato de los hechos. Apelando nuevamente a la metáfora, se puede decir que enturbia: 1) la labor del arquitecto, capaz de componer diferentes modelos de obra con los mismos ladrillos, y 2) la labor del ingeniero de materiales, capaz de proyectar la estructura de cada ladrillo para conseguir un conjunto predeterminado de propiedades. La *litis*, en cuanto composición de un relato del conflicto, no es una mera acumulación de hechos jurídicamente validados (probados y calificados legalmente). Ella exige una impronta similar a la del arquitecto, y a la del ingeniero de materiales, para que la *questio facti* denote un sentido particular, imprescindible para justificar la intervención judicial. Me refiero con esto al sentido del conflicto. ♦

Los jueces seleccionan, ordenan, nominan (es decir, evalúan previamente) los hechos probados, y componen relatos con sentido a partir de ellos. Lo que instauran es un particular discernimiento del conflicto, creado a instancias de una creativa composición del relato de causalidades. Ricardo Caracciolo reconoce parte de los movimientos que aquí denuncio invisibilizados como algo que no es ignorado por los analíticos. Al describir la operación de subsunción, el autor insinúa la exigencia de algún tipo de ajuste en la descripción de los hechos para acomodarlos a la idea de “caso” aplicable, o caso previsto en la norma (Caracciolo, 2011). Si bien este ajuste descriptivo de hechos-norma es un primer indicio del tipo de actividad judicial que estoy intentando resaltar aquí, la composición judicial de los hechos exige bastante más que operaciones de ajuste, y ello se hace evidente cuando las normas son tan vagas como la regla de igual protección. *Brown* nos ha mostrado que los jueces “eligen” un relato entre varios muy distintos, pero plausibles. Ellos se componen con los mismos hechos (a los que se atribuyen diferentes propiedades), y se ajustan a la misma norma (la cláusula de igual protección). No se trata sólo del armado de un rompecabezas median-

te ajustes, sino que hay un compromiso evaluativo previo con su sentido, el que, en definitiva, determina la decisión selectiva.

Kelsen ya había advertido que las decisiones sobre los hechos son decisiones que los constituyen en cuanto tales (Kelsen, H., 1986-1999:161), reconociendo, aparentemente, el carácter performativo, en cuanto instauración, de las decisiones sobre la *questio facti*. Los hechos jurídicos son tales porque la validación judicial de los mismos es un acto de instauración. Lo que aquí venimos insinuando, además, es que esa instauración es una operación compleja por la cual no sólo se da valor jurídico a lo que pasa en el mundo, sino que se construye un sentido sobre lo que pasa en el mundo.

Esta función de composición *performativa* está fuera del espectro clásico de análisis de la decisión judicial, porque ella no transcurre como un proceso epistémico o de descubrimiento, sino como un proceso de lucha estratégica y de negociación hermenéutica que atraviesa a todo el proceso judicial, teniendo en la determinación de la *litis* a uno de sus momentos claves de instauración. El sentido de la *litis* puede volver a entrar en disputa al momento de la apelación, en segundas instancias, y en especial al momento de la implementación de la decisión.

Los hechos de la *litis* así constituidos (los hechos jurídicamente relevantes, instaurados por su validación judicial) tienen una vocación, causalidades implícitas, explícitas y percibidas; en definitiva poseen un sentido dominante. La forma en que se organizan en una explicación causal, el sentido que reivindican en esa organización, el grado en que se asimilan y distancian del sentido otorgado por los sujetos involucrados, constituyen elementos que permiten caracterizar a un relato o *litis* como estructural o no. En efecto, los jueces que toman decisiones estructurales componen relatos que involucran a muchos sujetos cuya versión del relato es pobremente incluida en esa versión, y el grado en que dichas versiones aparecen en la *litis* siempre estará subordinado al relato principal.

Los hechos se interpretan o re-interpretan en el escenario judicial (existen o no procesalmente) conforme a la impronta del hacedor de la *litis*, quien en su tarea de instauración da más o menos cuenta de la lucha (o acuerdo) hermenéutica/o ante sus estrados.

V. Performatividad y legitimidad de la decisión

Desde la doble perspectiva propuesta en este capítulo (histórico-contextual y analítica), finalizaré el análisis adentrándome ahora en la delicada cuestión de la legitimidad política de la decisión estructural. La intención no es otra que mostrar la posibilidad de mirar este espinoso tema desde un ángulo nuevo, superador de miradas demasiado simplistas.

En primer lugar se afrontará la interpelación más habitual acerca del supuesto “carácter contra-mayoritario” de este tipo de decisiones. La pregunta disparadora, en concreto, es si la decisión de *Brown* ha sido, o no, una decisión contra-mayoritaria.

El segundo abordaje tiene que ver con el protagonismo judicial del caso *Brown*, en cuanto fuente de reforma pública. Al respecto, no voy a dar yo una respuesta, sino a reconstruir la de los doctrinarios de época. Me refiero a quienes tuvieron que explicar y justificar *Brown*, así como la acción judicial en otros casos similares, y lo hicieron desde su propio contexto y momento histórico. Esta reconstrucción, atada al contexto, dejará expuestas las raíces de varios de los presupuestos con los que se caracteriza al fenómeno en nuestros días; la misma servirá, por su parte, de punto de apoyo para criticar el trasplante teórico de estas doctrinas en el contexto argentino.

De esa forma, habré cerrado el largo camino del análisis del caso, dando suficientes bases para cambiar la mirada sobre la legitimidad de las decisiones judiciales en casos de control de constitucionalidad estructural.

5. a. ¿Fue *Brown* una decisión contra-mayoritaria?

La respuesta es negativa. *Brown* no fue una decisión realmente contra-mayoritaria. La perspectiva organicista de la legitimidad política de las decisiones, así como la categorización formalista de la voluntad mayoritaria, es la que conduce a ignorar este hecho.

I. La rica investigación histórica de Michel Klarman (2007), y algunos de los postulados críticos de Gerald Rosenberg (1991-2008), serán tal vez

el punto de inflexión para el surgimiento de esta visión disidente,⁵¹ la que va ganando adeptos (Ver en particular Lain, C., 2010, Rossen J., 2006).

Klarman advierte que “más de la mitad de la Nación respaldó *Brown* desde el día en que fue decidido. Así, *Brown* no es un ejemplo de la resistencia de la Corte al sentimiento mayoritario, sino más bien de la conversión de un emergente consenso nacional en un mandato constitucional” (Klarman, M., 2007:77). Las encuestas de opinión (GALUP) de ese mismo momento revelaban que el 54% de los norteamericanos apoyaba la decisión de la corte (Klarman, 2007 y Lain, C., 2010:10). Más aún, *Brown* impugna reglas segregacionistas que estaban vigentes en menos de la mitad de los estados del país.⁵²En efecto, la mayor parte de los estados norteamericanos ya no segregaba al momento en que se decidió *Brown*.

No obstante, las razones que mantienen a varios teóricos del derecho preocupados por el carácter contra-mayoritario de decisiones como *Brown* son razones más bien analítico-formales, a las que me inclino por llamar “organicistas”. En primer lugar, se asume que el poder judicial es un órgano *per se* contra-mayoritario, en cuanto sus miembros no son elegidos directamente por los ciudadanos. Como consecuencia, sus decisiones cargan con ese mismo pedigrí. En segundo lugar, cuando las decisiones judiciales invalidan leyes que son expresión de la voluntad de los poderes mayoritarios, están contradiciendo a esa voluntad orgánica y, en ese sentido, la decisión judicial es contra-mayoritaria. Por último, cuando las decisiones judiciales dan órdenes de hacer o no hacer a los poderes legislativos y administrativos, estarían intentando imponer su voluntad, al menos formalmente, sobre la voluntad de estos poderes mayoritarios. El asunto es aún más reprochable cuando las decisiones que intentan imponer los jueces son decisiones

⁵¹ Desde el clásico texto de Alexander Bickel, *The last dangerous Branch*, se ha impuesto la idea y el concepto de la “dificultad contra-mayoritaria” (Ver Bickel, A. M. (1962-1986). Para Bickel y sus seguidores, *Brown* es considerado la quintaesencia de los ejemplos en los que la voluntad de la Corte, en cuanto órgano en sí contra-mayoritario, es la de proteger los derechos de las minorías frente a la oposición de las mayorías. (Lain, C., agosto 2010:8)

Esta insistencia en la preocupación por el carácter contra-mayoritario de la actividad judicial se ha difundido en nuestro país de la mano de varios juristas. Entre ellos, el más destacado ha sido Roberto Gargarella (1996).

⁵² Uno de los jueces de la Corte advierte que, hacia 1954, la segregación estaba “gradualmente desapareciendo” y que ésta era una señal de su extinción. Según Klarman “Ellos creyeron” (los jueces) “que *Brown* estaba trabajando con, y no contra, la corriente de la historia.” (Klarman, M., 2007:77)

políticas o sobre políticas, las que son, por lo general, competencias constitucionalmente atribuidas a los poderes “mayoritarios” (como habitualmente ocurre con las decisiones estructurales).

A partir de estas objeciones, un vigoroso debate jurídico político se abre sobre casos en los que las decisiones judiciales aparecen enfrentadas en términos categóricos a la voluntad de los poderes mayoritarios, lo que para muchos no sólo deslegitima políticamente esas decisiones, sino que torna imposible su implementación.

Entiendo que ya se ha dicho suficiente respecto a las flaquezas de la idea de que todas las decisiones del Poder Judicial sean, *per se*, contra-mayoritarias, así que no ahondaré aquí en la crítica a ese argumento que entiendo poco relevante.⁵³ Sí me detendré, en cambio, en el supuesto quebrantamiento de la voluntad de los poderes políticos mayoritarios en los casos en que la decisión judicial pretende invalidar una ley (en sentido genérico), o les dirige una orden de hacer o no hacer tal cosa. Para ello, no pretendo desatar aquí todo el silogismo de la “dificultad contra-mayoritaria”. Mi análisis del razonamiento organicista se asienta, sencillamente, en contrastarlo analíticamente con los hechos del caso *Brown*.

Para empezar, resultará útil establecer algunos acuerdos analíticos. Si bien es cierto que las leyes (en sentido genérico) representarían la voluntad orgánica de los poderes mayoritarios, también es cierto que la inexistencia de una ley sólo permite concluir que esos poderes “no tienen”, o “les falta” voluntad orgánica para cambiar el *status quo*. No se puede derivar de ello que los poderes mayoritarios estén “en contra” de ese cambio, o a favor de sostener el *status quo*.

⁵³ En un sentido muy básico, el Poder Judicial es un órgano elegido por los poderes mayoritarios, de forma tal que su pedigrí democrático y constitucional es innegable. La mayor parte de su actividad consiste en aplicar normas producto de los órganos que representarían a las mayorías, a casos concretos. Por lo cual, su rol más sustancial parece ser más bien complementario al de los poderes mayoritarios (al menos desde una perspectiva positivista y formalista). Cuando la teoría hermenéutica denuncia su marco de discrecionalidad, entonces aparecen las objeciones sobre su falta de responsabilidad política como órgano, debido a que sus miembros no se renuevan periódicamente en sus cargos. Esas objeciones han sido también respondidas a través de las distintas teorías sobre su “rol institucional” en diversos modelos democráticos. En particular, en modelos cuya legitimidad descansa en la idea de “control” entre poderes, o de “diálogo” institucional. Ver por ejemplo, Jeffrey Rosen (2006) *The most democratic branch*; Barry Friedman (1993), *Dialogue and Judicial Review*; Ely, John H. (1980); y en nuestro país, Etchichurri, Horacio J. (2011), y Gargarella, Roberto (1996)(2006)(2008).

Ahora bien, el Congreso Federal de Estados Unidos nunca dictó una ley con alcance nacional a favor de la segregación⁵⁴ y, de hecho, venía discutiendo desde hacía décadas proyectos para proteger los derechos civiles de los negros. No aprobó ninguno de estos proyectos, como se explicó más arriba, debido a que la lógica interna del Senado permitió que los representantes de los estados del sur (minoritarios) bloquearan sistemáticamente su sanción. De ese estado de cosas podemos concluir, débilmente, que el órgano legislativo no tenía voluntad de cambio en materia racial; pero sería un exceso extender esta conclusión diciendo que la voluntad del órgano era contraria al cambio. De haber estado en desacuerdo con el cambio incitado por la Corte en *Brown*, hubiera concretado una reforma constitucional (lo cual es competencia del Congreso Federal) aclarando que no estaba prohibida la segregación,⁵⁵ o hubiera avanzado en regulaciones alternativas -que no requieren mayorías agravadas- para proteger los bienes o intereses que se pretendían resguardar con la segregación escolar. Pero esto no sucedió, porque la decisión judicial no contradujo una supuesta voluntad del órgano legislativo “en contra” del cambio propuesto.

El mismo patrón puede advertirse en la actividad/inactividad del Poder Ejecutivo Nacional. Los historiadores explican los débiles cambios a favor de los derechos de los afro-americanos propuestos en las administraciones de F. Roosevelt, H. Truman y Eisenhower, como el producto de la necesidad estratégica de los presidentes de evitar reacciones demasiado adversas provenientes del electorado del sur. De esa timidez o ambivalencia no se

⁵⁴ Recuérdese que en *Brown* se juzgó la constitucionalidad de leyes locales, no de leyes nacionales. No había leyes nacionales que mandaran la segregación en todas las escuelas.

Por cuerdas separadas, la Corte resolvió el caso de la segregación de las escuelas en el distrito de Columbia (Ver nota 79), en cuanto jurisdicción del Congreso Federal. Allí la corte sí confrontó a una ley emitida por el Congreso Federal (dado que Columbia era el distrito capital y no tenía legislatura propia). Si bien éste no es el caso relevante para nuestro análisis, me animaría a sostener que esa decisión judicial tampoco puede verse como enfrentando la voluntad del poder legislativo federal. Si el Congreso estaba en desacuerdo con la decisión en *Bolling v. Sharpe*, hubiera llevado adelante una reforma constitucional o hubiera reaccionado con regulaciones alternativas que protegieran los bienes que eran resguardados por la regulación segregacionista en las escuelas. El no haber hecho nada no significa, tampoco, que la voluntad orgánica era en favor de la decisión en *Bolling*, pero sí puede llevarnos a concluir que no había una voluntad contraria.

⁵⁵ La constitución norteamericana habilita al Congreso, en su cláusula V, a reformar la constitución a través de una mayoría agravada de ambas cámaras (dos tercios), sin necesidad de una convención constituyente. En este sentido, es una constitución más flexible que la argentina.

sigue que la voluntad inequívoca del Ejecutivo fuera la de sostener la segregación racial en las escuelas del sur, máxime si se recalca en los primeros pasos desegregacionistas iniciados en la misma administración federal (en fuerzas armadas y otros cargos públicos) antes de *Brown*.

Podría pensarse, sin embargo, que los presidentes entendían que NO era oportuno avanzar otras decisiones sobre la desegregación racial. Este sería un dato relevante, en especial si se considera que las razones de oportunidad y conveniencia suelen verse como superiores a otras consideraciones, y que ellas corresponden por naturaleza a los órganos políticos. Muchos sostienen que ésa era la opinión que Eisenhower tenía en privado. Pero esta idea se debilita cuando se observa que durante el litigio del caso *Brown*, el Departamento de Estado presentó un *Amicus Curiae* en favor de los demandantes. No hay un solo indicio de que Eisenhower estuviera dispuesto a desafiar la decisión de la Corte cuando fue notificado de ella. De hecho, pareciera que la decisión le concedió una cobertura política muy oportuna para su política internacional durante la guerra fría (como se vio en el apartado 2. c. y d.)

En fin, el caso *Brown* tampoco contradujo una voluntad inequívoca de conservación del *status quo* por parte del Poder Ejecutivo Nacional.⁵⁶ Ello demuestra, en principio, la primera falla en el razonamiento organicista respecto al supuesto contra-mayoritarismo implícito en el control judicial de constitucionalidad. El hecho de que se trate de una orden del poder judicial hacia alguno de los otros dos poderes, y aún cuando esa orden tenga un sentido regulativo o de política, no es prueba suficiente de que se esté confrontando con la voluntad orgánica de los poderes mayoritarios (ya que en el caso no existía una ley nacional que validara el *status quo*). Esa voluntad, cuando no se expresa en leyes, es compleja, y admite más versiones que la bipolar calificación de “a favor” o “en contra.”

Por otro lado, es al menos paradójico observar que el órgano sindicado tradicionalmente de contra-mayoritario fuera el que mejor haya podido

⁵⁶ Ver en particular la nota al pie N° 12 del trabajo de Jeffrey Rosen (2006), en la que se discute la posición de la Administración de Eisenhower y Truman sobre la segregación escolar y se sostiene que la fuerza detrás de la política de desegregación no era ni la Corte ni el Congreso sino la Casa Blanca. Ver además la nota al pie N° 38 del trabajo de Corina Lain (2010) sobre las distintas teorías acerca de por qué el Departamento de Justicia de la administración de Eisenhower debía respaldar *Brown*. Ver en el mismo sentido Klarman (2007) y Tushnet (2004).

expresar la preferencia de las mayorías cuantitativas (no orgánicas) de ese momento. Ello insinúa, al menos, alguna especial capacidad de las cortes para optimizar la democracia en cuanto gobierno de mayorías actuales, aún frente a la inercia de los órganos elegidos por las mayorías formales.⁵⁷ Lo que se evidencia sin recatos, es que los llamados órganos mayoritarios no son siempre los representantes más eficaces de la voluntad de las mayorías efectivas y actuales,⁵⁸ y que, eventualmente, el Poder Judicial puede serlo. Ésta es una forma diferente de descalificar la visión organicista. Lo que muestra es que el análisis organicista de la legitimidad de las decisiones judiciales no sirve para una lectura de los procesos políticos reales, o una lectura sustantiva de la legitimidad fundada en la visión mayoritaria.

Habría, sin embargo, otros enfoques interesantes para repensar el análisis que vengo presentando. Uno de ellos, por ejemplo, mixtura versiones organicistas de las mayorías con otras que se ajustan en algo al contexto concreto del caso. En efecto, podría pensarse que la mayoría relevante a los efectos de esta evaluación no es la mayoría nacional, ni la representada en los órganos del gobierno federal, sino las mayorías locales (o incluso regionales), las que realmente eran afectadas por la sentencia. Al fin y al cabo, la inconstitucionalidad que se declara en *Brown* no se refería a una ley nacional, sino a leyes estatales y locales que representaban mayorías

⁵⁷ Son muchos los teóricos que han presentado argumentos en este sentido. Ver entre ellos el de John Hart Ely (1980) y el de Barry Freedman (1993), y en particular la teoría “invertida” de la revisión judicial que postula Corinna Lain (2010)

No estoy aquí promoviendo un argumento “cesarista” o “plebicitario” para evaluar o descartar la legitimidad de las decisiones judiciales en cada caso. Todo lo que afirmo es que si se va a impugnar categorialmente ciertas decisiones judiciales en base a que ella pretenden dar órdenes a los otros poderes del estado, es equivocado, o al menos paradójico, que se elija llamar a esa impugnación una “objeción contra-mayoritaria”, cuando las mayorías reales se muestran a favor de esas decisiones. Si de verdad la cuestión que interesa es la legitimidad política detrás de las decisiones judiciales, se necesitan otro tipo de argumentos para privilegiar una “vacía” voluntad política formal (como la del caso), en desmedro de la real.

⁵⁸ Señala Corinna Lain que existe una virtual explosión de trabajos académicos que advierten sobre las fallas democráticas de los órganos democráticamente electos. “La polarización política, la parálisis legislativa, los intereses especiales [o específicos de la corporación], las deficiencias en el sufragio, las compuertas de veto... podrían no reflejar la voluntad mayoritaria... el punto más importante es que la legislación mayoritaria podría no ser mayoritaria por mucho tiempo... La opinión pública es fluida, sube y baja con el tiempo. La legislación, por el contrario es rígida, incluso cuando el proceso funciona como debería. La acción legislativa requiere esfuerzo, coordinación, *procedimiento*— cosas que la hacen resistente al cambio de una forma u otra. a pesar de los cambios en la voluntad mayoritaria” (Lain, C.: 2010, 68)

comunitarias, y cuyo ámbito de aplicación se localizaba predominantemente en los estados del sur.

Desde este ángulo, la decisión de la Corte enfrenta una forma de vida local, y confronta con las leyes de los órganos mayoritarios locales. Por ello es que la resistencia de los políticos de los estados del sur fue masiva,⁵⁹ y sindicó a la decisión en *Brown* de “tiránica”.⁶⁰ Basta advertir la radicalización del discurso racial de los políticos locales (antes más moderados), las manifestaciones exaltadas del humor social, acompañando el resurgimiento del *Ku Klux Klan*⁶¹, para tener una colorida representación de la idea formal de “colisión” entre mayorías locales y un poder central contra-mayoritario, como la Corte (Ver Klarman, M., 2007: Cap. 7 y 8). La cuestión así planteada, antes que de mayorías y minorías, se presenta en términos de definición de las competencias federales y locales.

Sin embargo, esas fuertes expresiones de preferencias en materia de política racial de los órganos locales, sólo podrían verse como mayoritarias -y, por tanto, incluso la expresión auténtica del sentimiento local- desde una perspectiva ingenuamente formalista. Me refiero a una perspectiva que pase por alto el hecho de que los poderes políticos locales eran fruto de la privación sistemática de los derechos a la participación política de los negros, quienes, en muchos casos, constituían *per se* la mayoría cuantitativa de algunas ciudades. En 1952, cuando se está discutiendo *Brown*, solo el 20% de los negros votaban en el Sur. Más

⁵⁹ En 1956, se presentó una importante declaración de principios constitucionales en oposición a la integración racial en espacios públicos en el Congreso Federal. Conocida informalmente como el “Manifiesto Sureño” (*Southern Manifesto*), la declaración fue firmada por noventa y nueve políticos (noventa y siete de ellos demócratas) de Alabama, Arkansas, Florida, Luisiana, Misisipi, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Tennessee, Texas y Virginia. El documento fue elaborado, explícitamente, para contrarrestar la decisión de la Corte en *Brown*.

⁶⁰ El Gobernador de Georgia, Marvin Griffin, sostenía que “ningún verdadero sureño se sentía moralmente obligado a reconocer la legalidad de este acto de tiranía [*Brown*]”. En similar sintonía el senador Eastland proclamaba que “Resistencia a la tiranía era obediencia a Dios”. Otro senador del estado, Herman Talmadge, relacionó a *Brown* con un golpe de estado de un dictador extranjero, y habló de la “tiranía judicial”, y el congresista de Georgia James Davis, negaba la obligación de “la gente de inclinar el cuello ante esta nueva forma de tiranía”. Los representantes políticos del sur negaban, en general, que *Brown* fuera el derecho en ese territorio y proclamaban que “el sur nunca se rendiría”. (Klarman:2007, 196)

⁶¹ Uno de los líderes del Klan declaraba que *Brown* creó “una situación cargada con dinamita” y “realmente nos dio un empujón” (Klarman, 2007: 192-193)

importante aún resulta el hecho de que recién en 1964 la Corte invalidaría la difundida práctica de manipular las circunscripciones electorales que diluían el peso del voto negro en alguna de ellas. Según Klarman, si esta última decisión de la Corte en *Reynolds v. Slim* (1964)⁶² se hubiera dado antes de *Brown*, la intensidad de la resistencia política del sur a *Brown* hubiera sido bastante diferente. Podríamos agregar que si *Reynolds* se hubiera decidido antes de *Brown*, probablemente hubieran sido bastante menos los Estados que segregaban sus escuelas al momento en que se decidió *Brown*.

En otras palabras, la idea de que la decisión en *Brown* fue contra-mayoritaria porque las autoridades políticas locales reaccionaron masivamente en contra, es un reflejo ingenuamente formalista de la idea de que las autoridades que forman los órganos legislativo y ejecutivo se fundan en la voluntad mayoritaria. Este formalismo soslaya el hecho de que un grupo es excluido de los procesos de participación política mediante diversos mecanismos de distorsión de esos procesos. En cuanto se da cuenta de esa coyuntura, la perspectiva organicista deja de ser útil en la discusión sobre la legitimidad de la decisión judicial por su fuente minoritaria (aunque pueda persistir como perspectiva que reivindica la autoridad de la voluntad estatal compleja, ya no por su fuente, sino por razones de seguridad jurídica o estabilidad del sistema).

⁶² *Reynolds* fue decidido por la Corte Suprema en 1964. "Originalmente la Corte Suprema declara que ésta era una cuestión "no justiciable", esto es, que la cuestión de la distribución [de las circunscripciones electorales] debía ser resuelta por los órganos políticos y no por las cortes. Pero en 1960, la Corte anuló un esquema de distribución [de bancas] en Alabama, diseñado para evitar que los votantes afro-americanos emitan un voto efectivo. La Corte basó su decisión en la enmienda 15, que prohibía la privación de votar en base a la raza. Los votantes blancos de zonas urbanas sostuvieron que si ese recurso existía para los votantes negros, entonces seguramente existía un remedio para ellos también. En marzo de 1962, el tribunal estuvo de acuerdo, y declaró, en un caso llamado *Baker v. Carr*, que la cuestión de la redistribución era justiciable. Un año más tarde la Corte dictó la fórmula que se usaría para resolver la cuestión, de "una persona, un voto", la que es aplicada en este caso paradigmático de *Reynolds v. Sims*.

Con la excepción de su decisión en *Brown v. Board of Education*, ninguna otra decisión de la Suprema Corte en los años recientes ha tenido tanto impacto en la fábrica social y política del país. Las legislaturas provinciales que por largo tiempo habían estado bajo el control de las minorías rurales serían ahora elegidas por la verdadera mayoría de la gente. Las legislaturas más representativas de la gente cambiarían radicalmente las fórmulas de financiamiento de las escuelas, las calles y los servicios sociales" Fuente: <http://eca.state.gov/education/engteaching/pubs/AmLnC/br68.htm>

Aun así, quizá podría convenirse en que las características violentas y persistentes de la resistencia de la comunidad blanca del sur es un dato determinante acerca de las preferencias de las mayorías, al menos dentro del grupo de los blancos (que de hecho eran la mayoría cuantitativa en el sur). Sin embargo, esa sería otra imagen distorsionada. De la intensidad de los medios de resistencia utilizados, no puede derivarse la homogeneidad de las preferencias por ciertas formas extremas de resistencia dentro del grupo de los blancos. Klarman ha dado evidencias elocuentes de cómo los extremistas en materia de segregación controlaban la política racial del sur, no por ser mayoría entre los blancos, sino por haber tenido la capacidad práctica de imponer la intensidad de sus preferencias frente a los más moderados. Esa capacidad estaba ligada al fuerte compromiso que los extremistas tenían con la cuestión racial. Tan fuerte era éste, que estaban dispuestos a asegurar la efectiva implementación de sanciones sociales dirigidas a suprimir el disenso. Así fue que mantuvieron cerrado el debate social sobre la cuestión racial a través de distintos métodos de censura.⁶³ Frente a estas circunstancias, cabe preguntarse, ¿en qué sentido había allí una “forma de vida local” que resistía frontalmente a *Brown*?

En síntesis, pensar en el caso *Brown* como un caso contra-mayoritario implica un acercamiento organicista y formalista que oscurece demasiadas instancias relevantes. Esta aproximación no da cuenta, entre otras cosas, de las formas en que una posición mayoritaria, nacional o local, puede ser enervada en el devenir de los procesos políticos formales de toma de decisiones; o cómo la heterogeneidad local puede ser disimulada por la impronta de una minoría con una preferencia particularmente intensa. Primeramente, asume concepciones de “voluntad orgánica” simplistas e insatisfactorias. En fin, el análisis organicista de mayorías y minorías enturbia un análisis jurídico-polí-

⁶³ “Los segregacionistas intransigentes no estaban sólo más intensamente comprometidos que sus adversarios, sino que ellos también tenían la inclinación y la capacidad para silenciar el disenso... Así, la legislatura de Virginia revocó el derecho del condado de Arlington de elegir miembros de la junta electoral como sanción por la opción local por la desegregación... El incentivo que ellos tenían para suprimir el disenso era claro, pero ¿por qué los resistentes masivos fueron tan efectivos en hacerlo? La respuesta, en síntesis, es que el sur no era una sociedad abierta caracterizada por el debate robusto en cuestiones raciales... Profesores de escuelas públicas y universidades perdieron sus trabajos o eran acosados por comités de investigaciones legislativas por atreverse a respaldar la integración, o incluso por instar a la obediencia de la ley o criticar la violencia...” (Klarman, 2007, 177-178). En ese ambiente en el que “no se podía pensar en voz alta” los moderados estaban inmovilizados por la confusión y el miedo.

tico más realista sobre los procesos en los que se da una intervención judicial. Por ello, vamos a descartarlo como un indicador fiable para reflexionar sobre la legitimidad política de las decisiones judiciales que nos interesan.

II. Ahora bien, todavía podemos indagar sobre la legitimidad de las decisiones judiciales como *Brown* desde otro ángulo teórico. En lugar de mirar a la regla de decisión del caso, propongo reflexionar sobre la *litis* que le sirvió de base a esa decisión. Mauro Benente, en hipotético acuerdo con los postulados hasta aquí presentados, sugirió que se podría pensar que la decisión de *Brown* es contra-mayoritaria porque los jueces “representaron” el conflicto apartándose de la forma en que lo “representaron” los involucrados, quienes -después de todo- son los representantes de las minorías.⁶⁴

El planteo, creo yo, es soberbio; aunque es necesario hacer algunas aclaraciones para no caer nuevamente en las falacias del organicismo. En primer lugar, tanto la acción del juez, como la de los actores procesales, no son “representaciones” en disputa, sino acciones de instauración que se anulan o superponen. En este sentido, no es posible hablar de la verdad o falsedad de alguna de ellas, ni tampoco de una, en relación a la otra.

Sería un error creer que todas las decisiones judiciales son contra-mayoritarias porque el conflicto que resuelven los jueces es, en general, el resultado de su función *performativa* o instauradora de la *litis* (ello en el marco de un debate hermenéutico donde los abogados, también en su rol performativo, proponen otras versiones, a veces diferentes a la de los activistas, que en su rol también instauran otras versiones distintas a la de las víctimas). Si pensáramos así, caeríamos en el mismo organicismo ingenuo antes señalado, el que determina el grado de legitimidad política de las decisiones sólo por el pedigrí del órgano que las toma (desconociendo su contenido, efectos, procesos y contexto). El ejercicio de la *performatividad*

⁶⁴ En ocasión de presentar los argumentos de este capítulo en un evento académico, me enfrenté públicamente a la interesante interpelación de Mauro Benente, la que reconstruyo pobremente aquí y que, por cierto, no supe responder acabadamente en su momento. Agradezco a esta interpelación de Benente el haberme ayudado a profundizar la reflexión por los caminos que siguen.

El evento en cuestión fue la I Jornadas de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, que se realizara conjuntamente con las XXVI Jornadas Argentinas y V Argentino Chilenas de Filosofía Jurídica y Social, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, en la ciudad de Mendoza, entre los días 18 y 20 de octubre de 2012.

judicial tiene siempre variaciones, y genera resultados tan diversos como los contextos en que se despliega.

En segundo lugar, es crucial definir los términos en los cuales podríamos pensar que una decisión acerca de cuál es el conflicto (una *litis*) puede ser en sí misma contra-mayoritaria. Es necesario, para empezar con el pie correcto, desistir del uso de indicadores organicistas, tal, por ejemplo, el de la perspectiva de los actores judiciales en cuanto representantes de las minorías. En cambio, sí parece apropiado pensar que, al instaurar un sentido del conflicto, lo que la Corte hace es instaurar un sentido que puede ser compartido por ciertas minorías, o por las mayorías (nótese que estoy excluyendo de mi reflexión todas las complejidades que vienen con la definición de qué entendemos por minorías, y qué por mayorías). Desde esta simple premisa, podemos preguntarnos si el sentido del conflicto instaurado en *Brown* era el mismo que era sostenido por la mayoría en ese momento, o estaba más cercano a la versión de la minoría involucrada.

A lo largo del análisis del caso hemos respondido, en cierta forma, a esta pregunta. El debate entre los activistas del movimiento negro revela que las perspectivas sobre la segregación escolar de dos de sus líderes paradigmáticos (Du Bois y Walter White) eran opuestas. El contexto vincula esas perspectivas opuestas con versiones opuestas sobre el camino de la emancipación, los compromisos políticos, partidarios y hasta cosmovisiones de la organización política del país. Si bien ello no da una respuesta directa a la pregunta planteada, sí nos sugiere que el conflicto definido en la *litis* no era el sentido homogéneo que la comunidad negra tenía respecto a la segregación institucional (dado que tal homogeneidad no existía). En todo caso, esa *litis* clausuró oficialmente un debate paradigmático entre activistas negros respecto a la significación de la segregación escolar, y cuál era su interés concreto en relación a ella.

Aunque los activistas negros hubieran seguido discutiendo el tema después de *Brown*, no puede negarse que la decisión de la Corte instauró un sentido del conflicto que tenía como interpretes (jurídicos y políticos) sólo a una parte de la comunidad negra. Esa parte conquistó con *Brown* una oportunidad política decisiva para oponerse a la segregación escolar.

Lo interesante de esta mirada es que aunque no nos dice demasiado sobre el sentido mayoritario o contra-mayoritario de la *litis* de *Brown*, sí nos

sugiere mucho sobre la función política de la *litis* en cuanto demarcación del terreno oficial del debate. La instauración del sentido de la *litis* es, en cierta forma, la instauración de la legitimidad oficial de ciertos conflictos políticos (y el desplazamiento de otras versiones del conflicto que se oponen a la versión oficial). Con ello, también significa la autorización de ciertas reivindicaciones, y no de otras que entran en contradicción. Esto no es poco, porque implica poner a disposición de los activistas que comparten esa perspectiva del conflicto las herramientas institucionales para avanzar sus luchas en el marco de la agenda oficial. También supone el desplazamiento de perspectivas del conflicto diferentes que no contarán ni con legitimación oficial, ni con las herramientas institucionales que son propias de los conflictos reconocidos como legítimos.

En síntesis: El análisis tradicional de la legitimidad de las decisiones judiciales, al pecar de organicista, pierde de vista los procesos políticos en los que la decisión judicial se lleva adelante. Una crítica a la legitimidad de la intervención judicial desde esta perspectiva resulta poco fiable. En efecto, ella sería capaz de estigmatizar como contramayoritaria a una decisión como *Brown*, que ostensiblemente gozó del apoyo mayoritario de su tiempo. Del mismo modo, es capaz de celebrar una decisión como *Brown* por su carácter favorable a los intereses de minorías, ignorando el impacto político que esa decisión tiene en el debate interno de dichas minorías, empoderando a algunos, en detrimento de otros.

En definitiva, si miramos a la composición de la *litis* estructural de *Brown* nos encontramos con una explicación causal que imbrica intereses de un sector de las minorías negras, excluyendo o negando como legítimos los intereses o perspectivas de otro sector de esa misma minoría.

En definitiva, es necesario apartar una perspectiva *representativista* de la legitimidad judicial en relación a la *litis*. No se trata de que los jueces representen o no un conflicto real, o que ellos sean fruto del relato de una minoría. Estamos frente a la instauración oficial de sentido de ciertos conflictos, sentido que tiene el potencial de ser compartido por minorías y mayorías. Sin duda el sentido de conflicto instaurado en *Brown* era compartido por las mayorías, pero dividía a la minoría a la que se asumía proteger.

El cuadro que sigue nos permite esquematizar la semántica política de las decisiones en materia racial que describimos en el contexto de *Brown*.

Semántica Política de las Decisiones Judiciales en Materia Racial

Era Jim Crow (1877- 1930)	Comienzos de la Segunda Reconstrucción (40')	Brown (50')
Decisiones acordes con la explícita voluntad de los órganos políticos locales.	Decisiones promovidas por las demandas de las minorías afectadas (no controvertidas para ellas)	Decisión acorde a las mayorías nacionales.
No contradicen la voluntad de los órganos federales mayoritarios, ni los locales	Baja resistencia local. Alianzas con el Poder Ejecutivo Nacional.	Alta resistencia local. No contradice la voluntad de los órganos federales.
No hay conflicto legítimo en materia de segregación escolar.	El conflicto sobre la segregación escolar está abierto a debate en la comunidad negra.	El conflicto sobre la segregación escolar está legitimado oficialmente.

VI. Recapitulando

En este trabajo se mostró que la *litis judicial* es el producto de una función judicial que se identificó como *performativa*, la cual consiste en instaurar un sentido particular de conflicto sobre el que el juez toma decisiones con carácter normativo.

Los detalles del caso *Brown* ejemplificaron la manera en que esa función *performativa* permite expandir el terreno de lo justiciable, alcanzando a prácticas que estaban por fuera de lo que previamente se entendía sometidos a debate judicial. Cuando ello sucede, es decir, cuando se expanden los límites de lo justiciable, estaríamos en condiciones de hablar de una "*litis estructural*." *Brown* ha sido entonces, no sólo un ejemplo del ejercicio del control de constitucionalidad, sino del ejercicio de ese control sobre una "*litis estructural*."

También se advirtió que la *litis* del caso *Brown* fue el producto de una decisión selectiva tomada por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir

de la organización de los hechos en un relato distinto al que venían instaurando los jueces de estado, y a otros relatos que estaban en danza en el movimiento emancipador negro. Este relato oficial, estuvo marcado, en términos estrictamente analíticos, por el peso diferente dado a los elementos de juicio (en particular, al daño en la subjetividad de los niños negros que asistían a escuelas segregadas), y por la posición que esos elemento ocupan en la explicación causal que ofrece el relato oficial. En efecto, el daño subjetivo con incidencia colectiva constituye el agravio desde el que se imbricaron ciertos intereses particulares (desplazando así a otros intereses que podrían incluirse si el daño identificado hubiera sido otro). Ese daño se conecta con una práctica institucional reglada (la segregación racial escolar), y no con otras prácticas posibles, las que hubiera llevado la expansión de lo justiciable hacia otros terrenos, y justificado otras racionalidades judiciales.

II. El análisis presentado permitió especular en términos más concretos sobre potenciales vínculos entre la *litis* “elegida” por la Corte, y las visiones políticas del conflicto racial que tuvieron los distintos grupos activistas, las autoridades públicas nacionales y locales, y las que pudieron haber tenido las mayorías y minorías vigentes al momento de la decisión. En fin, nos permite evaluar la legitimidad política de una instancia de la decisión judicial que usualmente es invisibilizada por la teoría analítica de la decisión judicial, y por las aproximaciones organicistas a la cuestión de las mayorías y minorías.

El contexto de la posguerra y el de la guerra fría provee de algunas pistas para entender posibles motivaciones coyunturales en la elección de la *litis* de *Brown*. Pero éste no ha sido el asunto que se intentó dilucidar aquí. No fue la intención del trabajo develar las verdaderas motivaciones y compromisos políticos de *Brown*. La meta teórica del trabajo se limita a exponer la actividad de composición de la *litis* como una decisión que también puede leerse en términos políticos y regulativos. En otras palabras, se trata de mostrar que las mismas conexiones que suelen hacerse entre las reglas que justifican la decisión judicial y ciertas consecuencias regulativas, podrían establecerse entre el relato judicial de lo que está en disputa, y determinados horizontes regulativos.

III. Se argumentó por último, que la determinación de la *litis* contribuye a la determinación de axiomas sobre “lo justiciable.” Sobre los

axiomas de lo justiciable reafirmados en el caso *Brown*, se asientan otros que resultan ya estereotípicos del derecho norteamericano, y distantes de los desarrollos en nuestra cultura jurídica. Entre ellos, la idea de que sólo son justiciables los derechos negativos, es decir, aquellos derechos tendientes a evitar la interferencia activa del estado (ya sea como políticas, como institución, o como prácticas deliberadas de autoridades públicas).⁶⁵ Esa idea es la base de la conocida postura negatoria de los juristas norteamericanos respecto al reconocimiento y exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales (lo que supondría, eventualmente, exigir prestaciones positivas del Estado frente a violaciones *de facto*). Este último señalamiento es un punto de comparación importante con nuestra racionalidad jurídica, el que nos permitirá esclarecer el origen de algunos desacuerdos corrientes en el derecho argentino en materia de control de constitucionalidad estructural, y control de constitucionalidad basado en derechos sociales.

Bibliografía

ANDERSON, Carol (2003) *Eyes off the Prize. The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*(Cambridge: Cambridge University Press)

⁶⁵ El caso paradigmático que ejemplifica los alcances de esta racionalidad peculiar, es el tristemente célebre caso *DeShaney* (1989), fallado por la Corte Suprema Norteamericana. Se trata de un niño que sufrió un daño cerebral irreversible producto de los golpes que recibió de parte de un padre violento, el que ya había sido denunciado en varias oportunidades ante una agencia especializada del Estado. La Corte rechazó la demanda en contra del Estado (por fallar en su deber de protección del niño) con el argumento de que el objetivo de la cláusula constitucional era proteger a los individuos frente al Estado, no asegurar que el Estado protegiera a los individuos unos de otros. Ésta es una formulación clara de una de las versiones según la cual lo demandable son derechos negativos y no positivos.

Lucas Grosman critica el fallo, señalando que los derechos deberían leerse haciendo alguna referencia a la factibilidad, lo que en esencia quiere decir que su "contenido depende de la capacidad concreta de la agencia estatal relevante". De forma tal que si la agencia tenía capacidades, como sucedía en el caso *DeShaney*, y no las utilizó, no puede excusarse de su responsabilidad (Grosman, L., 2008:30-31).

Nótese que pese a proponerse una solución diferente frente al caso, se mantiene la estructura de derechos negativos. En otras palabras, no se trata del derecho a una prestación positiva de parte del Estado, sino que los derechos siempre serán derechos a que el Estado "no discrimine" o "no excluya" negligentemente de los servicios disponibles. Si no hay acción negligente o acción imputable al Estado, no hay reivindicación justiciable dentro de esta tradición norteamericana de los derechos, que el autor argentino reivindica en sus argumentos.

- BARTLETT, Katharine T. (1990-2011) *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Marison Fernández / Félix Morales (coordinadores) (Lima: Palestra)
- BICKEL, Alexander M. (1962-1986) *The least dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics* (New Heaven and London: Yale University Press) *Second Edition*
- BRUNER, Jerome (2002-2003) *La fábrica de Historias. Derecho, literatura, vida* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina)
- CELS 2008 *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho* (Buenos Aires: Siglo XXI editores)
- CHAYES, Abram (1976) "The role of the judge in public law litigation" 89 Harvard Law Review 1281.
- ELY, John Hart (1980) *Democracy and Distrust. A theory of judicial review* (Cambridge Mas.: Harvard University Press)
- ETCHICHURRI, Horacio Javier (2011) "Poder Judicial, democracia y derechos sociales" en Revista electrónica del instituto de investigaciones "Ambrosio L. Gioja" Año V, Número 7, Invierno 2011.
- <http://derechoycambiosocial.pbworks.com/w/file/fetch/53232418/Etchichurri.pdf> (última entrada 07/06/2012)
- FEELEY M. & RUBIN E. (1997-2000) *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts reformed America's Prisons*. (Cambridge: Cambridge University Press)
- FISS, Owen M. (1996) "La teoría política de las acciones de clase" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* Año 1, Número 1, Abril 1996 (Buenos Aires: Universidad de Palermo) pp. 5-12.
- , (1979) "Foreword: The Forms of Justice" 93 Harvard Law Review 1
- FREEDMAN, Barry (1993) "Dialogue and Judicial Review" 91 Michigan Law Review, 577
- FULLER, Lon L. (1978) "The forms and limits of adjudication" 92 Harvard Law Review 353

- GALANTER, Marc (1974, 2001) "Por qué los "poseedores" salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico" en García Villegas Mauricio: 2001
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001) *Sociología Jurídica. Teoría y Sociología del Derecho en Estados Unidos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia)
- GARGARELLA, Roberto (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial* (Barcelona: Ariel)
- , Domingo, Pilar & Roux Theunis (editores) (2007) *Courts and Social Transformation in new Democracies. An institutional voice for the Poor?* (Aldershot: ASHGATE)
- GLOPPEN, Siri (2006) "Courts and social transformation: An analytical Framework" en Gargarella, Domingo y Roux Courts and Social Transformation in New Democracies. An institutional voice for the poor? (Gran Bretaña: Ashgate) pp. 35 a 59
- GOLUBOFF, Risa L. (2007) *The Lost Promise of civil Rights* (Cambridge & London: Harvard University Press)
- GROSMAN, Lucas S. (2008) *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución* (Buenos Aires: Librería)
- KACZOROWSKI, Robert J. (2005) *The Politics of Judicial Interpretation. The federal courts, department of justice and civil rights, 1866-1876* (New York: Fordham University Press)
- KENNEDY, Duncan (1986-1999) *Libertad y restricción en la decisión judicial* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores)
- KLARMAN, Michael J. (2007) *Borown v. Board of Education and the Civil Rights Movement. (Abridged edition of From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality)* (New York: Oxford University Press)
- LAIN, Corinna B. (31 de Agosto 2010) "The Countermajoritarian Classics (and an Upside Down Theory of Judicial Review)" working paper. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1669560> (última visita 04/06/2012)
- MAGGLIOCCA, Gerard N. (2011) "Reforming the filibuster" en *Northwestern University Law Review* Vol. 105, Nº 1 (Chicago: Northwestern University School of Law)

- PÉREZ ZAVALA y SAN GIOVANI (2009) “Fallo Clave: la corte suprema amplió la actualización de los haberes de los Jubilados” en *iprofesional.com* (en <http://www.iprofesional.com/notas/85889-Fallo-clave-la-Corte-Suprema-amplio-la-actualizacion-de-los-haberes-de-los-jubilados.html> Acceso 4 de Febrero de 2011)
- PARKER, Frank (1990) *Black Votes Count. Political Empowerment in Mississippi after 1965* (Chapel Hill: University of North Carolina Press)
- PILGRIM, David “Who was Jim Crow” en *Jim Crow Museum of Racist Memorabilia “Using object of intolerance to Teach Tolerance and Promote Social Justice”* Septiembre 2000, Edited 2012 at: <http://www.ferris.edu/news/jimcrow/who.htm> (Ultima visita 17/07/2012)
- PUGA, Mariela (2008) “La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas “Verbitsky” y “Mendoza” en Publicaciones de la Universidad de Palermo Recuperado Junio 20 del 2009 <http://palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20de-rechos%20-Mayo-2.pdf>
- , (2008) “¿A dónde va la Corte en las casusas Verbitsky y Riachuelo? Ni uñas ni dientes. Intervenciones experimentalistas” en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Doctrina-Jurisprudencia Año L-Nº69* (pag.151 a 165)
- & Lanusse, M (2009) “El regreso del Bumeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras “otras” preguntas” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 10, Nº 1, Agosto 2009.* (Buenos Aires: Universidad de Palermo)
- , (2012) *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia* (Buenos Aires: CLACSO) <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/subida/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>
- ROSEN, Jeffrey (2006) *The most democratic branch. How the courts serve America* (New York, Oxford University Press)
- ROSENBERG, Gerald N. (1991, 2008) *The hollow hope. Can Courts Bring about social change?* (Chicago: University of Chicago Press) Segunda Edición.
- SCHEPPELE, K. (1988) *Legal Secrets* (Chicago: University of Chicago Press)
- SCOTT, Joan W. (1986-1990) “El género: una categoría útil para el análisis histórico” en *Historia y Género. Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*, James S. Amelang y Mary Nash (eds.), Edicions Alfons el Magnanim, Institució Valencina d'Estudis i Investigació.

TUSHNET, Mark (2004) "Some legacies of Brown v. Board of Education" Symposium 50 years of Brown v. Board of Education; en Virginia Law Review Assotiation, Octubre 2004. 90 VALR 1693.

YEAZEL, Stephen C. (1987) *From Medieval Group Litigation to Modern Class Action* (New Heaven: Yale University)

Fallos:

Brown I: Brown Et Al. v. Board of Education of Topeka Et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas (347 U.S. 483) (1954)

Brown II: Brown Et Al. v. Board of Education of Topeka Et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas (349 U.S. 294) (1955)

Brown III: Brown Et Al. v. Board of Education of Topeka Et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas (347 U.S. 483) (1954)

Dred Scott v. Stanford (60 U.S. 393) (1857)

DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services 489 U.S. 189 (1989)

Giles v. Harris (189 U.S. 475) (1903)

Guinn v. United States (238 U.S. 347, 355) (1915)

Lochner vs. New York (198 U.S. 45) (1905)

Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537) (1896)

Reynold v. Sim (377 U.S. 533) (1964)

William v. Mississippi (170 U.S. 213) (1898)

McLaurin v. Oklahoma State Regents (339 U.S. 637) (1950).

Audios y Videos

KLARMAN, Michale J. "On Robert H. Jackson", entrevista del 22 de Agosto de 2011 en Chautauqua Institution, Chautauquam N.Y. Puede verse aquí: <http://www.youtube.com/watch?v=4iP7fhREhps>. Última visita (27/02/2012)

GARANTISMO: CONSTITUCIONALISMO, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA. UN ANÁLISIS DE LAS LIMITACIONES CONCEPTUALES DE ESTE PARADIGMA

Laura Mariela Álvarez¹

I. Presentación

El Garantismo nace en el ámbito de la filosofía del derecho penal, como reflexión respecto a las normas y los sistemas penales, sin embargo ha tenido un desarrollo que traspasa los límites de aquella rama del derecho, y aspira a convertirse en el paradigma de la democracia constitucional. Es un modelo teórico que, teniendo en cuenta las transformaciones del constitucionalismo, intenta introducir algunos cambios estructurales tanto en el ámbito de la teoría jurídica como también en los de la filosofía y la teoría política. Asimismo, tal como Ferrajoli (1997) lo indica, es posible distinguir al menos tres acepciones de lo que este modelo designa, cada una de las cuales se encuentra en diferentes niveles de análisis, que también resulta preciso delimitar. Por un lado, como teoría política, el Garantismo designa un modelo normativo de derecho, esto es, implica la promoción de un determinado diseño institucional como lo es el estado constitucional de derecho. En este sentido, este paradigma sostendría una tesis normativa acerca de la forma que debe adoptar el poder político de una sociedad, tomando además como presupuesto indispensable los sistemas jurídicos y políticos que emergen del proceso de constitucionalismo contemporáneo. Como consecuencia, sostener esta tesis conduciría al Garantismo a proponer también una noción de democracia que intenta reformular las definiciones clásicas sostenidas por los teóricos políticos (Cf. Ferrajoli 1997).

¹ Este trabajo recibió el Premio “Joven Investigador” (AAFD) en 2011.

Por otro lado, y en total consonancia con la tesis anterior, este paradigma implica una nueva filosofía política que encuentra la justificación del estado en su rol de protector y garante de la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones contemporáneas. En este sentido, el Garantismo sostendría una tesis también normativa acerca de cuáles funciones deben asumir las instituciones políticas, considerándolas legítimas sólo en cuanto constituyen el medio para garantizar un fin: la realización efectiva de los derechos fundamentales (Cf. Ferrajoli 1997).

Finalmente, como teoría jurídica, el Garantismo intenta reformular la teoría de la validez de las normas sostenida por la concepción positivista. En ese sentido, Ferrajoli considera que el paleo-positivismo o positivismo clásico ha sido el modelo que se originó con el nacimiento del estado moderno, y que por tanto representa la filosofía jurídica que se corresponde a la estructura institucional del estado de derecho liberal, tal como fue concebido, mientras que el paradigma garantista no es más que la filosofía jurídica propia del estado constitucional de derecho. Por ello, su planteo no debe interpretarse como una desacreditación de las tesis centrales que ha sostenido el positivismo jurídico clásico, sino por el contrario su objetivo se dirigiría a completar o complementar este “viejo” paradigma (Cf. Ferrajoli 1997).

Más allá de las diferentes acepciones con las cuales es posible identificar al paradigma garantista, habría ciertos presupuestos en común que ellas comparten, a partir de los cuales cada sentido de la expresión Garantismo proyecta una propuesta determinada.

En primer lugar, uno de los postulados básicos es la irreductible ilegitimidad del poder político, la cual sólo sería posible neutralizar si se acepta que el derecho es un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de determinados bienes e intereses. Las instituciones estatales y jurídicas sólo serían legítimas y estarían éticamente justificadas si estuvieran dirigidas a proteger un cierto conjunto de derechos fundamentales. De este modo, el segundo presupuesto es aceptar la función de garantía y protección que cumplen los sistemas jurídicos respecto al conjunto de derechos fundamentales consagrados en las constituciones. Y en tercer lugar, el otro principio que atraviesa toda la doctrina garantista es el principio de estricta legalidad. Precisamente, por este postulado es preciso efectivizar la función de garantía del derecho y, consecuentemente, lograr la legitima-

ción del ejercicio de poder político. Este principio condiciona la creación de nuevas leyes, limitando su contenido y subordinándolo a los derechos fundamentales, bregando por la constitucionalidad de las nuevas normas, es decir, resguardado la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido.

En este contexto, en la presente comunicación se evalúan los alcances de la teoría política del Garantismo, especialmente acerca de la fundamentación de la noción sustancial de la democracia y el papel que le asigna a los derechos fundamentales a este respecto. Asimismo, se ofrece una reconstrucción del debate sobre la dilucidación del concepto de democracia, suscitado entre Ferrajoli y Michelangelo Bovero, en tanto que la noción de democracia propuesta por el Garantismo se dirige a tachar como insuficientemente democráticas a las concepciones meramente procedimentales o formales.

El objetivo que con ello se persigue es mostrar que los desacuerdos entre las posturas sostenidas por los autores mencionados son meramente aparentes, si se acepta que la revisión del concepto de democracia que Ferrajoli ensaya, lejos de considerarla sólo como una forma de gobierno que establece un determinado procedimiento para la toma de decisiones colectivas, sugiere postularla como un ideal valorativo a alcanzar.

II. Garantismo como teoría política. La redefinición de democracia

a. Estado constitucional, democracia y derechos fundamentales

El Garantismo como teoría política promueve el diseño institucional del estado constitucional de derecho, entendiendo por tal al sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales (Cf. Ferrajoli 1997).

Para esta tesis, el ejercicio de poder político debe sujetarse, por un lado, a las leyes que dispongan requisitos de forma para el ejercicio de ese poder –conocido como principio de mera legalidad formal– y, por otro, a las leyes que limiten el contenido de las decisiones que tome ese poder político –conocido como principio de estricta legalidad.

Por su parte, esta teoría política también defiende una noción de democracia en particular, la democracia sustancial, y que se identifica concep-

tualmente con la expresión de estado constitucional de derecho adoptada. La propuesta de esta dimensión sustancial de la democracia está dirigida a tachar como insuficientemente democráticas a las concepciones meramente procedimentales o formales.

Ahora bien, estudiar la empresa iniciada por Ferrajoli implica también analizar la noción de derechos fundamentales de la cual se vale para justificar la dimensión sustancial de la democracia. Así, Ferrajoli elabora una definición –a su decir, teórica o meramente estructural–, que considera son derechos fundamentales “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por <derecho subjetivo> cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <status> la condición de un sujeto, prevista, asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*” (Ferrajoli 1999:37).

Esta definición, que Ferrajoli considera teórica, puramente formal y general como también ideológicamente neutral, no ha sido pacíficamente aceptada por algunos de sus pares en la materia, sino que se ha puesto en cuestión y, principalmente, ha sido objetada la pretensión de neutralidad valorativa con la que Ferrajoli caracteriza a su definición.² Sin embargo, y dado que el objetivo principal de esta presentación no está dirigido a discutir estas cuestiones, es que se aceptará –sólo a los fines que fueran planteados al inicio– la definición de derechos fundamentales propuesta y, en particular, se centrará el análisis en una de las tesis que de ella se desprenden.

b. La tesis de la dimensión sustancial de la democracia

Ferrajoli se vale de esta noción de derechos fundamentales para enunciar cuatro tesis conocidas como: a) la tesis de la diferenciación entre de-

² A este respecto, Ermanno Vitale ha dicho que el carácter ideológicamente neutral de esta definición sólo es parcialmente cierto, en tanto que - para poder aceptarla - es necesario comprometerse con un ideal de individuo o persona determinado. Con similar sentido, Danilo Zolo argumenta que el presupuesto que subyace a la definición de derechos fundamentales responde a una concepción igualitaria y garantista de los derechos. Estas y otras observaciones fueron esgrimidas en diferentes ensayos, los cuales Ferrajoli intentó también (en algunos casos, con éxito) replicar.

rechos fundamentales y derechos patrimoniales, b) la tesis de la dimensión sustancial de la democracia, c) la tesis de la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales y d) la tesis de la distinción entre los derechos y sus garantías. Como fuera dicho, este trabajo se propone analizar la tesis b).

Siguiendo a Ferrajoli, el principio de estricta legalidad –que también funcionaría como criterio de validez de las normas– incorporaría en la democracia una dimensión sustancial que complementa la dimensión formal o procedimental. Las dos clases de normas que rigen la producción jurídica, las formales o de procedimiento y las sustanciales o de contenido, hacen referencia en la teoría democrática –correlativamente– a los procedimientos de toma de decisión (al quién y al cómo) y a los contenidos que deben o no ser decididos (al qué). Es, entonces, esta última cuestión que Ferrajoli denomina el ámbito o la esfera de lo decidible y de lo indecidible, que se encuentra delimitada por los principios de justicia y derechos fundamentales receptados en las constituciones. De ahí la importancia del papel que desempeñan estos derechos en el propósito asumido por el Garantismo de revisar la noción de democracia. Los derechos fundamentales expresarían, connotarían y darían cuenta de la dimensión sustancial de la democracia, en tanto establecerían límites sustanciales al poder de decisión de las mayorías democráticas. En este sentido, afirma que el constitucionalismo resulta ser el necesario complemento sustancial de las democracias (Cf. Ferrajoli 1999).

Como fuera señalado, el objetivo de esta tesis es poner de resalto la insatisfacción de las concepciones formales o procedimentales de la democracia, las cuales identificarían la democracia como un método de formación de las decisiones colectivas.³ Aunque considera que esta dimensión formal, es decir el procedimiento que observa ciertas reglas (relativas al quién y al cómo) para la toma de decisiones, resulta una condición necesaria de la definición de democracia, ella por sí sola sería aun insuficiente.⁴ Dos razones son sindicadas como justificación de esta tesis. Por un lado, desde una

³ Particularmente, Ferrajoli identifica –sin ánimo de exhaustividad– con este calificativo a las concepciones de la democracia semejantes a las sostenidas por Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Joseph Schumpeter y Robert Dahl.

⁴ Esto ha sido constantemente denunciado por Ferrajoli, desde sus trabajos iniciales hasta en sus ensayos más recientes. Al respecto, véase Ferrajoli (1989; 1993; 1998; 2002; 2003; 2004; 2011).

concepción formal no sería posible dar cuenta de los diseños políticos institucionales de las actuales democracias constitucionales, y en ese sentido, la dimensión formal de democracia carecería de alcance empírico y capacidad explicativa. Como lo señala Ferrajoli, no sería correcto que el sólo respeto de las formas y procedimientos democráticos resultaran suficientes para considerar una decisión sea legítima. Y, por otro lado, en ausencia de límites sustanciales o de contenido de las decisiones, una democracia no podría sobrevivir como tal, en tanto que aun respetando los procedimientos para tomar decisiones, podrían disponerse medidas antidemocráticas (Cf. Ferrajoli 2003; 2011).

De ese modo, Ferrajoli concluye que el rasgo formal o procedimental de la democracia no es suficiente y que, en verdad, se requiere contar con ciertos límites materiales que garanticen la legitimidad del propio método democrático. Claro que, entonces, esta consideración no implica el abandono o el rechazo de la dimensión formal o política de la democracia, pero sí su complementación con la dimensión sustancial. Precisamente, el propósito que en este ámbito se propone la teoría política garantista es reforzar la definición de democracia política, integrando este carácter formal con uno sustancial. Así, Ferrajoli llama democracia sustancial al "*estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales y democracia formal o política al estado político representativo, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad*" (Ferrajoli 1997:264).

c. Democracia, un ideal valorativo

Claramente, el papel que Ferrajoli le adscribe a los derechos fundamentales en esta tesis resulta esencial para comprender la dimensión sustancial de la democracia. Ahora bien, si es cierto que la definición que el Garantismo propone sobre estos derechos es general o formal en el sentido que no toma en cuenta –estrictamente– el contenido de esos derechos, entonces ella no podría agregar nada acerca de cuáles derechos deberían ser tutelados como fundamentales. Y, en este contexto, dilucidar esta cuestión merece su importancia en tanto que dependiendo del criterio que se adopte para tomar un derecho como fundamental se obtendrán los deseados límites sustanciales o de contenido para tomar decisiones democráticas. A ese respecto, Ferrajoli propone cuatro criterios axiológicos o normativos que permiten fundamentar cuándo un derecho es considerado como fundamental. Es decir, cuatro opciones ético –políticas acerca de cuáles fines

deberían perseguir el establecimiento de ciertos derechos como fundamentales. En otras palabras, el diseño de estos cuatro criterios responde a una racionalidad instrumental que liga a los derechos como medios en busca de ciertos fines.

El primero de estos criterios –aunque no por ello más importante– es el nexo entre derechos fundamentales e igualdad. Según este parámetro, está justificado que un derecho sea tutelado como fundamental porque asegura o protege la igualdad de las personas en tanto titulares de derechos. El segundo –y más relevante para este análisis– es el que postula el nexo entre derechos fundamentales y democracia. Por su parte, el tercero es el que instituye el nexo entre derechos fundamentales y paz, según el cual deben garantizarse como fundamentales a todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la convivencia pacífica (e.g. el derecho a la vida). El cuarto y último criterio es el papel de los derechos como leyes del más débil.

Más allá de la discusión o controversia que pueda despertar la enunciación de estos criterios, en esta oportunidad interesa detenerse sólo en el segundo de los antes referenciados. Desde luego que la enunciación de este criterio normativo se encuentra de por sí íntimamente ligada a la tesis sobre la dimensión sustancial de la democracia y el rol de los derechos que aquí se analiza. En ese sentido, la opción que postula el nexo entre democracia y derechos prescribe que estos últimos tienen justificación como tales en tanto son los medios idóneos para la realización de la democracia constitucional. Esto es, para la teoría garantista, la democracia –y en especial, una forma de democracia como lo es la constitucional– constituye no sólo una forma de gobierno o un régimen político sino un valor o criterio axiológico en sí mismo que se espera alcanzar, mediante la constitucionalización de un conjunto de derechos como fundamentales.

No obstante, aun concediendo que la democracia sea el valor o criterio ético –político que señale el fin que debe ser protegido por estos derechos, la cuestión sobre cuáles deben ser esos derechos queda sin respuesta. Y ello es así en tanto el propósito de Ferrajoli reside en, por un lado, ofrecer una caracterización teórica de estos derechos (de ahí su definición general, estructural y avalorativa) que defina qué son y, por otro lado, señale cuáles criterios se deben tener presentes para justificarlos como fundamentales. De ahí que la pregunta respecto a los contenidos de esos derechos, sólo se

puede responder *a posteriori*, es decir, cuando se decide proteger o garantizar un cierto interés en particular (Cf. Ferrajoli 1999).

d. Tesis conceptuales, tesis normativas

Como antes se mencionara, esta cuestión de ofrecer definiciones teóricas o meramente estipulativas de las cuales se deriven ciertas tesis esenciales para la democracia constitucional –entre ellas la tesis sobre el nexo entre derechos fundamentales y democracia sustancial– ha sido un rasgo algo criticado por otros pensadores. Intentar analizar exhaustivamente este tema implicaría varias líneas que no se han propuesto desarrollar aquí. Sin embargo, un modo de zanjear la cuestión –y no quedar en deuda con el paradigma bajo estudio–, es intentar comprender muy brevemente cuál es el nivel de análisis que atraviesa a toda concepción garantista. En este sentido, Ferrajoli manifiesta la diversidad de enfoques –y correlativamente, distintos planos de discurso– con los que se puede abordar la cuestión de los derechos fundamentales; así menciona un punto de vista teórico, otro histórico o sociológico, uno político o axiológico y, finalmente, un plano jurídico dogmático. En otras palabras, una cuestión es intentar caracterizar la estructura lógica formal de un concepto –diciendo qué son en sí mismo y proponiendo una definición estipulativa al respecto– y otra muy diferente es señalar cuáles derechos han sido –de hecho– considerados como fundamentales a lo largo de la historia, o también cuales derechos deberían ser fundamentales desde una determinada teoría de la justicia, o aun, describir qué derechos son fundamentales en un ordenamiento determinado. Mientras que desde perspectivas históricas –sociológicas o perspectivas jurídico - dogmáticas se elaborarían tesis meramente descriptivas referentes a una situación fáctica determinada, desde la perspectiva política– axiológica devienen tesis normativas. Así, el nivel de discurso en el que se considera situado Ferrajoli es el de la teoría del derecho, al que además considera como un paso previo y necesario para el abordaje de cualquier estudio sobre este tema (Cf. Ferrajoli 2001).

Sin embargo, el aspecto que no se logra comprender cabalmente en este paradigma es cómo, desde un plano teórico constituido por la definición formal de derechos fundamentales, se fundan las cuatro tesis sobre la democracia constitucional. ¿Cómo es posible justificar la dimensión sustancial de la democracia por la que Ferrajoli aboga, partiendo del concepto de derechos fundamentales?

Una respuesta satisfactoria puede encontrarse en los propios dichos de Ferrajoli cuando, al caracterizar su modelo y distinguir los niveles de análisis referenciados, insiste en afirmar que la teoría que propone – como además toda teoría del derecho debe ser – es normativa, en dos sentidos: porque sus postulados y definiciones son convencionales y están en relación con las democracias constitucionales; y porque se dirigen a prescribir esos postulados y definiciones en los sistemas de derecho positivo donde ellas mismas surgen (Ferrajoli, 2001). De ahí que, en este modelo garantista, resulta prácticamente imposible trazar una separación tajante entre los planos conceptual y normativo. Por el contrario, Ferrajoli construye un universo teórico con características propias – diferente de la dogmática jurídica –, de naturaleza normativa y crítica pero también con propuestas de definiciones que intentan dar cuenta cómo es y cómo debe ser el mundo al cuál ellas se refieren. Es en este sentido que tanto la definición de derechos fundamentales como las cuatro tesis sobre la democracia pertenecen al nivel de la teoría del derecho y, entonces, reproducen un discurso normativo. Aunque en algunos pasajes Ferrajoli se muestra convencido del propósito netamente explicativo de sus tesis, en otros su particular concepción de la teoría del derecho – que brinda definiciones formales y estructurales, pero cuya función es también prescriptiva – contribuye a generar algunas confusiones. En conclusión, esta sería la única clave de análisis factible para el Garantismo.

**e. Democracia “formal” vs. Democracia “sustancial”:
¿verdaderos desacuerdos?**

Hasta ahora, se intentaron presentar las ideas generales pero más importantes de la teoría política que ofrece el Garantismo. Es momento de retomar algunos aspectos de esta descripción para confrontarlos con aquellas otras tesis con las cuales este paradigma discute.

Una polémica interesante es la suscitada entre Michelangelo Bovero y el propio Ferrajoli, que versa sobre los alcances de la propia definición del término democracia; debate que, además, sintetiza claramente dos perspectivas bien distintas de analizar un tipo de régimen político –las democracias– y que pone de manifiesto la perfecta compatibilidad de ambos puntos de vista.

En este contexto, Bovero –siguiendo fuertemente las reglas mínimas para el juego democrático, de Norberto Bobbio–,⁵ es partidario de definir el concepto “democracia” como un método para tomar decisiones colectivas. Es decir, opta por diferenciar una forma de gobierno democrática de otros tantos regímenes políticos a partir de una definición –básica o mínima– que haga referencia a un cierto conjunto de reglas de competencia y de procedimiento para la adopción de decisiones (reglas sobre el quién decide y cómo) (Cf. Bovero 2001). Sería, al decir de Ferrajoli, una definición formal o procedimental, y en ese sentido insuficiente, de democracia.

Bovero, lejos de rechazar el calificativo de “formal” que le es atribuido por Ferrajoli, acepta que, en rigor de verdad, ese es el único adjetivo con el que sería posible describir a esta forma de gobierno, porque la democracia es formal por definición, en tanto consiste en una serie de reglas para decidir. Así, una decisión o medida es tomada como democrática o antidemocrática de acuerdo al procedimiento seguido para su adopción, mientras que su contenido no es un rasgo definitorio. Bovero, convencido que será acusado –injustamente– de reduccionista, como también de presentar una concepción “menos simpática” en comparación con la ofrecida por Ferrajoli, insiste en sostener que la esencia de la democracia, como forma de gobierno que es, reside en garantizar dos supuestos normativos, libertades e igualdades políticas, y que por ello son las reglas del quién y el cómo las únicas definitorias de este régimen.

Sin embargo, es cierto –reconoce Bovero– que intentar pensar en el funcionamiento de una democracia sin los controles que le imprime la

⁵ Para Bobbio, asumir una definición mínima de democracia implicaría la aceptación de determinadas reglas de juego que constituirían esta forma de gobernarse. Tres son esos tipos de pautas. Por un lado, las normas referidas a quiénes pueden tomar las decisiones: a) que quienes toman las decisiones son todos los ciudadanos mayores de edad, sin distinción de raza, religión, género y/o ingresos; b) que las decisiones, emitidas a través del sufragio, de todos aquellos ciudadanos tienen igual valor; c) que quienes resulten elegidos a través de aquellos votos emitidos por el pueblo, serán quienes integren los órganos de gobierno en sus funciones legislativas y administrativas, inclusive el cargo de jefe de estado. Por otro lado, las normas que aluden al cómo se toman esas decisiones: a) que las decisiones que se ejecutan son aquellas tomadas por la mayoría numérica, sin perjuicio de que se garanticen los derechos de los grupos minoritarios. Finalmente, las normas que imponen ciertas condiciones que hacen posible el juego democrático, es decir, aquellas que garantizan ciertos derechos individuales políticos tales como la libertad de expresión, la libertad de asociación y de reunión, derecho al acceso a la información pública, y en general a todos los derechos políticos. Cf. Bobbio, N., (1986).

organización constitucional resulta, al menos, algo problemática, cuando no imposible. Y esto es así, argumenta el autor, en tanto existirían –citando a Bobbio– un conjunto de condiciones o requisitos del juego democrático, que garantizan ciertos derechos individuales políticos –tales como la libertad de expresión, la libertad de asociación y de reunión, derecho al acceso a la información público–, que favorecerían que los ciudadanos puedan decidir libremente. La posibilidad de participar en el gobierno y en la toma de decisiones a través del ejercicio del sufragio, no adquiriría auténtica relevancia si no se realiza libremente, es decir –como señala Bobbio– *“si el individuo va a las urnas para sufragar gozando de las libertades de opinión, prensa, de reunión, de asociación, y de todas las libertades que constituyen la esencia del estado liberal, y que en cuanto tales fungen como presupuestos necesarios para que la participación sea real y no ficticia”* (Bobbio 1989:47). Luego, por otro lado, también existirían un conjunto de precondiciones, conformados por el resto de los derechos fundamentales, que garantizan la efectividad de estos derechos políticos. Pero entonces, ya nos encontraríamos fuera de los derechos o límites internos que son definitorios de la propia noción de democracia. Estas últimas precondiciones o límites externos posibilitan el ejercicio de los derechos políticos y, consecuentemente, también la realización del régimen democrático. En otras palabras, los límites sustanciales o materiales que efectivamente están dados por los derechos fundamentales, aunque no integran la propia definición de democracia, sí son condiciones previas para la configuración y subsistencia de un régimen democrático legítimo (Cf. Bovero 2002).

Consecuentemente, Bovero acepta que sería correcto afirmar –como lo hace Ferrajoli– que en las democracias constitucionales, los derechos fundamentales consagrados en las constituciones son límites sustanciales a la democracia. Pero entonces, es necesario reconocer que estos límites no provienen de los requisitos internos de la democracia sino de las condiciones externas impuestas “desde afuera” por las constituciones.

En síntesis, Bovero rechaza la redefinición de democracia que Ferrajoli propone, en tanto aquello con lo que se identifica la dimensión sustancial de la democracia no serían más que los límites materiales que imponen el propio diseño de los estados de derecho constitucionales y, en ese sentido, esa dimensión no pertenece al régimen democrático sino al constitucional en las democracias.

f. ¿Qué límites al procedimiento democrático?

De acuerdo a lo visto hasta aquí, el desacuerdo suscitado entre Ferrajoli y Bovero puede sintetizarse en dos cuestiones: a) por un lado, en la definición misma de democracia; b) por otro lado, en qué tipo de límites irroga la constitucionalización de ciertos derechos fundamentales en la configuración de las democracias constitucionales, esto es, si ellos resultan ser condiciones internas y por tanto definitorias de las propias democracias –lo que justificaría la llamada “dimensión sustancial” de la que habla Ferrajoli– o, por el contrario, son condiciones externas y no definitorias, que sólo cuentan para la legitimidad o constitucionalidad de las decisiones democráticas.

Se argumentará que la primera de estas cuestiones es sólo un desacuerdo meramente aparente o no genuino; mientras que la segunda, a pesar de significar un verdadero desacuerdo, existen ciertos presupuestos o premisas implícitas en el razonamiento del Garantismo que contribuyen a disolver este debate y, al mismo tiempo, a entender porqué Ferrajoli postula esta dimensión sustancial.

Respecto a la primera cuestión, el supuesto desacuerdo se disuelve ni bien se comprende que hay una clara diferencia entre los objetivos planteados por estos dos autores. Mientras que Ferrajoli tiene en miras la redefinición del término democracia a partir de un tipo especial dentro de este género (las democracias constitucionales), la noción de democracia que analiza Bovero es general, es decir, no toma un modelo en particular. Pero además, la noción que plantea Bovero es ideológicamente neutral, sólo describe cuáles son los rasgos definitorios del régimen democrático como tal, pero sin prescribir –como sí lo hace Ferrajoli– cuáles criterios o pautas valorativas se deberían tener en cuenta en estas formas de gobierno. En otras palabras, Bovero sostiene una tesis conceptual de democracia como régimen político y Ferrajoli una tesis normativa sobre las democracias constitucionales. No se refieren a lo mismo, ni aún lo hacen desde un mismo plano.

Respecto a la segunda cuestión, es claro que se plantea un desacuerdo genuino cuando Bovero y Ferrajoli se avocan al tema de las democracias constitucionales y se expiden acerca de qué tipo de límites imponen los derechos fundamentales.

Para Ferrajoli, resulta imposible pensar en un régimen democrático que no fuera organizado constitucionalmente. La ultra defensa del constitucionalismo y la reivindicación de las cartas constitucionales como conjunto de normas sustanciales y vinculantes que este modelo propugna, aconsejan ver un cambio en la noción de democracia. Sin embargo, esta propuesta parece o bien desconocer las eventuales tensiones en que pueden encontrarse democracia y constitución –en otras palabras, soslayaría problemas tales como la clásica objeción contramayoritaria ⁶ o la propia paradoja de las democracias– o bien minimizaría el conflicto e intentaría resolverlo creando a ese efecto la figura de la democracia sustancial. Ninguna de las dos resulta satisfactoria. En este sentido, le asiste razón a Anna Pintore cuando afirma que *“definir como <democracia sustancial> al estado de derecho, equivale, de hecho a otorgar una solución semántica a un problema normativo. Equivale a resolver (...) el problema crucial de las democracias constitucionales: el problema de cómo conciliar el estado de derecho (contenidos) con la democracia (formal), de cómo resolver en un equilibrio aceptable la tensión entre los derechos fundamentales y el principio de autogobierno.”* (Pintore 1998:250).

Mientras que por otro lado, la estrategia que asume Bovero al considerar que estos límites al contenido de las decisiones son más bien impuestos desde afuera por las constituciones, estaría presuponiendo que democracia y constitucionalismo no son un par inescindible sino que, por el contrario –aunque sería deseable su total compatibilidad– aun sería posible designar democracia a regímenes que no están materialmente sujetos a contenidos constitucionalizados. En dichos casos, dice Bovero, se podría estar en todo caso en presencia de democracias ilegítimas o meramente aparentes, las cuales –muy difícilmente– subsistan.

Ahora bien, más allá de que esta segunda tesitura pueda resultar más plausible, lo cierto es que esta tensión entre democracia y derechos fundamentales constitucionalizados sería relativizada por el Garantismo, al punto de disolverla otorgándole primacía a los derechos por sobre la democracia,

⁶ El origen del problema planteado por la objeción contramayoritaria está en la dificultad para admitir, desde los parámetros de una teoría política democrática, que se impongan límites constitucionales a la capacidad de deliberación de los ciudadanos y al poder de decisión de las mayorías. La existencia y la operatividad de estos límites son, sin embargo, constantes en las actuales democracias constitucionales. Véase Bayón J.C., (2000). Gargarella, R., (1996). Waldron, J., (1999).

o, lo que es igual, supeditando la noción de democracia a las limitaciones impuestas por las constituciones. Con todo, es evidente que una noción de democracia semejante a la propuesta por este paradigma excluye cualquier otra concepción democrática que no se encuentre organizada bajo un diseño constitucional.⁷

Sin embargo, la razón por la cual el Garantismo justificaría esta posición reside en que considera la democracia no sólo como una forma o régimen político sino además –y principalmente– como un valor, el cual –como tal– debe ser apreciado y protegido por las propias constituciones. En otras palabras, en este paradigma, el valor de la democracia justifica el atrincheramiento constitucional de aquellos derechos que cabe considerar como presupuestos de una genuina decisión democrática.

III. La defensa de la democracia constitucional

Tal como se ha intentado reflejar, el llamado principio de estricta legalidad juega transversalmente en la concepción garantista. No sólo prescribe cuál debe ser el criterio para analizar la justicia o constitucionalidad de las nuevas normas producidas sino que además reformula la definición de democracia, introduciendo limitaciones sustantivas al contenido de las decisiones que se adopten en tales procesos democráticos. Particularmente, son los derechos fundamentales receptados en las constituciones los que cumplen con ese rol, delimitando aquello que debe ser o que no debe dejar de ser decidido.

Como fuera analizado, el objetivo de esta tesis es poner de resalto la insatisfacción de las concepciones formales o procedimentales de la democracia, las cuales identificarían la democracia sólo como un método de formación de las decisiones colectivas. Sin embargo, la empresa del Garantismo abarca sólo parcialmente este objetivo, en tanto la definición

⁷ En última instancia, la definición de democracia sustancial que propone el Garantismo pondría de manifiesto el avasallamiento de los derechos fundamentales constitucionalizados por sobre el propio ideal democrático del autogobierno. A ello mismo se referiría Pintore (2000, p.243) cuando afirma que este paradigma participaría de la tendencia “*de convertir a los derechos en un instrumento insaciable, devorador de la democracia, del espacio político y, a fin de cuentas, de la propia autonomía moral de la cual los hacemos derivar.*” En un sentido similar, también Waldron (1999) emprende una crítica a la institucionalización de las cartas de derechos, complementados con la adopción de sistemas de control de constitucionalidad.

que para ello intenta es aplicable únicamente respecto a las democracias constitucionales.

La estrategia de la concepción garantista que se analizó, rivaliza con la tesis de Bovero, en tanto Ferrajoli la considera como una de aquellas nociones meramente formales. Pues bien, aquí el Garantismo fracasa. Y ello porque, aun desde una definición de democracia como la planteada por Bovero –que considera a ese conjunto de derechos fundamentales como vínculos externos respecto a la democracia– es posible dar cuenta de los diseños institucionales de los actuales regímenes democráticos constitucionales.

La diferencia entre ambos autores podría resumirse en dos diversos modos de abordar las tensiones entre democracia y constitucionalismo. Por un lado, la tesis de Ferrajoli se vale de una noción de democracia como valor, que presupone ciertos derechos básicos para ser alcanzada, y entonces no sólo no habría un conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que éste sería la forma institucional de la genuina democracia.⁸

Mientras que Bovero adopta la tesis que, reconociendo la palmaria posibilidad de conflictos entre democracia (como procedimiento) y constitucionalismo, plantea un balance entre el respeto al valor intrínseco del procedimiento y el respeto a los derechos básicos o fundamentales.⁹

⁸ Siguiendo a Bayón, versiones como la semejante a la esgrimida por el Garantismo, optan por refutar la objeción contramayoritaria negando que exista un conflicto esencial entre democracia y constitucionalismo, alegando más bien que –precisamente– el constitucionalismo favorece la única forma posible de democracia. Al respecto véase Bayón (2000).

⁹ A ese mismo respecto, afirma Bayón: "(...) si como partidarios del ideal moral del coto vedado entendemos que uno de nuestros derechos es el de participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas, entonces un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos recomienda a mi juicio la adopción de la clase de diseño institucional que podemos denominar «constitucionalismo débil». Ese diseño admite un núcleo –formulable en forma de reglas– irreformable; reconoce que puede haber ventajas –de tipo instrumental– en que el resto del contenido del coto vedado (sólo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable –como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones– dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra. Un diseño, en definitiva, lo bastante diferente de la clase de constitucionalismos a que estamos acostumbrados como para que reconsideremos seriamente nuestras instituciones básicas son verdaderamente justificables" (Bayón 2000:89-90).

En consecuencia, la definición de democracia asumida por Ferrajoli, lejos de aportar una tesis que dé cuenta del concepto actual de las democracias constitucionales –y en ese sentido permita resolver también las tensiones aludidas–, guarda su importancia en asumir a las democracias como un derecho o un criterio axiológico que debe ser protegido y apreciado por las propias constituciones, y es en este sentido que la democracia sería un valor que fundamenta la propia existencia de los derechos fundamentales.

En última instancia, estas consideraciones recomiendan tomar la teoría política propuesta por el Garantismo como un aporte relevante a la defensa del ideal de las democracias constitucionales.¹⁰

Bibliografía

- BAYÓN, J. C., (2000): “Derechos, democracia y constitución”, en *Revista Discusiones* nro. 1, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, páginas 65-94.
- BOBBIO, N., (1989): *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- BOVERO, M., (2000): “Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso specifico”, en *Teoría Política* XVI/3, páginas 19-39, traducción castellana de A. de Cabo y G. Pisarello (Eds.): “Derechos fundamentales y democracia. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 215-242.
- , (2002): “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía* nro. 16, México, ITAM, páginas 21-38.
- CARBONELL, M. y SALAZAR, P., (comp.) (2005): *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM.
- FERRAJOLI, L., (1989): *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, Roma-Bari, Laterza; traducción castellana de P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C.

¹⁰ El paradigma garantista, así entendido, ha conducido a Ferrajoli a emprender una férrea defensa de un modelo normativo de democracia constitucional. En esta línea, en uno de sus últimos trabajos titulado *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana* (2011), se evocan los fundamentos generales del Garantismo y, en particular, se ofrece un panorama de cómo las realidades políticas de las democracias europeas en curso –con especial énfasis en Italia– se alejan del ideal que propugna este modelo.

- Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.
- , (1993): “Il Diritto Come Sistema de Garanzie”, en *Ragion Pratica 1*, páginas 143 ss, traducción castellana de A. Ibañez y A. Greppi: “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más fuerte*, Madrid, Trotta, 1999, páginas 15-35.
- , (1998): “Diritti Fondamentali”, en *Teoria Politica XIV/2*, páginas 3-33, traducción castellana de A. de Cabo y G. Pisarello (Eds.): “Derechos fundamentales”, en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 19-56.
- , (2002): “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía* nro. 16, México, ITAM, páginas 6-20.
- , (2003): “Sobre la definición de <democracia>. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomía* nro.19, México, ITAM, páginas 226-240.
- , (2004): *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, traducción castellana de J. J Moreso, P. Navarro y J. Ferrer Beltrán.
- , (2011): *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma - Bari, Laterza, traducción castellana de Andrés Ibañez: *Poderes salvajes, la crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Mínima Trotta, 2011. 3
- GARGARELLA, R., (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.
- MORESO, J. J., (2009): *La constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons.
- PINTORE, A., (2000): “Diritti insaziabili”, en *Teoria Política XVI*, páginas 3-20, traducción castellana de A. de Cabo y G. Pisarello (Eds.): “Derechos insaciables”, en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 243-265.
- PRIETO SANCHÍS, L., (2003): “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicancias”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, páginas 101-133.
- VITALE, E., (1998): “¿Teoria generale del diritto o fondazione dell’ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli”, en *Teoria Politica XIV/2*, páginas 41-48, traducción castellana de A. de Cabo y

LAURA MARIELA ÁLVAREZ

G. Pisarello (Eds.): “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”, en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 63-73.

ZOLO, D., (1999): “Liberta, propieta, ed eguaglianza nella teoria dei <diritti fondamentali>”, traducción castellana de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello: “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los <derechos fundamentales>”, en *La Fundamentación de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, páginas 75-104.

WALDRON, J., (1999): *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press. Traducción al castellano de Águeda Quiroga y José Luis Martí: *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.